



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**

LAS POTESTADES ATÍPICAS DEL JUEZ LABORAL FRENTE AL  
GARANTISMO PROCESAL Y EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

FRANCISCO ALBERTO RUAY SÁEZ

PROFESOR GUÍA: CLAUDIO ANDRÉS PALAVECINO CÁCERES

Santiago, Chile

2014

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN.</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: DOS CONCEPCIONES SOBRE EL PROCESO Y SU FINALIDAD.</b> .....	<b>5</b>
<b>1. Dos maneras de concebir al Proceso: Garantismo Procesal y Activismo Judicial.</b> .....	<b>5</b>
1.1. Sobre la finalidad del Proceso. ....	6
1.2. La verdad en el proceso. ....	11
1.2.1. Desde el Activismo Judicial.....	12
1.2.2. Desde el garantismo procesal.....	15
1.3. Una comprensión garantista del proceso. ....	18
1.4. Teoría general unitaria del Proceso. ....	23
1.4.1. La autonomía del derecho procesal laboral.....	23
1.4.2. La unidad del derecho procesal.....	26
<b>CAPITULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD.</b> .....	<b>30</b>
<b>1. El Estado al servicio de la Persona humana.</b> .....	<b>30</b>
1.1. La primacía de la persona humana. ....	31
1.2. Normas constitucionales pertinentes. ....	33
1.3. La “Servicialidad” del Estado. ....	34
<b>2. El Principio de Juridicidad en nuestro Ordenamiento Jurídico.</b> .....	<b>36</b>
2.1. Concepto.....	37
2.2. El principio de juridicidad en la Constitución. ....	43
2.2.1. El artículo 6° de la Constitución. ....	44
2.2.2. El artículo 7° de la Constitución. ....	49
2.3. Habilitación legal previa.....	54
2.3.1. Habilitación legal previa y el criterio de vinculación positiva. ....	59
2.3.2. La habilitación legal previa frente la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados y las potestades implícitas. ....	65

**CAPÍTULO TERCERO: SUJECIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD, Y EN PARTICULAR, DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO. .... 76**

**1. El Poder Judicial y la Función jurisdiccional del Estado. .... 76**

1.1. El Poder Judicial y los Tribunales de Justicia como órganos del Estado. .... 76

1.2. ¿“Poder” judicial? ..... 85

1.3. La función jurisdiccional, ¿Potestas o Auctoritas?..... 89

**2. La función jurisdiccional del Estado como una actividad reglada y vinculada, desde el principio de juridicidad..... 96**

2.1. Principio de juridicidad y Garantismo procesal; la Constitución sobre el ejercicio de la función jurisdiccional..... 97

2.2. Habilitación legal previa, y vinculación positiva de la función jurisdiccional. 100

2.3. El desarrollo del Proceso como realización finalizada de la función jurisdiccional del Estado: exclusión de potestades implícitas y atípicas. .... 103

2.4. Potestades judiciales regladas y discrecionales. .... 109

2.5. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la atribución potestativa judicial. .... 111

2.6. Los Juzgados de Letras del Trabajo sujetos al principio de juridicidad. .... 114

**CAPITULO CUARTO: FUENTES DE POTESTADES ATÍPICAS EN EL PROCESO LABORAL. ....121**

**1. El principio de buena fe procesal.....121**

1.1. Su consagración normativa..... 121

1.2. La buena fe procesal: un concepto jurídico indeterminado..... 122

1.3. El principio de buena fe procesal contra la juridicidad y el debido proceso. 125

1.4. Alcances del principio de buena fe procesal conforme al principio de juridicidad. .... 132

**2. Creación judicial de norma jurídica procesal vinculante. El caso del Artículo 432 del Código del Trabajo.....135**

2.1. El artículo 432 del Código del Trabajo..... 135

2.2. El artículo 432 inciso primero y el principio de juridicidad..... 136

2.2.1.	La determinación de las normas contrarias a los principios formativos del Proceso laboral.....	136
2.2.2.	Atribución abierta de potestades judiciales.....	139
2.2.3.	La separación de funciones del Estado. ....	142
2.2.4.	El artículo 432 y la garantía de un proceso previo legalmente tramitado. 144	
<b>3.</b>	<b>Las medidas cautelares del Artículo 444 del Código del Trabajo.....</b>	<b>146</b>
3.1.	La función cautelar del Juez en el Proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica? .....	146
3.1.1.	El debido proceso, y algunas modernas “medidas cautelares”. ....	152
3.1.2.	Las “medidas cautelares especiales”. ....	159
<b>4.</b>	<b>Las medidas reparatorias en el procedimiento de Tutela Laboral (art. 495 CT). 165</b>	
4.1.	Las normas potestativas del artículo 495. ....	165
4.2.	La configuración potestativa contenida en el artículo 495 CT y el principio de juridicidad. ....	167
4.3.	La regla de congruencia procesal y la juridicidad de la sentencia de tutela. 172	
4.4.	Alcances de las medidas reparatorias decretadas en la sentencia de Tutela. 180	
 <b>CAPITULO QUINTO: SOBRE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y SUS FORMAS DE SANCIÓN.....182</b>		
<b>1.</b>	<b>La nulidad y la infracción al principio de juridicidad. ....</b>	<b>183</b>
1.1.	La acción de nulidad de derecho público y las resoluciones judiciales. ....	183
1.1.1.	La nulidad procesal de derecho público según Miguel Otero Lathrop. ..	193
<b>2.</b>	<b>La nulidad procesal.....</b>	<b>207</b>
2.1.	La nulidad procesal civil y su naturaleza jurídica. ....	214
2.2.	Presupuestos de la nulidad procesal. ....	219
2.3.	La nulidad procesal desde un punto de vista intrínseco.....	222
2.4.	La nulidad procesal como sanción. ....	225
2.5.	La nulidad procesal como derecho de impugnación.....	229
<b>3.</b>	<b>La nulidad procesal en el Código del Trabajo.....</b>	<b>234</b>

3.1. Medios Indirectos. ....	236
3.2. El recurso de Nulidad. ....	238
3.3. Sobre el recurso de Unificación de Jurisprudencia.....	248
3.4. Sobre la nulidad procesal consagrada en el artículo 429 CT. ....	250
3.4.1. Sobre la posibilidad de declarar la nulidad procesal de oficio. ....	263
<b>CONCLUSIONES. ....</b>	<b>269</b>
<b>BIBLIOGRAFIA. ....</b>	<b>271</b>

*"<<Toda verdad es simple.>>"*

*-¿No es esto una mentira duplicada?"*

Crepúsculo de los ídolos o Cómo se filosofa con el Martillo.

**FRIEDRICH W. NIETZSCHE.**

## **AGRADECIMIENTOS.**

En primer lugar, quisiera agradecer a don Claudio Palavecino Cáceres, mi profesor guía y maestro, por su apoyo y paciencia en el desarrollo de la presente investigación. Además, por haber sido un pilar fundamental en mi formación académica e intelectual en las aulas de la Facultad de Derecho.

En segundo lugar, a mis amigos que han soportado estoicamente mi afán crítico en todas nuestras largas discusiones, y me han nutrido de grandiosas ideas que no he dudado en hacer mías.

En tercer lugar, a mi familia, mis padres Alide y José, y mis hermanos, Bastián y Milady por estar siempre a mi lado, sobre todo en los momentos más complejos, cuando parecía que la frustración iba a vencer.

Por último, especialmente a Agripina Álvarez Alvarado, mi abuelita Pina, que el otoño de este año ha pasado fundirse con el infinito. Gracias por todo lo que nos diste e intentar hacer de nosotros las mejores personas posibles.

## **INTRODUCCIÓN.**

La reforma procesal laboral, iniciada con la ley 20.087, pretendía modernizar el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, y a la vez, asegurar la eficacia real de los derechos de los trabajadores en variadas dimensiones. Para cumplir dicha tarea se incorporan nuevos procedimientos inspirados de manera explícita en los principios de: intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad. A la vez, se agrega que, en general, los procedimientos del trabajo, sin distinción, serán orales, públicos y concentrados.

El legislador ha embalsamado las reglas reguladoras del proceso con los principios enunciados, adoptando una orientación publicística manifiesta, a fin de satisfacer de manera plena la garantía de tutela judicial efectiva, y de esa manera, cubrir la necesidad social de los trabajadores que fundamentaría en último término esta serie de modificaciones. En el mensaje presidencial que acompaña al proyecto de ley original queda plasmado tal espíritu, y se señala que: “Es un hecho que los demandantes de justicia laboral deben postergar sus expectativas de solución jurisdiccional, debido a lo extenso de los procesos y alas dificultades para ejercer patrimonialmente los derechos declarados en juicio. Es por ello, que se hace patente e impostergable la necesidad de



introducir profundas transformaciones en el sistema de la justicia laboral y previsional [...]”<sup>1</sup>.

En los procedimientos laborales la intención preponderante del legislador ha sido que el juez pase a cumplir un papel activo, y que en última instancia se transforme en garantía de la eficacia de los derechos laborales específicos, y también de los denominados inespecíficos, en el procedimiento de tutela laboral, por ejemplo. Sin embargo, dicha determinación no es casual ni meramente técnica, sino que se enmarca en una concepción determinada sobre los fines y funciones del proceso, coincidente con el denominado Publicismo o Activismo Judicial.

Si bien la solución de los asuntos litigiosos debe ser oportuna y eficaz, y manifestación de aquello se encuentra en el principio de celeridad, el deseo de satisfacer los anhelos de justicia de los particulares, y en este caso en especial, de los trabajadores, debe hacerse siempre respetando los presupuestos necesarios de todo Proceso, con tal de que no se vulneren los derechos fundamentales de persona alguna, y en especial en el caso de nuestro estudio, sus garantías procesales.

Por otra parte, antes de sumergirse en la lectura y modificación directa de la ley, es necesario introducir el análisis a través de la constitución como norma suprema, para desde ahí analizar si es posible o viable la realización del tipo de

---

<sup>1</sup> MENSAJE presidencial N°4-350/. Santiago, 22 de septiembre de 2003

modificaciones que el legislador pretende, sin caer en la vulneración de la norma fundamental, y en especial, tratándose de los jueces, en tanto funcionarios del poder judicial, debe estarse a lo previsto en virtud del principio de juridicidad, vinculante para todos los órganos del Estado.

Las intenciones del legislador, al transformarse en derecho positivo, deben sujetarse a lo dispuesto por nuestra constitución con la finalidad de mantener la coherencia de nuestro Ordenamiento Jurídico, y no introducir antinomias artificiosas o que guíen a confusión. Aquello implica, entre otros aspectos, que las normas contenidas en la ley, y su posterior interpretación, deben evitar entrar en conflicto con las garantías fundamentales consagradas en la norma suprema, y en particular, con el Principio de Juridicidad.

De entre las diversas normas procesales contenidas en nuestro código del Trabajo, centraremos especialmente nuestro estudio en el análisis de las potestades atribuidas al juez y la índole de éstas, considerando de manera especial su relación o confrontación con el Principio de Juridicidad. Esto a propósito del alcance del amplio empoderamiento aparente que el legislador ha definido a favor del Juez laboral, y las eventuales vulneraciones iusfundamentales que esto acarrea.

En la presente investigación analizaremos, en primer lugar la diferencia entre la concepción garantista del Proceso y la concepción activista, lo que nos permitirá definir una posición sobre sus fines, principios y función del mismo.

En segundo lugar, dirigiremos nuestro estudio al denominado “Principio de Juridicidad” en general, su consagración normativa y su alcance en nuestro Ordenamiento Jurídico.

En tercer lugar estudiaremos el alcance del Principio de juridicidad respecto del Poder Judicial, y en particular del juez laboral, dilucidando la posibilidad de su sujeción en el desarrollo de la función jurisdiccional del Estado a través del Proceso

Por último, revisaremos cuatro casos ejemplares contenidos en la ley laboral, que representarían una eventual vulneración al Principio de Juridicidad, exponiendo en concreto cuáles serían las razones que llevarían a sostener dicho conflicto y las posibilidades de su superación. Se trata del análisis de la denominada buena fe procesal, de la norma contenida en el artículo 432 CT, de las medidas cautelares y de las medidas de reparación en la sentencia de tutela, todas a la luz del Principio de Juridicidad.

## **CAPÍTULO PRIMERO: DOS CONCEPCIONES SOBRE EL PROCESO Y SU FINALIDAD.**

### 1. Dos maneras de concebir al Proceso: Garantismo Procesal y Activismo Judicial.

Podría pensarse que la elección entre diferentes formas regulatorias del Proceso, o entre diversos Sistemas procesales, para ser más preciso, no obedece a ninguna posición ideológico-política, sino que más bien se trata de una opción meramente técnica entre alternativas igualmente “justas”<sup>2</sup>, frente a las cuales cualquier grupo de expertos medianamente calificados podrá tomar una decisión relativamente indiferente. Sin embargo, aquella posición doctrinaria no pasa de ser una mascarada a todo el trasfondo filosófico-político<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Así se ha mostrado hacia el público el desarrollo de las últimas reformas procesales, tanto en el área Penal, como en la Laboral y Civil. En ese sentido el profesor Palavecino afirma que: “[un] rasgo común a todas las reformas procesales chilenas es que su diseño ha quedado entregado, al menos en un primer momento, a una suerte de clubes o cenáculos académicos –los denominados “foros para la reforma”–, lo cual ha generado la apariencia de que toda discusión relevante sobre la forma de articular los cambios se debe plantear y resolver, siempre, por los expertos dentro de la estrecha y exclusiva morada de lo técnico”. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. Sistemas procesales e ideologías. [en línea] Revista Derecho Y Humanidades, (17), 2012. p. 14

<<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewArticle/16973/17699>> [consulta: 01 Junio 2012]

<sup>3</sup> “Esto no es una cosa técnica, si el tercero sí o no es una cosa técnica, si preclusión sí o preclusión no es una cosa técnica; pero si el juez puede sí o no eso no es técnico, es puramente político, es la ideología política del legislador que está plasmando una norma jurídica [...] y la ideología es buena, si no es Autoritarismo”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. En: Revista Electrónica Cartapacio de

en que se sustenta una determinada concepción del Proceso y sus fines posibles. En ese sentido, nuestra primera labor consistirá en posicionar el sustento doctrinario de la presente investigación: el Garantismo Procesal. Adoptamos tal concepción del proceso, pues tal como se verá más adelante, es la única visión coherente con nuestra Carta Fundamental, y los diversos instrumentos internacionales que consagran la libertad y la primacía de la persona humana individual frente al Estado.

En este primer capítulo pretendo exponer algunas nociones fundamentales del Garantismo procesal, y para aquello será necesario a su vez exponer en modo de contraste la opción doctrinaria opuesta: el Publicismo o Activismo Judicial.

### 1.1. Sobre la finalidad del Proceso.

Comenzaremos por abordar el que pareciese ser el mayor punto de discrepancia entre el Garantismo procesal y el Publicismo: la determinación de los fines del proceso. Es útil comenzar por ésta vía, ya que las diferencias teóricas que enfrentaran a ambas doctrinas derivan, en su mayoría, de ésta concepción fundamental.

---

Derecho, Vol 2, 2001. [en línea] <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>> [Consultada el 21 Junio de 2011] p.9

Por un lado, los garantistas señalan que el Proceso sería esencialmente “[...] un método pacífico de debate dialogal y argumentativo [en donde] la razón de ser del [mismo] es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz”<sup>4</sup>; o, de manera más completa, un “medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas dialogan para lograr la solución -mediante resolución de la autoridad- de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad para mantener en ella un estado de paz”<sup>5</sup>. Así, a modo de síntesis, el Proceso es entendido como un método dialéctico de solución de conflictos intersubjetivos; tan solo eso. En consecuencia, y de acuerdo al profesor Omar Benabentos, “[e]l proceso tiene una doble misión: a) satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir atender al interés "privado" de los litigantes y b) suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público)”<sup>6</sup>.

Por su parte, en cambio, quienes sostienen la posición del Activismo Judicial o pregonan la Publicización del Proceso sostienen que “el proceso es un instrumento o herramienta para la realización del derecho de fondo, donde el

---

<sup>4</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. En: Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo código procesal civil. Coordinador; Paulo de la Fuente Paredes. Librotecnia, Chillán, Chile, 2010 pp.63-64

<sup>5</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal: Garantía de la Libertad. *RubinzalCulzoni* Editores, Santa Fe, Argentina, 2009, p. 37

<sup>6</sup> BENABENTOS, Omar. Teoría General Unitaria del Derecho Procesal. Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2001 p. 42

juez (principal actor en este sistema) debe velar por la búsqueda de la verdad objetiva material”<sup>7</sup>. En consecuencia, “[l]a prueba debe ser considerada como medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial”<sup>8</sup>. El Proceso, bajo dicha concepción, cumple un rol epistemológico, orientado hacia la consecución de un fin trascendente: la búsqueda de la Verdad y la Justicia. Así, para Picó i Junoy, por ejemplo: “[l]a ‘justicia’ como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin”<sup>9</sup>.

Como aparece en un primer acercamiento, es evidente que la diferente noción sobre los fines del Proceso conllevan a una comprensión absolutamente diversa sobre la posición y función del juez, las partes, e incluso acerca del rol de las pruebas en el juicio.

---

<sup>7</sup> GODOY, Mario Rodolfo. Garantismo y activismo: posiciones en-contradas. Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, Vol 14, 2008 [en línea] <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>> [Consultada el 03 de Septiembre de 2011]

<sup>8</sup> NUÑEZ OJEDA, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático Deliberativo. Ius et Praxis, vol.14, (n.1), 2008 [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art08.pdf>> [Consultada el 01 de Marzo de 2012] p.207

<sup>9</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. En: MONTERO AROCA, Juan (coord.). Proceso Civil e Ideología., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.110.

La anterior diferenciación se traduce en la comprensión y creación de dos Sistemas procesales absolutamente diversos, cada uno definido centralmente en torno al sujeto a quién correspondería llevar el impulso procesal<sup>10</sup>, y luego, los poderes que se le atribuirían o reconocerían al juez para satisfacer el fin del Proceso en cada caso.

Por un lado, y coherente con la vertiente activista del proceso, encontramos al Sistema inquisitivo de enjuiciamiento; por el otro, es posible reconocer el Sistema dispositivo. En el primer caso, nos enfrentamos a “jueces [que] se encuentran hondamente preocupados por distribuir el pan de la justicia”<sup>11</sup>, y que por lo tanto conciben al proceso básicamente como método viable y legítimo para la “implementación de políticas”<sup>12</sup> consideradas subjetivamente como “justas”; ideas propias de un Estado interventor y activista.

Del otro lado, encontramos el Sistema dispositivo o acusatorio. Se ha definido señalando que “[e]s un método bilateral en el cual dos sujetos

---

<sup>10</sup> “Habitualmente se dice en la doctrina generalizada que, para determinar a quién corresponde dar ese impulso, se han generado en la historia del derecho dos grandes sistemas de procesamiento: el dispositivo y el inquisitivo [...]” ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Los sistemas procesales. En su: ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ZORZOLI, Oscar (Directores). El debido Proceso. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006 p. 2

<sup>11</sup> PEYRANO, Jorge. El juez distribuidor de la justicia versus el juez dador de paz. [En línea]

<[http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/EL\\_JUEZ\\_DISTRIBUIDOR\\_DE\\_LA\\_JUSTICIA.doc](http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/EL_JUEZ_DISTRIBUIDOR_DE_LA_JUSTICIA.doc)> [Consultado el 22 de Agosto de 2011]

<sup>12</sup> “El proceso judicial en un Estado auténticamente activista se organiza en torno a la idea central de la investigación oficial y está dedicado a la implementación de una política de Estado” DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000 p. 253



naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida”<sup>13</sup>.

El activismo judicial, en otra de sus facetas, comparte el ánimo de reconocer un conjunto de valores objetivos en la Constitución, que llamarían a todo el cuerpo social, particulares y Estado; Jueces y legislador, a cumplir con su mandato justiciero, y en consecuencia sería posible incluso sostener que existe una fuerza directamente vinculante de la Constitución (corriente doctrinaria conocida con la denominación “constitucionalización del Derecho”). En ese sentido el profesor Peyrano, en una particular visión sobre los alcances normativos de la constitución, citando a Bidart Campos señala que “[p]ara el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia, sino más bien un estímulo [...] ‘el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley’ [...]”<sup>14</sup>. Bajo esta mirada, el proceso sería una vía legítima a través de la cuál realizar esos valores superiores y objetivos contenidos en la constitución. Cada juez tendría no solo la posibilidad, sino el deber Constitucional (o más bien,

---

<sup>13</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo... (n. 3) pp.70-71

<sup>14</sup> PEYRANO, Jorge. Activismo Judicial. En: AA.VV. Activismo y Garantismo. Instituto de la Academia en la Región Centro. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XLVII, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina. 2009 p.6 también [en línea] < [http://www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/at_download/file) > [consultado 15 de Marzo de 2012]

moral justiciero) de actuar y decidir la Justicia en el caso concreto, más allá de lo que la propia ley señale y prescriba, siempre y cuando suponga o esté convencido subjetivamente que de esa forma la meta sea alcanzada. Ahora bien, ¿cuándo se alcanza dicha meta?, ¿cómo poder establecer que estamos ante una decisión justa, de manera absoluta, y no meramente relativa, en donde la justicia haya sido definida de manera ad hoc por el juez?. Sostenemos que una decisión concreta adoptada por un juez, o, en general por cualquier otro particular, no puede ser calificada de justa o injusta de manera absoluta en el contexto de un Estado democrático de Derecho, en donde en todo caso debe primar el pluralismo y la diversidad sustantiva antes que la imposición autoritaria de la moral subjetiva de los jueces, o cualquier otro agente estatal empoderado.

## 1.2. La verdad en el proceso.

Tal vez una de las nociones fundamentales que permite diferenciar de mejor manera las dos doctrinas anteriormente expuestas, es la que versa sobre la posibilidad de alcanzar la Verdad en el proceso (cualquiera sea el adjetivo que se acompañe a ésta; formal, material o de otro tipo)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Así Taruffo señala: “El tema del conocimiento de los hechos en el proceso me lleva a hacer algunas consideraciones sobre la verdad judicial de los hechos[...]yo también soy de la opinión de que el proceso no es un contexto en el que se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles [...] por el contrario, el proceso es un ámbito en el cual,

### 1.2.1. Desde el Activismo Judicial

Más arriba hemos abordado parcialmente la visión epistemológica del proceso proveniente desde la doctrina publicista y el Activismo Judicial. Para poder pensar en la viabilidad de dicha utópica meta, al menos debe aceptarse un supuesto filosófico para nada pacífico sobre la configuración de lo real: existe una relación constitutiva exterior entre sujeto y objeto, y desde ahí surge la posibilidad de pensar en la realidad o efectividad de un mundo externo independiente al sujeto que la percibe; y desde luego, la facultad de éste para conocer dicha exterioridad.

Cuando un sujeto cualquiera predica de determinado acto que es “justo”, lo hace creyendo que es “verdaderamente justo”; no probablemente justo o casi justo. Por lo mismo, si se cree que la función del Proceso es alcanzar la Justicia, a secas, necesariamente la búsqueda de ésta va aparejada de la búsqueda de la Verdad. Luego, tal como señalé previamente, todo lo enunciado debe asumirse como fundamento filosófico-cognoscitivo, pues sólo así se podría predicar coherentemente la eventual justicia o injusticia de una

---

en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular” TARUFFO, Michelle. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba, en: VERA ALVAREZ, Nicolás (coord.). La Prueba, Artículos y Conferencias, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile 2009 p. 28

determinada decisión judicial<sup>16</sup>, con la plena autoridad que otorga un discurso fundamentado en la Verdad misma.

Entre autores que expliciten la relación interna entre Verdad y Justicia, el profesor Andrés Bordalí, para reafirmar la idea de que la jurisdicción es sobretodo instrumento de justicia (expresión de Giovanni Verde), y abordando su relación con la Verdad señala que “sólo cuando los jueces son capaces de acercarse al máximo a la verdad sobre los hechos que circundan a las afirmaciones de las partes en el proceso, se hace posible [...] hacer ‘justicia’ en una sociedad democrática organizada como Estado de Derecho [...] [Sin embargo] Esta afirmación no pretende ocultar que acercarse a la verdad de los hechos enunciados por las partes es a veces muy complejo y difícil”<sup>17</sup>.

En ese sentido, desde el activismo judicial también se señala que “[l]a decisión judicial debe abordar con claridad los diversos problemas epistémicos que conlleva todo el proceso. El primero de ellos es el conocimiento del hecho jurídico [...] la congruencia entre lo representado y lo realmente ocurrido le da

---

<sup>16</sup> Así Taruffo cuando señala que: “la determinación de la verdad de los hechos constituye una condición necesaria de la justicia de la decisión” En: TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, España, 2010 p. 142 y también al señalar que “Una condición Necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea” En: TARUFFO, Michelle, *Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial*, en: VERA ALVAREZ, Nicolás (coord.), *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, 2009 pp. 96-97

<sup>17</sup> BORDALÍ, Andrés. “Los poderes del juez civil” En: De la Oliva Santos - Palomo Vélez (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007 p. 193

solvencia al juez para resolver con argumentos válidos”<sup>18</sup>. Estas palabras muestran claramente la relevancia de las consideraciones y aclaraciones epistemológicas en el activismo procesal, con el fin de aparecer como una teoría coherente y útil en la práctica. No es pensable el proceso, desde dicha visión, si no asumimos desde un inicio que es posible alcanzar la verdad como representación o reconstrucción histórica<sup>19</sup>.

Se ha señalado por el profesor Peyrano, de forma un poco confusa, que aunque en principio lo deseable es alcanzar la verdad en el proceso (única vía que guiará a una resolución efectivamente justa) aquello no es posible de realizar de manera plena “porque el hallazgo de la verdad en el terreno del juicio civil depende de la prueba a rendirse y el acierto en su ofrecimiento y la diligencia en su producción dependen del accionar de las partes”<sup>20</sup>. Tras estas afirmaciones pareciera aceptar plenamente la idea de que incluso si fuese posible alcanzar la Verdad de algún enunciado cualquiera, el proceso no es un lugar idóneo para su búsqueda. Por lo mismo el juez debería limitarse a fallar sólo en base a los materiales probatorios que las partes presenten en juicio.

---

<sup>18</sup> RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. A propósito de la justicia material. (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material). *Opinión Jurídica*, (6), 2007, [en línea] <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=94501209>> [Consultado el 15 de Septiembre de 2011] p.176

<sup>19</sup> El profesor Bordalí al respecto señala: “los jueces civiles hacen algo más que dirimir conflictos. Los jueces reconstruyen hechos históricos a fin de que puedan concretarse los mandatos jurídicos abstractos y generales” BORDALÍ, Andrés. Los poderes del juez civil. *En: De la Oliva Santos - Palomo Vélez (coordinadores), Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007 p. 194

<sup>20</sup> PEYRANO, Jorge. El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil. [En línea] < <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/Eljuezy laverdad.pdf>> [consultado 25 de marzo de 2012] p.1

Sin embargo, más adelante pareciera reconsiderar su posición en pro de la búsqueda de la Verdad. Así señala que:

“El magistrado civil no es un investigador a todo trance de la verdad, no lo es ni puede serlo. Su cometido, en cambio, es procurar aproximarse limitada y selectivamente a la verdad. Limitadamente porque el ofrecimiento y la producción de la prueba (de la cual depende la obtención de la verdad), están condicionados al accionar de las partes y porque, también, la tarea del Oficio posee límites técnicos infranqueables que ni tan siquiera pueden ser salvados por el uso de medidas para mejor proveer; y es selectivo porque es impensable e imposible que un tribunal,(por lo menos en Argentina) en cualquier supuesto se deba empeñar en conseguir la versión fáctica ‘verdadera’”<sup>21</sup>.

#### 1.2.2. Desde el garantismo procesal.

El garantismo procesal no necesita poner como fundamento presupuestos teóricos tan aventurados para edificar una comprensión coherente de un

---

<sup>21</sup> Ibíd. p.2

Derecho Procesal respetuoso de las libertades y garantías individuales. Desde el garantismo procesal, la noción publicista de que el proceso cumple un rol epistemológico guiado a la reconstrucción histórica de hechos pretéritos, tal como fueron no es razonable desde un punto de vista filosófico y práctico, o a lo menos, dichas apreciaciones ni siquiera cobran relevancia, sino que nos guían a una discusión fútil.

Es posible presentar una crítica sobre la visión publicística del Proceso, incluso coherente desde el interior mismo de ésta<sup>22</sup>; consistente en la idea fundamental de que aunque se pretenda buscar la verdad en el proceso, dicha tarea se encuentra limitada por el tiempo de duración del mismo, ya que los conflictos intersubjetivos de intereses de relevancia jurídica deben ser resueltos en un tiempo determinado y razonable. La transitoriedad del proceso es de su esencia. Luego, si lo que se pretende buscar es la Verdad, lo natural sería que no hubiese límite de tiempo, ya que dejar una investigación inacabada podría dar cabida a la resolución de conflictos intersubjetivos sobre hechos eventualmente falsos, o a lo menos dudosos.

Desde otro punto de vista ,es imposible afirmar de manera concluyente y cierta que el juez, en relación a las partes, esté en una posición mejorada para el desvelamiento de la verdad, si es que fuese posible reconstruir

---

<sup>22</sup> Por ejemplo, sobre la dicotómica relación entre la necesidad de alcanzar justicia y verdad, frente a la celeridad requerida por los justiciables, y por la esencial temporalidad de los procesos.

acabadamente algún hecho ya ocurrido, y que en virtud de tal posición, por ejemplo, le sea posible decretar pruebas<sup>23</sup> oficiosas.

Por otro lado, la metáfora espacial que se suele utilizar desde el activismo judicial en relación con la Verdad, no es muy afortunada. Afirmar que un sujeto se procura aproximar lo máximo posible a un objetivo cualquiera (en este caso ni más ni menos que la verdad) implica lógicamente, como mínimo requisito, saber donde se encuentra el objetivo en cuestión. No tiene sentido afirmar que me acerco a “algo”, sin previamente saber qué es ese algo, y eventualmente donde se encuentra. Así, situando la discusión, por ejemplo: decretar medidas para mejor resolver justificando que por esa vía nos acercamos en alguna medida a la Verdad, sin conocerla previamente, no es más que enmascarar el uso de facultades judiciales exorbitantes con la finalidad de que el juez se autoconvenza, o pueda convencer de mejor manera al auditorio, de algo que previamente ya ha decidido.

Las críticas a la posibilidad de “alcanzar la verdad” en el proceso (e incluso fuera de él), son variadas, y no es el propósito central de esta investigación desarrollar una propuesta ontológica, o siquiera epistemológica, que pretenda

---

<sup>23</sup> “¿Quién o qué cosa asegura que las pruebas dispuestas de oficio por el juez (tercero por definición, y por tanto persona ajena a los hechos concretos deducidos en juicio) sean más idóneas que aquellas propuestas por las partes (sujetos que, por el contrario, son los artífices de esos hechos) para llegar a una correcta y precisa determinación de los hechos?” MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil. En: MONTERO AROCA, Juan (Coord.) “Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006 p.181



decidir el problema de manera categórica. Sin embargo se hace necesaria esta breve mención en razón de mostrar una argumentación coherente y racional.

La consecuencia lógica de la imposibilidad de alcanzar la Verdad, en éste caso específicamente en el proceso, es que éste no puede encontrar su finalidad y fundamento en dicha pretensión teórica, y por lo mismo, lo que corresponde es interpretar la finalidad del proceso de manera inclusiva y plural, conforme a una sociedad que se auto declara democrática y se dice respetuosa de las libertades individuales. En este sentido, la persona humana debe ser el centro de preocupación de los intereses del Estado, en sus más variadas manifestaciones, y en ningún caso debe instrumentalizarse a los particulares bajo pretextos de un fin superior inalcanzable. En tal caso se está utilizando retóricamente el valor compartido de la sociedad moderna sobre la Verdad, y la imagen de respeto que proyecta, para alcanzar fines que se presentan como objetivos y dados, cuando en realidad son completamente subjetivos, parciales e interesados.

### 1.3. Una comprensión garantista del proceso.

Si el Proceso no tiene como finalidad la búsqueda de la Verdad o la Justicia material, entonces es esencialmente una instancia civilizada de solución de conflictos intersubjetivos mediante el acto decisorio firme de un tercero

legítimamente investido de autoridad, previo debate dialéctico en un plano de igualdad. De manera concisa, “lo que el garantismo pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico”<sup>24</sup>.

En relación con la noción de debido proceso, adherimos plenamente a lo señalado por el profesor Alvarado Velloso, y creemos que más allá de las posibles definiciones de modo negativo, o enumeraciones no taxativas de los aspectos que comprendería, “resulta más fácil sostener que es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente)”<sup>25</sup>.

A lo anteriormente señalado cabe agregar la importancia del respeto a la primacía de la persona humana en la interpretación, creación y aplicación de las normas procesales (obviamente también en toda otra dimensión jurídica); uno de los grandes logros de la modernidad, consagrado en la mayoría de las cartas políticas, e instrumentos internacionales de la más variada índole. Tal como señala el profesor Palavecino:

“Decir que el proceso está al servicio de la persona significa  
en primer lugar reconocerlo como instrumento y no como fin: el

---

<sup>24</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo... (n.3) p.86

<sup>25</sup> Ibid. p.83

proceso existe para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses. Todo otro bien trascendente al interés de las partes como la paz social, la verdad o la justicia son mero efecto o consecuencia de la satisfacción de aquel interés, pero jamás deben sobreponerse autoritariamente al mismo”<sup>26</sup>

Por lo mismo, ahora en el preciso contexto del proceso, debe propenderse a resguardar las posiciones garantizadas a las partes por nuestro ordenamiento jurídico en un plano de igualdad, y obviamente asegurar al mismo tiempo que el juez sólo se limite a actuar conforme la ley y la Constitución lo autoricen. El garantismo procesal, en consecuencia, “se contenta modestamente con que los jueces [...] declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos”<sup>27</sup>.

En la composición esencial del proceso es necesaria la intervención simultánea de tres sujetos: quién pretende, quién resiste y el juzgador<sup>28</sup>. Los primeros dos son puestos jurídicamente en un plano de igualdad, y se les denomina partes. El impulso procesal es guiado completamente por ambos, y

---

<sup>26</sup> PALAVECINO CÁCERES, Claudio. Doctrina del Garantismo procesal. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Volumen 2, N° 4, 2011, p. 167

<sup>27</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo ... (n.3) p.87

<sup>28</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de derecho procesal civil. BOTTO OAKLEY, Hugo (Adaptador). Punto Lex, Thomson Reuters, Santiago, 2011 p. 279

son aquellos los que deben aportar el material probatorio necesario para la resolución del conflicto, así como los hechos sobre los que se afirme o desestime una determinada pretensión. Son por definición plenamente parciales, y por lo mismo, presentan cada uno todos los argumentos y las pruebas que estimen necesarias para lograr el convencimiento favorable del tercero imparcial a quién se encarga la resolución del conflicto.

En la mayoría de los casos el tercero encargado de la resolución del conflicto intersubjetivo (juzgador) será un juez<sup>29</sup>, esto es, “el funcionario público que integra el Poder Judicial y que tiene como misión específica la de *procesar y resolver* los litigios presentados a su conocimiento (y, en su caso, ejecutar lo resuelto)”<sup>30</sup>. Es precisamente sobre éste tercero que recae el desarrollo de nuestro trabajo y estudio.

El juez, en tanto director del desarrollo dialéctico del proceso, está sujeto al principio de imparcialidad<sup>31</sup>. Al respecto, el profesor Alvarado Velloso al momento de definir las cualidades de un juez, señala que de manera necesaria éste “no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo

---

<sup>29</sup> Podría eventualmente ser un árbitro mixto, o árbitro arbitrador

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> Sin duda el juez se encuentra sujeto no sólo a este principio, sino también al de transitoriedad del proceso, igualdad de las partes, eficacia procedimental y moralidad procesal.

interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)<sup>32</sup>.

El requisito de imparcialidad del juez, en toda su comprensión, no es equivalente a una afirmación descriptiva sobre su objetividad. Es evidente que ninguna persona puede enfrentarse a algún estímulo externo sin algún tipo de noción preconcebida, cualquiera que ésta sea (olores, colores, la percepción de una amenaza, etc.). En virtud de éste principio de imparcialidad no se le exige al juez una completa desnudez intelectual al momento de enfrentarse a un caso concreto, sino algo mucho más concreto y realizable; su imparcialidad en las tres dimensiones antes enunciadas. Si bien es imposible que el juez elimine todos los prejuicios que tenga al momento de enfrentarse un caso particular, al menos es esperable que estructuralmente no se otorguen facilidades para ampliar el espacio o posibilidades de arbitrariedad. Es precisamente la ley quién debe encargarse de establecer cuáles son sus precisas facultades de dirección. De esta forma, si bien no es posible ni deseable que el juez sea una máquina inactiva en el proceso, sí se debe limitar su actuación en juicio, en tanto dicha actividad es manifestación del poder público estatal, y además, porque de ésta forma se asegura el ejercicio de las libertades individuales, de las que son titulares los particulares que llevarán ante su imperio cuestiones que necesiten una solución heterocompositiva. Por eso, en conclusión, es posible afirmar, tal como señala la profesora Andrea Meroi, que la imparcialidad no es una

---

<sup>32</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo ... (n.3) p.67

representación descriptiva, sino que más bien prescriptiva, y en realidad equivale a un conjunto de cánones deónticos que permiten controlar la posición subjetiva del juez por las partes, más no se trata un diagnóstico pleno y acabado sobre las condiciones subjetivas particulares con las que el juez se predispone a resolver<sup>33</sup>.

#### 1.4. Teoría general unitaria del Proceso.

Sería infructuoso el labor que hemos desarrollado hasta aquí si todo lo señalado no fuese aplicable en absoluto al proceso laboral. Por lo mismo, es necesario brevemente hacer alusión a la supuesta autonomía del derecho procesal laboral, abordada desde una comprensión unitaria del proceso.

##### 1.4.1. La autonomía del derecho procesal laboral.

---

<sup>33</sup>Sobre ésta idea, y además los alcances de la regla iuranovit curia en cuanto al supuesto pleno conocimiento del Derecho por parte del juez: MEROI, Andrea A. Iuranovit curia y decisión imparcial. *Ius et Praxis*, vol.13, (n.2), 2007, pp. 379-390 . [En línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200015&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200015&lng=es&nrm=iso)> [Consultado el 25 de Julio de 2011]

La doctrina laboralista suele sostener como evidente la autonomía del derecho procesal del trabajo<sup>34</sup>, sujeto a unos principios propios, a un espíritu hermenéutico particular y una necesaria interpretación diferenciada de dichas normas regulatorias respecto del resto de las ramas procesales. No es aislada dicha posición doctrinaria, pues hoy la mayoría de las ramas del Derecho, sustantivo y procesal, tienden cada más a la especificación, y diferenciación particular de las ramas que las rodean. Pareciera que la autonomía les brindara un mayor grado de científicidad, o al menos otorgara un impulso adicional en el desarrollo de las ciencias jurídicas en general. Por eso, no sólo ha sido la clásica diferenciación entre derecho procesal penal y civil la que ha dado lugar a una visión autónoma de ambas ramas, sino que incluso al interior del derecho procesal civil han habido notables búsquedas de autonomía (por ejemplo, derecho procesal de familia, o derecho procesal laboral, como en nuestro caso). Sin embargo, tal como señala el profesor Alvarado Velloso, “[v]a de suyo que la simple calificación adjetiva que se haga del derecho procesal no puede hacer que varíen sus conceptos elementales y fundamentales [...] las nociones de *acción procesal*, de *excepción* y de *jurisdicción*, por ejemplo, son *invariables* en todos los ordenamientos normativos”<sup>35</sup>.

Podría pensarse que las características de los temas abordados en sede laboral, y un consecuente llamado a la urgencia para obtener los resultados

---

<sup>34</sup> A lo menos, si no evidente, como un fin deseable de alcanzar.

<sup>35</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n.28) pp. 40-41

judiciales esperados, justificarían la autonomía de ésta rama procesal. Sin embargo, las eventuales críticas al funcionamiento de la labor jurisdiccional en el área laboral, y la búsqueda de celeridad y eficacia, no nos deben guiar necesariamente a decidirnos por su autonomía. Todo lo contrario. Los problemas que afectan a los particulares que concurren a tribunales en razón de conflictos laborales, también aquejan a las personas en otras áreas, en que se vulneran bienes de la vida igualmente importantes. Es cierto que el contenido de las demandas laborales puede tener un carácter alimentario, y requiere una eficaz y rápida solución, ¿pero acaso una demanda civil por responsabilidad extracontractual derivada de un accidente cualquiera que afecte físicamente a una persona no requiere de la misma atención; o la eventual privación de un bien inmueble donde una familia habite y que esté siendo ocupado por terceros tampoco merece mayor preocupación; y en el caso de los problemas que se suscitan en derecho de familia también no es alta la relevancia?. Es posible enunciar una serie de casos que muestran a simple vista que los problemas en el funcionamiento del poder judicial es preferible abordarlos de una manera unitaria, antes que de manera parcial y atomizante<sup>36</sup>. Si queremos un poder judicial más eficiente y respetuoso de las garantías individuales es preferible abordar directamente el problema de manera global.

---

<sup>36</sup> En el mismo sentido, y para mayor profundización consultar: BENABENTOS, Omar. Los cambios finales del siglo XX y la autonomía científica del derecho procesal laboral. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ,Nº 25, Volúmen II, Colombia,1999



En ese sentido, adherimos al profesor Hugo Pereira Anabalón cuando, a propósito de las palabras de Luigi de Litala, sobre la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo, afirma que: “conforme con el léxico, la voz ‘autónomo’ es sinónima de ‘independiente’, [y] denota la idea de algo que no depende de nada ni de nadie y que, por lo mismo, tiene aptitud para darse su propio gobierno, sus propias normas, particulares y específicas. Nos parece que tal planteamiento, a lo menos, es excesivo”<sup>37</sup>. Luego, siendo tan atrevido proclamar la autonomía del derecho procesal laboral, y viendo que existen principios y estructuras comunes a todo proceso, el profesor señala que “cabe la posibilidad de elaborar una síntesis superior, un sistema coherente de principios e institutos comunes, válidos para todas las diversas ramas procesales”<sup>38</sup>. La valiosa obra del profesor Omar Benabentos intenta cumplir dicha magna tarea desde el garantismo procesal. Pasamos a exponer alguno de sus ejes fundamentales.

#### 1.4.2. La unidad del derecho procesal.

La teoría general unitaria del proceso, toma el camino inverso a la tendencia atomizante de las ramas del derecho procesal; en la unidad se busca la fuerza teórica y la coherencia doctrinaria. Tal como señala el profesor Omar

---

<sup>37</sup> PEREIRA ANABALÓN, Hugo. Derecho procesal del Trabajo. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1984. P.5

<sup>38</sup>Ibid. P.6

Benabentos, con la configuración de ésta teoría se pretende “fijar los postulados científicos comunes y compatibles a todas las ramas del derecho procesal”<sup>39</sup>, para luego desde ahí analizar cada una de las reglamentaciones diferenciadas.

Para sostener que es posible abordar y comprender el derecho procesal como unidad, es necesario volver a conceptos fundamentales. En primer lugar, es preciso afirmar, tal como se señaló previamente, que “el objeto de conocimiento del derecho procesal es único y se trata del ‘conflicto intersubjetivo de trascendencia jurídica’<sup>40</sup>, ni más, ni menos. Luego, en segundo lugar, “la respuesta normativa para atender al objeto que ‘menta’ el derecho procesal (el conflicto) es *conceptualmente idéntica*. La acción, el proceso y la jurisdicción son las herramientas ideadas por la ciencia del proceso para solucionar de un modo pacífico las contiendas jurídicas de los co-asociados en los estados de derecho”<sup>41</sup>. Cada uno de estos conceptos elementales, por sí mismo, tiene significación idéntica independiente del proceso que se trate en concreto.

En un sistema procesal dispositivo es necesaria la presencia simultánea de tres momentos lógicos igualmente importantes, y de la misma jerarquía. En primer lugar; la acción, como manifestación de una “norma dinámica que permita el ‘instar’ del particular ante el órgano jurisdiccional [...] sin necesidad

---

<sup>39</sup> BENABENTOS, Omar. Teoría General Unitaria ... (n.5) p. 24

<sup>40</sup> Ibid. p. 77

<sup>41</sup> Ibid. p. 77

de que acredite la legitimación del derecho material que se afirma violado [...]”<sup>42</sup>. Este primer momento mira directamente hacia el particular, y la posibilidad que se le debe otorgar para que éste logre la solución del conflicto que mantenga con cualquier otro sujeto, a través de un medio pacífico institucionalizado. Una vez que la sociedad civilizada ha rechazado la posibilidad de autotutela como método legítimo para la solución de conflictos intersubjetivos, le es imperativo otorgarle al individuo la posibilidad real de acceso a la solución de sus conflictos mediante la intervención de un tercero que heterocomponga su discrepancia.

El segundo momento lógico es el proceso, entendido como un método pacífico de resolución de conflictos, debidamente reglado, y mediante el cual se desenvolverá el dialogo argumentativo por parte de particulares enfrentados en la dinámica pretensión-resistencia. Es relevante en este punto que dicho método sea respetuoso del derecho de defensa de ambas partes, y obviamente en general, del debido proceso.

Por último, en un tercer momento lógico de igual relevancia y necesidad que los anteriores se presenta “el deber estatal de garantizar una estructura: *el poder jurisdiccional*, predispuesto para procesar toda suerte de litigios y, eventualmente, poner fin a esas contiendas”<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> BENABENTOS, Omar. Teoría General del Proceso. Tomo I, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2002 pp. 108-109

<sup>43</sup> Ibid. p.109

A modo de síntesis, se puede señalar que “la acción, el proceso y la jurisdicción conforman las partes de un ‘todo’ (el sistema procesal) ideado para hacer cesar (pacíficamente) las conductas en estado de conflictos de trascendencia jurídica”<sup>44</sup>.

Con todo lo señalado queda suficientemente esclarecida nuestra visión del proceso, y que en resumen comprendemos al derecho procesal laboral al interior de un todo conceptual más amplio, como lo es la Teoría General Unitaria del Proceso. Al mismo tiempo, dicha comprensión permite que nuestra visión garantista sea idónea para el análisis de la regulación procesal laboral, pudiendo exigir de ésta rama lo que es esperable de cualquier proceso que dice ser tal.

---

<sup>44</sup> Ibid.

## **CAPITULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD.**

### **1. El Estado al servicio de la Persona humana.**

Creemos que para comenzar el estudio de alguna institución o concepto jurídico particularmente en nuestro ordenamiento, en cualquiera de las ramas del derecho que se trate, hay que situar siempre los cimientos de dicho análisis tomando como base y eje fundamental la primacía de la persona humana, que es la piedra angular y la base fundamental, sujeto, principio y fin de toda sociedad, de todo Estado, de todo Derecho<sup>45</sup>, para desde ahí lograr una interpretación y comprensión coherente con la libertad individual, de cualquiera de dichas creaciones intelectuales humanas representadas en el lenguaje del Derecho.

Nuestra constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, comparte la idea previamente expuesta al ser poseedora de una determinada concepción de la sociedad en general, y del rol y función del Estado frente a las personas, en particular.

---

<sup>45</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. La primacía de la persona humana. Principio fundamental del Derecho Público Chileno. En su: Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009 p.1

### 1.1. La primacía de la persona humana.

En nuestro país se consagra a nivel constitucional el reconocimiento de la primacía de la persona humana frente al Estado, y como consecuencia, el rol instrumental de éste último. Se acepta el carácter ontológico anterior de la persona humana, desde su dignidad constituyente, previa a las formas de organización política concretas (Estado), consagrándose además con ello el carácter servicial del Estado, que debe protección a las diferentes formas de realización personal, material e inmaterial de los particulares. De esta forma, es en torno al sujeto particular, y la satisfacción de sus fines auto determinados, que se ha de interpretar y aplicar el Derecho generado válidamente conforme a nuestra Norma Fundamental.

En ese sentido, el profesor José Luis Cea Egaña señala que “el Estado se halla al servicio de la persona humana, ya que ésta es, ontológica, deontológica e históricamente anterior y superior al Estado. Es decir, la institución estatal ha sido creada o establecida por las personas para satisfacer sus necesidades y aspiraciones colectivas. De modo que jamás tuvo, tiene ni puede lograr el Estado la autojustificación de su existencia”<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Eds. Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2° Edición, Santiago, Chile, 2008 p. 182

Tal como se desprende de la cita precedente, la persona humana no sólo es anterior al Estado, sino que a la vez es superior. Sus intereses y metas constan de una sustantividad que no le es propia al Estado como forma de organización social artificial. Aquello es comprensible, puesto que la existencia del Estado es un producto histórico de la creación humana colectiva, mientras que la persona y su dignidad intrínseca<sup>47</sup>, en tanto sujeto racional capaz de auto determinarse, tienen valor por sí mismas, al reconocérseles como seres constitutivamente libres.

Mario Cerda Medina señala al respecto que “nuestra Constitución Política intenta *descartar la socorrida concepción* (entre fascistas, nascistas (sic) y estalinistas) *que pone al hombre, a la persona humana, al servicio del Estado.* Para nuestra Constitución, el fin y razón de ser del Estado es la persona humana, que posee derechos y deberes anteriores e independientemente de la acción del Estado”<sup>48</sup>.

El profesor Soto Kloss, adhiriendo a esta idea, señala que: “la persona es *anterior y superior* al Estado: lo primero aparece obvio ya que el Estado solo existirá y surgirá en la medida que existan personas que lo constituyan, si éstas

---

<sup>47</sup> Puede señalarse al respecto, desde una perspectiva laica, que “el cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la ‘dignidad humana’ [luego] el Estado Constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los seres humanos *sujetos* de su actuación”. HÄBERLE, Peter. “El Estado Constitucional”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 290-291

<sup>48</sup> CERDA MEDINA, Mario. El Estado al servicio de la persona humana. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 57-58, Chile, Enero-Diciembre 1995, p. 75

no existen tampoco se dará un Estado; lo segundo, porque el hombre es un ser sustancial, el Estado es, en cambio, sólo accidental [...]”<sup>49</sup>.

## 1.2. Normas constitucionales pertinentes.

El principal precepto desde el cual se desprende la primacía de la persona humana, y una determinada noción de Estado coherente con dicha comprensión, se encuentra en las Bases de la Institucionalidad; artículo 1° de la Constitución Política de la República, y de especial manera en su inciso cuarto que señala:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe 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”.

Otros preceptos relevantes que permiten sostener la comprensión enunciada son: el mismo artículo 1° en sus incisos 1° y 3°; artículo 5° inciso 2°; artículo 19 N°s 9, 10, 18, 21 inciso 1, 23 y 26.

El profesor Silva Bascuñán, en un texto publicado en coautoría con Silva Gallinato, afirma que en el inciso 4° artículo 1° se consagraría simultáneamente

---

<sup>49</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. La primacía... (n. 44) p. 6



tanto una invitación positiva como un rechazo ala labor interpretativa. La invitación positiva consistiría en la comprensión de lo que es la “persona humana”, posteriormente desarrollada en las garantías consagradas en el artículo 19. Mientras que el rechazo entiende que “se hace a toda comprensión del Estado que lo conciba como agente de actividades encaminadas a la obtención de objetivos que él mismo señala para su propio provecho y engrandecimiento [...] El Estado no es un ser sustancial representativo de una realidad existente por sí misma, tras objetivos nacionales realizables con prescindencia o inmolación de sus propios componentes [...]”<sup>50</sup>.

### 1.3. La “Servicialidad” del Estado.

Al igual que la primacía de la persona humana, desde el artículo 1° inciso cuarto, también es posible desprender la comprensión del Estado que tiene nuestra constitución. Es razonable dicha conjunción en la regulación constitucional, ya que ambas ideas se encuentran internamente relacionadas, determinando la primera de ellas la conceptualización de la segunda.

En la doctrina nacional ha sido conocida dicha particular concepción como “Servicialidad del Estado”. El profesor Silva Bascuñán señala que dicha palabra

---

<sup>50</sup> SILVA BASCUÑAN, Alejandro –SILVA GALLINATO, María Pía. El Estado al servicio de la persona humana. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 57-58, Chile, 1995, p. 68

“denota, sin duda, la calidad o condición servicial [...] y así califica ‘al que sirve con cuidado, diligencia u obsequio’”<sup>51</sup>. Por su parte, el profesor Soto Kloss justifica la utilización de dicho vocablo señalando que éste refiere de manera sintética a “la condición del Estado de ente al *servicio de la persona humana* y no al revés [...]”<sup>52</sup>, idea que aparece como evidente, una vez consagrada la primacía de la persona humana.

Sobre el mismo tema, en otro lugar, el mismo profesor Soto Kloss señala que: “[C]uando la Constitución establece la servicialidad del Estado (artículo 1° inciso 4°), como una consecuencia de la primacía de la persona (artículo 1° inciso 1°), lo que está disponiendo es que el Estado está al servicio de la persona humana, es decir, que ‘está en función de’, que está ‘para su beneficio’, que está ‘subordinado a ella’, que actúa ‘en razón de ella’, esto es el Estado es un ‘medio para la perfección de la persona’, no para su escarnio, servidumbre avasallamiento o esclavitud”<sup>53</sup>.

El profesor José Luis Cea Egaña, por su parte, señala que “[s]ervir a la persona humana es un deber trascendental, de ejecución permanente e interminable dentro del cual se hallan la multitud de funciones y cometidos que,

---

<sup>51</sup>Ibíd. p. 67

<sup>52</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. La servicialidad del Estado, base esencial de la institucional. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 57-58, Chile, Enero-Diciembre 1995, p.17

<sup>53</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. La primacía... (n. 44) P. 6

siguiendo el principio de subsidiariedad, corresponden al Estado como asociación para el gobierno de la comunidad política”<sup>54</sup>.

En concreto, se puede señalar sobre la servicialidad que “jurídicamente se trata de un ‘*deber jurídico*’ que la Constitución impone al Estado, en razón de su finalidad y carácter accidental e instrumental que posee, concebido éste – además- de un modo específico, como medio de perfeccionamiento de las personas”<sup>55</sup>. En ese sentido, se puede afirmar desde una óptica más colectivista también que “[e]l Estado es *servidor* del pueblo en el bien común. En un sentido profundo, el Estado no es sino *servicio* [...]”<sup>56</sup>

Ciertamente, “tiene que poseer dicha frase no sólo una significación jurídica, sino también necesariamente unos efectos concretos, directos, operativos en la realidad y, en especial, para las personas”<sup>57</sup>, y una de las formas de manifestación de éste carácter servicial precisamente son las limitaciones, o mejor dicho, configuraciones potestativas del ejercicio del poder por parte del Estado, y en general, su sujeción al principio de juridicidad, que abordaremos a continuación.

## 2. El Principio de Juridicidad en nuestro Ordenamiento Jurídico.

---

<sup>54</sup> CEA EGAÑA, José Luis. Op. Cit. p. 182

<sup>55</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. La servicialidad... (n.51) p. 20

<sup>56</sup> MORENO VALENCIA, Fernando. Consideraciones sobre el Estado: su servicialidad. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 57-58, Chile, Enero-Diciembre 1995, p.51

<sup>57</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. La servicialidad... (n.51) p. 17

## 2.1. Concepto.

El profesor Eduardo Soto Kloss ha sido quién ha estudiado de manera más acabada los alcances y delimitación del principio de juridicidad en nuestro ordenamiento jurídico. Ha señalado, de manera concisa, que dicho principio consistiría en “la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”<sup>58</sup>.

El profesor José Luis Cea Egaña a su vez, comprende que “en virtud de tal principio se entiende que la atribución de cualquier competencia debe ser hecha de manera previa y expresa, limitada y otorgada con nitidez, nada más que por la Constitución o la ley”<sup>59</sup>.

El principio de juridicidad se encarga de resguardar la sujeción de absolutamente todos los órganos del Estado al imperio del Derecho, y de esta forma, asegura de manera manifiesta la existencia de un Estado Constitucional de Derecho. Por lo mismo, tiene un alcance más amplio que su versión pretérita conocida tradicionalmente como “principio de legalidad”, en dónde la sujeción podía entenderse vinculada solamente a la ley formal dictada por el poder legislativo. Esa concepción se veía atravesada por un gran problema, que es

---

<sup>58</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo: Bases fundamentales. Tomo II: El Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, p. 24

<sup>59</sup>CEA EGAÑA, José Luis. Op. Cit. p. 252

posible desprender de la misma conceptualización del principio de legalidad: si es el poder legislativo quién configura las potestades de los órganos estatales, podría eventualmente sostenerse que éste poder no estuviera sujeto en su actuación a mayores limitaciones, pues él mismo creaba la ley atributiva y realizaba en concreto el espíritu de la Constitución.

En relación con ésta última idea, el profesor Jorge Reyes señala que “[e]l vocablo legalidad conduce a la ley [...] y en verdad la sumisión del Estado no es solo a la ley, sino al Derecho que comprende diferentes órdenes jurídicos, involucra supremacía normativa y especialmente constitucional [...]”<sup>60</sup>. En el mismo sentido Pantoja, al señalar que “el principio de juridicidad es una forma evolucionada de aquella escueta legalidad característica del Estado constitucional de comienzos del siglo XIX”<sup>61</sup>, y Caldera Delgado al señalar que “en el plano de las ideas generales y de la ciencia jurídica el principio de legalidad desborda largamente la exigencia de la conformidad de las actuaciones administrativas con la ley. El citado principio de legalidad, es, en realidad, un principio de juridicidad [...]”<sup>62</sup>.

Según Rolando Pantoja, “[l]a incorporación de criterios finalistas: razón de ser del Estado y su finalidad (artículo 1° de la Carta Fundamental), y sustanciales:

---

<sup>60</sup> REYES RIVEROS, Jorge. El principio de juridicidad y la modernidad. En: Revista chilena de derecho, Vol. 25, N° 1, 1998 p. 85

<sup>61</sup> PANTOJA, Rolando. El principio de juridicidad. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Vol. 62, 2000 p. 156

<sup>62</sup> CALDERA DELGADO, Hugo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Ediciones Parlamento, Santiago, 2001 p. 85

respeto de los derechos de las personas, y razonabilidad de las actuaciones y decisiones de sujetos de derecho (artículos 1° y 20 de la Constitución Política), permiten hablar en la actualidad, más que de un principio de legalidad, de un principio de la juridicidad [...]"<sup>63</sup>.

Podría señalarse al respecto que en lugar de ser un principio completamente diferente a su predecesor principio de legalidad, lo contiene y lo supera desde sus mismos fundamentos. Tal como señala Cazor al expresar que el principio de juridicidad "es un concepto genérico, más amplio que el de legalidad, ya que incluye al principio de legalidad como una juridicidad calificada, que opera, este último, cuando la fuente jurídica que sirve de fundamento a los poderes constituidos es la ley"<sup>64</sup>.

Ignacio de Otto, desde una perspectiva diversa a la planteada hasta aquí, tendiente a concebir el principio de juridicidad como una instancia de control externo al acto o norma atributiva del poder, señala que éste "no expresa otra cosa que la idea de una limitación jurídica del poder público, entendido el término limitación en sentido amplio. Se trata de una concreción del principio de Estado de Derecho, que exige la limitación jurídica del poder del Estado,

---

<sup>63</sup> PANTOJA, Rolando. Del principio de la legalidad al principio de la juridicidad. En: La administración del Estado de Chile : decenio 1990-2000. Editorial Jurídica Cono Sur, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2000 p.504

<sup>64</sup>CAZOR ALISTE, Kamel-PFEFFER URQUIAGA, Emilio. La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile. [en línea] *Ius et Praxis*, vol.15, n.1, Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000100006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100006&lng=es&nrm=iso)> [Consultado 10 de Abril de 2012] p. 194

exigencia llevada a sus últimas consecuencias con la sujeción del propio legislador a la Constitución [...]”<sup>65</sup>. Creemos que dicha concepción no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, pues el principio de juridicidad antes que limitación externa al poder, constituye su fundamento, presupuesto y potencia de carácter interno.

El principio de juridicidad se configura lógicamente desde la concepción de Estado que consagra nuestra Constitución, en juego con la primacía de la persona humana, y la consideración de sus intereses como eje central de la configuración social. El Estado, instrumento al servicio de la persona humana, al no tener constitutivamente intereses y finalidades propias autodeterminadas, debe actuar sólo conforme a los mandatos que el derecho válidamente creado le imponga. Intentar actuar fuera de las atribuciones que expresamente se consagren, implicaría el ejercicio abusivo del poder concentrado en el Estado, un mero acto de fuerza vacío de legitimidad proveniente de un ente artificial creado por las propias personas para alcanzar la satisfacción de sus intereses individuales.

Por otra parte, mientras que el principio de juridicidad vincula todos a los poderes públicos positivamente, no se puede sino sostener, que a los particulares los rige el principio de libertad y responsabilidad, o en otras

---

<sup>65</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común. En: Revista de Derecho público, Universidad de Chile, Volumen 70, Chile, 2008 p.274

palabras, la autonomía de la voluntad. Un viejo aforismo ya deja entrever ésta noción: “mientras en el derecho privado se puede hacer todo aquello que no está expresamente prohibido, en el derecho público sólo puede hacerse lo que expresamente está autorizado por la ley”. En ese sentido, el profesor Rolando Pantoja señala que “en realidad todo el sector público, está regido precisamente por el principio de legalidad, en tanto que los organismos particulares, al formar parte del sector privado, lo están por el principio de la libertad, que en el ámbito jurídico toma el nombre de principio de autonomía de la voluntad”<sup>66</sup>.

Respecto de los particulares, no puede manifestarse como un requisito previo de juridicidad una supuesta autorización legal o normativa expresa y vinculante de manera positiva, en tanto necesario supuesto de validez y legitimidad para la realización de algún acto de relevancia jurídica entre privados (y aún los que no tienen dicha relevancia, evidentemente). Por el contrario, los gobernados son individuos plenamente libres, y tal como señalamos previamente, es en su favor que se ha creado al Estado, como supra organización social de carácter instrumental orientado siempre al bien común. Los particulares pueden actuar como mejor estimen según sus concepciones individuales, y deberán interpretarse de manera restrictiva las limitaciones que se hagan a su libertad, obviamente sin que esto signifique ausencia de responsabilidad en aquellos casos en que sobrepasen los límites impuestos a favor del bien común, o en general, en virtud de la vulneración de

---

<sup>66</sup> PANTOJA, Rolando. El principio ... (n. 61) p. 158



los derechos subjetivos de otros particulares. Pueden realizar por tanto todo aquello que no les está prohibido hacer, y son responsables en aquellos casos en que incurrieren en algún ilícito.

Por su parte, el Estado en tanto creación humana accidental, no es sustantivamente libre, como sí lo son las personas, y por ello, el fundamento de sus actuaciones en el mundo jurídico se encuentra en la juridicidad de las mismas, entendida ésta como fuente variopinta de normas habilitantes y vinculantes, coherentes en todo caso con la constitución y el resto de las normas dictadas conforme a ella. He ahí el antecedente lógico de su voluntad como ficción. Ya que el Estado no tiene intereses y metas propias, por no tener una existencia sustancial independiente de los sujetos que lo crearon, su voluntad no es sino la manifestación de la voluntad soberana plasmada en la ley, la constitución, y en general, todo el bloque normativo que le es directamente vinculante. En otros términos, los intereses y metas del Estado, son sólo aquellos que los particulares han definido para él, como instrumento al servicio de todos.

El Derecho que se encarga de normar la actividad estatal, a la vez de servir de argumento positivo para la actuación de los órganos del Estado en su origen potestativo, representa un límite interno de la actuación legítima por parte de los agentes estatales, frente al ejercicio de libertades individuales. En este sentido, es posible afirmar que el principio de juridicidad cumple también un rol

garantista respecto de los derechos subjetivos de los que son titulares los particulares<sup>67</sup>, al permitirles a éstos discernir aquellos casos en que el Estado actúe conforme a Derecho, de aquellos en que se ejerza de manera arbitraria el poder en contra de los particulares.

## 2.2. El principio de juridicidad en la Constitución.

De acuerdo a la doctrina nacional, si bien no se hace una mención expresa del principio de juridicidad en la Constitución, es posible sostener que éste se desprende de los preceptos contenidos en su capítulo I, que regula las bases de la institucionalidad, y específicamente en los artículos 6° y 7° que están redactados de la manera que sigue:

**“Artículo 6°:** Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

---

<sup>67</sup> En ese sentido puede sostenerse que para los particulares el principio de juridicidad y de legalidad, sirven de garantía en tanto otorgan certeza de las posibilidades de actuación que tiene el Estado, y las eventuales limitaciones a la libertad que éste determine.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

**Artículo 7º:** Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona 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.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

De ambos preceptos suelen derivarse diversos aspectos del principio de juridicidad, la consagración de la supremacía constitucional, vinculante a los órganos públicos, y también los correspondientes requisitos de legitimidad y validez para su actuación.

A continuación analizaremos los citados preceptos a fin de esclarecer cuál es el contenido del principio de juridicidad consagrado en nuestra Constitución.

#### 2.2.1. El artículo 6º de la Constitución.

Éste precepto consagra la afirmación del principio de juridicidad como sujeción del actuar de *todo órgano* a la Constitución Política, y simultáneamente, a las normas infra-constitucionales, siempre que éstas últimas se encuentren conforme a ella. De esta manera es también posible afirmar que en dicho precepto se resguarda el principio de supremacía constitucional, entendido como sujeción a la superioridad jerárquica normativa. En otras palabras, el actuar de cualquier órgano del Estado será válido y legítimo si, y sólo si, su actuación se configura de una manera tal que resulta conforme a lo preceptuado en la Constitución y las normas de rango inferior que sean válidas según la propia primacía constitucional.

Es relevante considerar respecto del ámbito de aplicación del principio de juridicidad, que el deber establecido en esta norma no vincula sólo a un órgano o poder del Estado en particular, sino que encarga el resguardo del Estado de Derecho, y en consecuencia, el orden institucional democrático de la República, indistintamente, a todos los órganos del Estado. Eso sí, sin querer entrar en un razonamiento circular, ha de tenerse presente que dicho resguardo, está directamente relacionado con la sujeción del propio Estado al orden jurídico objetivo e impersonal vigente en nuestro país. En ese sentido Jorge Reyes señala que “si es el Estado quién se encuentra obligado por este principio, quiere decir que todos sus órganos, sin excepción alguna, también lo están. Es

decir, si el Gobierno se halla en este deber, también lo está el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Banco Central y cualquier otro órgano público”<sup>68</sup>.

Según Jorge Bermúdez, en tal precepto, si bien se enaltece la imperatividad del ordenamiento jurídico como bloque normativo vinculante al Estado, y los órganos que lo componen, es necesario señalar que “[m]ás que destacar el carácter imperativo del ordenamiento jurídico en su conjunto, presupuesto necesario y evidente de toda norma de Derecho con pretensión de eficacia, lo que se desprende del inc. 1° artículo 6 CPR es la consagración del principio de legalidad a nivel constitucional”<sup>69</sup>.

Respecto de los actos a los que se haría aplicable el principio, la constitución no realiza ninguna distinción, y tal como se señala en el caso de la ley, donde la constitución no distingue, no corresponde al intérprete distinguir. Por lo mismo, tal como señala Reyes, desde un punto de vista funcional, el precepto “hace aplicable el principio a las funciones y acciones. Ni la ley, ni la sentencia ni el decreto ni el acto de la toma de razón o de representación ni cualquier otro acto del Estado quedan al margen del principio”<sup>70</sup>. Más adelante, continuando con su idea reitera que “es preciso destacar que ‘acción’ –efecto de hacer- involucra actividad, tanto operacional como jurídica. Toda actividad,

---

<sup>68</sup> REYES RIVEROS, Jorge. Los principios aplicables respecto del papel instrumental del Estado frente a los derechos y deberes de las personas. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Vol. 62, 2000 p. 149

<sup>69</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Op. Cit. p. 276

<sup>70</sup> JORGE REYES RIVEROS, Jorge. El principio... (n.60) p. 87

por consiguiente, de un órgano del Estado, sea esta de gobierno o administrativa, legislativa o jurisdiccional, se encuentra sometida a la exigencia de la norma en examen”<sup>71</sup>.

El inciso segundo del artículo 6° consagra, por su parte, la obligatoriedad de toda disposición constitucional, respecto de todo órgano del Estado, ahora en específico sobre las personas que los componen. Así, las personas aludidas estarán sujetas a la constitución en su comportamiento funcionario, sea titular del órgano, sea empleado o funcionario del organismo. A la vez, se establece la aplicación directa de toda disposición constitucional respecto de cualquier órgano del Estado, cualquiera sea su función o la jerarquía de sus titulares o empleados, descartando de esta forma la posibilidad de concebir la constitución Política como un mero conjunto de normas programáticas, sin consecuencias normativas inmediatas.

Algunos autores afirman desde el precepto en cuestión, que la Constitución Política es vinculante ya no solamente a los órganos públicos, sino también a toda otra persona, institución o grupo (gobernados). Sin embargo, como aparece evidente, en el caso de aceptar lo propuesto, dicha vinculación no tiene las mismas características planteadas anteriormente y descritas para el caso de los órganos públicos. En consideración de que los particulares se rigen por el principio de libertad y responsabilidad ante todo, el Derecho, y la Constitución

---

<sup>71</sup> *Ibíd.* p. 90

como norma jurídica jerárquicamente superior en nuestro ordenamiento, significa ante todo, un límite, que ha de interpretarse restrictivamente. En cambio, tal como señala el profesor Soto Kloss, en el caso del Estado “el Derecho ya no es ‘límite’ de su actuación, como ocurre con la persona natural, sino es la *condición* de su existencia, de su ser y de su obrar. Fuera del Derecho simplemente ni es, ni existe ni obra, es lo que el Derecho permite o quiere que sea [...]”<sup>72</sup>.

El inciso tercero consagra el principio de responsabilidad. Al respecto, para lograr su óptima comprensión, es preciso establecer que ha de interpretarse la expresión “ley” utilizada en dicho precepto en un sentido amplio<sup>73</sup>, puesto que incluso la constitución misma puede establecer sanciones a los órganos públicos pertinentes en el caso de que no cumplan con los supuestos de actuación expresados en los incisos primero y segundo del artículo 6°. Así, consecuentemente, podrán establecerse responsabilidades de distinto tipo (constitucional, civil, penal, administrativa, etc.) respecto de los actos realizados por parte de órganos públicos que vulneren el principio de juridicidad, extralimitándose en el ejercicio sus competencias, o directamente atribuyéndose facultades que no le son propias.

---

<sup>72</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo... (n. 58) p.27

<sup>73</sup> En ese sentido José Luis Cea Egaña señala que “conviene aclarar que la expresión ley empleada en los artículos 6 y 7, se refiere a una especie de precepto jurídico, pero que, en el texto contemplado, posee un significado más amplio, es decir, que abarca desde la Constitución y todas las normas legales hasta llegar, en descenso de la jerarquía normativa, al reglamento, los autoacordados y las resoluciones de los organismos administrativos en asuntos técnicos [...]” En: CEA EGAÑA, José Luis. Op. Cit. p. 249

Además de las respectivas sanciones, y en concordancia con el último inciso del artículo 7°, el acto dictado sin la correspondiente sujeción a Derecho será considerado nulo.

### 2.2.2. El artículo 7° de la Constitución.

Del inciso 1° del enunciado normativo en cuestión se desprenden nuevos alcances del principio de juridicidad, relacionados directamente con el principio de legalidad, contenido y superado por el primero.

Nuevamente es manifiesto el interés del Constituyente por lograr un óptimo control de los órganos del Estado mediante la configuración acabada las potestades reconocidas al poder público. Manifestación de aquello es que una vez más el constituyente no distingue entre los órganos a los que hace aplicable el precepto, por lo que cabe afirmar con seguridad, que éste vincula indistintamente a los tres tradicionales poderes del Estado; Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y además cualquier otro órgano que lo componga, a pesar de no adecuarse de manera pura a alguno de los tres poderes enunciados.

El inciso 1° del artículo 7° establece de manera copulativa los requisitos que han de concurrir para que las actuaciones de los órganos del Estado sean consideradas válidas, esto es: debe existir investidura previa y regular, el órgano debe actuar dentro de su competencia y, por último, ha de obrar en la



forma que prescriba la ley. Son tres manifestaciones del principio de legalidad: legalidad de la investidura, legalidad de la competencia y legalidad de la forma.

Que el órgano que pretende actuar válidamente haya sido regularmente investido implica que el nombramiento o “la asunción del oficio o toma de posesión del cargo por quien ha sido elegido o designado para servirlo en un órgano estatal”<sup>74</sup> haya sido hecha conforme a la Constitución y la Ley.

Por su parte, la órbita de la competencia de los órganos públicos está definida por la esfera de atribuciones o potestades que se le ha conferido a cada uno de ellos por la Constitución misma, o la ley complementaria respectiva. En otras palabras, la competencia, “es la suma de potestades, funciones y atribuciones que la constitución y la ley otorgan, limitadamente, a cada órgano del Estado”<sup>75</sup>.

Por último, las actuaciones de los órganos estatales son siempre solemnes y formales, por lo que se establece que han de seguirse todos los presupuestos de actuación respectiva que establezca la ley en el desarrollo de la función estatal, pues las formalidades en este caso, como es razonable, son en sí mismas un requisito sustantivo de la actuación válida del órgano estatal. Su justificación trasciende la relevancia por publicidad y acceso perseguidos con la formalidad externa misma, ya que en el último término permite el control oportuno en el ejercicio de las funciones públicas. La actuación del órgano

---

<sup>74</sup> *Ibíd.* p. 251

<sup>75</sup> *Ibíd.*

público, por tanto, no sólo deberá cumplir con la finalidad perseguida por la ley, sino que debe necesariamente adecuarse además al procedimiento previamente establecido para su validez, y las formalidades que la propia ley requiera.

El profesor Hugo Caldera identifica y diferencia conceptualmente la legitimidad de la autoridad pública, por una parte, y la juridicidad de la actuación de un órgano del Estado, por otra, ambas contempladas en el mismo artículo 7° inciso 1° de la Constitución. Señala así que “la legitimidad dice relación con el fundamento político que sirve de base a la autoridad llamada a ejercer las potestades públicas. En ese sentido, será legítima la autoridad cuya investidura derive del ordenamiento constitucional, a condición de que su instalación en el poder se haya verificado en conformidad con los requisitos y con el procedimiento establecido en aquél”<sup>76</sup>. Por tanto, la mención a la investidura regular es el establecimiento expreso de un requisito de legitimidad de la actuación de los órganos públicos.

Por su parte, reconoce la juridicidad como requisito de validez del ejercicio de la potestad pública, que además requiere que éste sea realizado “dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. Sin embargo, señala, que “para la existencia de un Estado de Derecho se requiere la coexistencia de la

---

<sup>76</sup> CALDERA DELGADO, Hugo. Op. Cit. p. 96

legitimidad y de la juridicidad”<sup>77</sup>, sin que obviamente un elemento sea más importante que el otro, a pesar de que por lógica la legitimidad sea causa de la juridicidad, siempre que se respeten por la autoridad todos los requisitos, formalidades y fines de la actuación pública.

El inciso 2° del artículo 7° consagra el principio de separación de poderes, uno de los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho. Hoy dicha separación es comprendida más bien, como separación de funciones, con un carácter mucho más complejo que su primera elaboración supuestamente, pero con la misma idea de base sobre el correcto ejercicio del poder por parte del Estado sobre los gobernados.

La expresión “magistratura” utilizada en el precepto debe comprenderse en un sentido amplio, y por tanto, no sólo cubre a los titulares del poder judicial, como podría pensarse si se limita la interpretación del término por su carácter específico, sino que también se refiere a cualquier otro miembro que pertenezca a algún órgano estatal.

Desde la misma norma se deriva el imperativo de “habilitación legal previa” necesaria para la actuación válida de todos los órganos del Estado. En ese sentido, pero intentando ir más allá, puede afirmarse también que se desprende de dicho enunciado normativo el principio de vinculación positiva de los órganos

---

<sup>77</sup> *Ibíd.* p. 98

del Estado, lo que trae aparejado consecuencias relevantes a propósito de la delimitación correcta de las potestades legítimas que se le han conferido.

El inciso tercero del artículo 7° consagra la sanción a los actos realizados en contravención al principio de juridicidad. Dicho precepto fija el principio de responsabilidad del Estado, y además, la correspondiente sanción de nulidad del acto.

Del citado precepto se despréndela “acción de nulidad de derecho público”, creación netamente doctrinaria hasta el momento, surgida a partir de una interpretación conjunta del precepto en cuestión y el artículo 19 n°3 (derecho constitucional a la acción)<sup>78</sup>.

Esta acción, en principio, viene a ser la realización dinámica del principio de juridicidad, que puede oponer cualquier particular frente al actuar de algún órgano del Estado. En ese sentido se señala que “desde la perspectiva del particular frente al Estado, el Estado de Derecho es un derecho público subjetivo, ‘el derecho a vivir bajo el imperio de la ley’, que se corresponde con la obligación constitucional del Estado de actuar en conformidad a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella [...]”<sup>79</sup>. Desde ahí que se pueda afirmar que, obviamente, la acción de nulidad de derecho público es concebida como

---

<sup>78</sup>FIAMMA OLIVARES, Gustavo. La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 10, Chile, 1986

<sup>79</sup> FIAMMA OLIVARES, Gustavo. Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 49, 1991 P.94

una instancia de protección de los particulares que puedan verse afectados por el actuar ilegítimo o infundado de la autoridad estatal, cualquiera sea la dimensión de su actuación.

Tal como afirma Urbano Marín, “[l]a nulidad de derecho público se presenta [...] como una construcción doctrinaria, con escasos cimientos normativos y que abre amplios espacios para especulaciones teóricas [...]”<sup>80</sup>. Luego, si bien se ha aceptado ampliamente tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia a lo menos la existencia de la acción de nulidad de derecho público, los diversos autores sobre la materia la han caracterizado de formas muy variadas, estableciendo diferentes plazos de prescripción (o incluso la imprescriptibilidad), o reconociendo a diferentes sujetos como legitimados activos, por ejemplo<sup>81</sup>, lo que no hace sino reiterar lo complejo de abordar una acción tan relevante como la enunciada.

Como la nulidad de derecho público no es uno de los temas centrales de la investigación, no ahondaremos en detalles por ahora.

### 2.3. Habilitación legal previa.

---

<sup>80</sup> MARÍN, Urbano. Algunos aspectos de la nulidad de derecho público. Aproximación práctica al tema. En: Seminarios de derecho procesal: Reforma Orgánica al Proceso Civil : La Defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia: Una Aproximación Particular a la Nulidad de Derecho Público. Cuadernos de análisis jurídicos, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 2004 p. 146

<sup>81</sup> Al respecto, consultar: JARA, Jaime. La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia. Editorial Libromar, Santiago, Chile, 2004

Ya hemos señalado previamente que el principio de juridicidad, si bien importa una noción conceptual superior al principio de legalidad, no se opone ni diferencia totalmente de esta última, sino que más bien lo contiene. Una de sus manifestaciones será lo que se conoce como necesaria habilitación legal previa para el actuar válido de algún órgano del Estado, lo que a su vez se conecta directamente con el principio de legalidad positiva, o más bien, la vinculación positiva como criterio de interpretación del principio de legalidad.

La habilitación normativa constitucional o legal previa, según el profesor Hugo Caldera, es requerida de manera específica por el constituyente en el inciso 2° del artículo 7° de la Constitución, ya enunciado. Al respecto señala que “la vinculación normativa al ordenamiento jurídico general, en el caso de los órganos públicos, ordinariamente se produce por el otorgamiento de competencia o atribuciones –potestades públicas-, en virtud de una habilitación legal”<sup>82</sup>.

Jorge Bermúdez por su parte señala, a propósito de los alcances del principio de legalidad, que “en virtud de este principio la actuación de la Administración debe realizarse con una previa habilitación o apoderamiento

---

<sup>82</sup> CALDERA DELGADO, Hugo. Op. cit. P. 68

para actuar, no cabe actuación sin previa habilitación y mucho menos cabe un auto apoderamiento de potestades”<sup>83</sup>.

Cualquier órgano del Estado que pretenda desarrollar una actuación válida y legítima, debe satisfacer el principio de juridicidad, como ya hemos señalado hasta acá, pero ahora, en especial, es necesario poner atención en que debe respetar la habilitación legal previa, y por lo tanto se encuentra estrictamente prohibida la auto atribución de facultades por parte de la autoridad aún por quienes se encuentren legítimamente investidos. Las potestades públicas sólo son otorgadas por la ley o la Constitución, y siempre se realiza dicha atribución de manera expresa. En palabras de Bermúdez, “la vinculación positiva de la Administración, en este sentido, trae como consecuencia que ésta podrá realizar sólo aquello para lo cual fue expresamente autorizada y nada más”<sup>84</sup>.

A los órganos del Estado que quieran actuar válidamente, no sólo les está vedada la realización de actos que en su contenido prescriptivo se opongan sustancialmente a la Constitución y las normas que se hayan dictado conforme a ella, sino que necesariamente deben actuar dentro de la esfera de sus competencias, que han de ser otorgadas de manera expresa previamente, ya sea por la ley, o por la Constitución. Por tanto, siempre, en todo caso, se requerirá una autorización previa a la actuación válida de algún órgano del Estado.

---

<sup>83</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Op. cit. p. 274

<sup>84</sup>Ibíd. p. 275

El profesor Eduardo Soto Kloss analiza de manera pormenorizada en qué consistiría la previa y expresa habilitación jurídica consagrada en la Constitución. Comienza por señalar que cuando la Constituyente establece que ningún órgano estatal posee otro poder jurídico más que aquellos que expresamente le han sido atribuidos por la Constitución o la ley, “está significando muy claramente que no acepta la existencia de poderes tácitos, implícitos, presuntos, o por derivación, integración o complementación, o en razón de necesidad, urgencia, extraordinariedad o excepcionalidad [...]”<sup>85</sup>. Si la propia Constitución señala que es necesaria una consagración expresa de las potestades a atribuir, no quiere sino señalar que se requiere que éstas se formulen de manera explícita, acotada, y delimitada, con tal que no quede duda sobre los alcances de las potestades-deberes conferidas a la autoridad pública, para la consecución del bien común y la satisfacción de los intereses subjetivos de las personas individuales que componen la sociedad.

La expresión “previa”, si bien no es utilizada en la Constitución, acompaña de manera lógica y necesaria al término “expresamente”. Si es necesario que la actuación, para ser válida, se realice en la esfera de competencia atribuida al correspondiente órgano estatal, o sea dentro del conjunto de poderes jurídicos que se han otorgado, dicha competencia lógicamente debe encontrarse previamente determinada por la ley o el constituyente.

---

<sup>85</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo...(n. 58) pp. 48-49



Soto Kloss señala al respecto que “para que sea válida la actuación de un órgano estatal, cualquiera sea la función (si constituyente, legislativa, judicial, administrativa o contralora) o la jerarquía que ostente, debe actuar atribuido de la potestad correspondiente; esto es, previo a la actuación ha de haberle sido conferido el poder jurídico para actuar; y si no lo posee, su acto es nulo, por cuanto ha actuado sin competencia, sin atribución *previa* de dicho poder/potestad”<sup>86</sup>.

Tal como señalamos en su momento, José Luis Cea Egaña también comprende de la manera expuesta el alcance del principio de juridicidad. Así, señala que “en virtud de tal principio se entiende que la atribución de cualquier competencia debe ser hecha de manera previa y expresa, limitada y otorgada con nitidez, nada más que por la Constitución o la ley [...] Puntualizamos sin embargo, que la habilitación dada por el Poder Constituyente al legislador es relativa, pues tiene lugar sólo con sujeción lo dispuesto en el Código político”<sup>87</sup>.

En un sentido similar, Jorge Reyes al pronunciarse sobre la vinculación positiva del elemento de legalidad afirma que “la Constitución Política, para proteger a las personas frente al ejercicio del poder por las autoridades respectivas, ha consagrado el que la creación de los órganos públicos, el que la

---

<sup>86</sup> *Ibíd.* p. 50

<sup>87</sup> CEA EGAÑA, José Luis. *Op. cit.* p. 252

competencia de ellos, el que la investidura de los miembros que los integran, el que el actuar y la forma de concretar los actos sean materia de ley”<sup>88</sup>.

### 2.3.1. Habilitación legal previa y el criterio de vinculación positiva.

Tal como lo hemos expresado previamente, la referida habilitación legal previa está directamente relacionada con un criterio de vinculación positiva hacia los órganos del Estado en sus actuaciones, conforme al principio de legalidad. Esto significa simplemente enunciar los alcances del principio de legalidad respecto de los órganos del Estado con una óptica diversa, vinculada sobretodo con la tradición doctrinaria del Derecho Administrativo.

Según doctrina administrativista, teóricamente, desde el principio de legalidad se podrían derivar dos criterios diversos de vinculación para los órganos estatales en sus actuaciones válidas: una vinculación positiva y una vinculación negativa, ambos condicionados a su vez por el principio de reserva legal.

En doctrina española se señala, en relación con el análisis de sus propios cuerpos normativos, que “en las materias reservadas a la ley rige la vinculación positiva, mientras que en las materias no reservadas a la ley manda el principio

---

<sup>88</sup> REYES RIVEROS, Jorge. Los principios aplicables... (n. 68) p. 151

de la vinculación negativa”<sup>89</sup>. Luego se hace necesario vislumbrar cuál es el límite de diferenciación entre ambas materias, sin embargo Rodríguez y Muñoz afirman que la Constitución española guarda silencio al respecto. Para lograr dilucidar de una mejor manera esta diferenciación teórica, recurren a la doctrina alemana que “enseña que la vinculación positiva se puede predicar para las actuaciones administrativas que limiten, restrinjan o extingan situaciones jurídicas de los particulares. En estos casos, pues, la Administración sólo podrá actuar en caso de disponer de habilitación legal que se lo permita [...] [E]n el resto de materias como puede ser fomento u organización interna de la propia Administración parece, señala SANTAMARÍA PASTOR, que se puede aplicar la doctrina de la vinculación negativa salvo que dichas actuaciones requiera desembolsos del erario público, en cuyo caso deberán contar con la correspondiente habilitación de la ley de presupuestos generales del Estado.”<sup>90</sup> Sin duda, la distinción propuesta no se adecúa plenamente con la concepción de Estado que consagra nuestra Constitución.

Respecto del origen de la vinculación positiva como criterio definitorio de la legalidad en la actuación de algún órgano estatal, se señala por Beladiez que ésta “encuentra su fundamento en uno de los postulados político-ideológicos que formularon los ilustrados y del que se valieron los revolucionarios franceses

---

<sup>89</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional. Editorial Netbiblo, España, 2008 p. 106

<sup>90</sup> *Ibíd.*

para construir un nuevo Estado. Se partía de la consideración de que el único poder legítimo era el que derivaba de la propia ley [...]”<sup>91</sup>. Por su parte, la idea de vinculación negativa no está relacionada en su origen precisamente con una concepción democrática del Estado, sino más bien con una poseedora de resabios monárquicos; “Con ella pretendía justificarse un margen de libertad del monarca ante la Ley que el liberalismo originario o radical le negaba [...] por esta razón, siempre se ha entendido esta teoría como una expresión del ‘principio monárquico’”<sup>92</sup>.

Como es evidente, ambos criterios, el de vinculación positiva y el de vinculación negativa, están directamente relacionados con la concepción de Estado que una determinada Constitución sostenga. En el primer caso, el rol legitimador de la ley es amplísimo, y por lo mismo, coincide en general con una descripción de un gobierno de carácter parlamentario. En cambio, en los casos en que prime la vinculación negativa como expresión del principio de legalidad, nos enfrentamos en general a un gobierno de carácter presidencialista o definitivamente activista y estatista.

En el caso chileno, el profesor Kamel Cazor señala que “en nuestro sistema constitucional, y especialmente de acuerdo al principio contenido en el artículo 6°, prima el criterio de la vinculación positiva, como condición previa y de

---

<sup>91</sup>BELADIEZ ROJO, Margarita. La vinculación de la Administración al Derecho. En: Revista de administración pública, N° 153, 2000 p. 315

<sup>92</sup> Ibíd. p. 316

existencia, del accionar por parte de los órganos del Estado”<sup>93</sup>. Coincidimos con dicha afirmación, sin embargo, el mismo autor sostiene que es posible reconocer en nuestra Constitución también la presencia del criterio de vinculación negativa, en donde el “principio de legalidad se configura como *principio de no contrariedad*”<sup>94</sup>. Así, si bien en nuestro sistema constitucional primaría el criterio de vinculación positiva, “existen atribuciones del Presidente, especialmente en lo discrecional, donde la Ley Suprema además de actuar como principio legitimador, se presenta como una limitación jurídica frente a los actos del ejecutivo”<sup>95</sup>. Esto último sería consecuencia del intento por concebir una forma de gobierno eminentemente presidencialista, por parte del Constituyente.

El profesor Eduardo Soto Kloss señala sobre la vinculación positiva que “mientras en el Derecho Privado el Derecho vincula de modo negativo el actuar de las personas naturales, dada su autonomía de actuación, en tanto prohibición de traspasar o vulnerar límites, en el Derecho Público se da una vinculación Positiva del Derecho respecto de los sujetos jurídicos que allí actúan [...]”<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup>CAZOR ALISTE, Kamel. Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución. Revista de derecho (Valdivia), vol.8, no.1, Diciembre 1997, p.92-96 [En línea]. Disponible en: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09501997000200005&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200005&lng=es&nrm=iso)> [Consultado el 10 de Noviembre de 2011]

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo...(n. 58) p. 28

Sostenemos que, tal como hemos afirmado hasta este punto, e interpretando de manera lógica nuestra norma fundamental, no podemos sino afirmar que la vinculación positiva es la regla general en la actuación de todos los órganos del Estado conforme a nuestra Constitución. La vinculación negativa como criterio limitativo en el ejercicio de las potestades públicas tiene sentido si, y sólo si, de manera previa ya se encuentran definidas las potestades otorgadas, y es comprendida como manifestación del control de los alcances de la propia norma atributiva y la juridicidad, simultáneamente. Así, la vinculación negativa no tiene otro sentido sino señalar la vulneración de los límites de la potestad previamente otorgada, dejando la actuación del Estado en el vacío, sin fundamento de legitimidad. O sea, en otras palabras, no es sino el reverso de la vulneración de la vinculación positiva.

Sin duda, aún en el caso de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, consagrada en el artículo 32 n° 6 de la Constitución, o en la ejecución de los denominados “actos políticos discrecionales” (por ejemplo, el nombramiento de un ministro) la autoridad pública se encuentra sujeta positivamente al principio de juridicidad, lo que permite desconocer categóricamente la validez de sus actuaciones cuando, por ejemplo, a propósito del ejercicio de dicha facultad, deviene la realización de un interés personal del empoderado ejecutando el acto en cuestión con un fin diferente a la obtención del bien común, al que se está obligado constitucionalmente el Estado. Luego, aún si el Presidente puede dictar

reglamentos con la finalidad de regular materias no sujetas a reserva legal en nuestro país, en dicha actuación debe sujetar su actuar siempre a la Constitución y las normas vigentes jerárquicamente inferiores. En este caso especial, en la utilización de la potestad reglamentaria autónoma, pareciera que “el Jefe de Estado no puede cometer un acto de ilegalidad, sino solamente de inconstitucionalidad”<sup>97</sup>, puesto que la potestad es conferida directamente por la Constitución. Sin embargo, aún de aceptarse dicha afirmación es posible sostener que en último caso lo que ha vulnerado es el principio de juridicidad en su actuación.

Por último, no debe olvidarse que cualquier interpretación sobre los poderes del Estado, tal como hemos establecido previamente, debe partir lógicamente desde el principio de la primacía de la persona humana. En ese sentido, y recordando que el Estado es sólo un ente artificial creado por las propias personas para lograr satisfacer sus intereses individuales y colectivos, la mejor interpretación del principio de legalidad coherente con nuestro ordenamiento jurídico es aquella que reconoce la preponderancia de la vinculación positiva. En el caso contrario, al reconocer el principio de legalidad como meros límites externos a la voluntad del Estado, estaríamos tácitamente reconociendo que el Estado puede tener intereses propios, e inclusive, que puede regir su actuar de manera similar a los particulares, con amplios espacios de libertad, lo que

---

<sup>97</sup> CAZOR ALISTE, Kamel. Op. cit. p. 4

sabemos no es más que una ficción, pues el Estado, como persona jurídica, no tiene sustantividad ni autonomía alguna; la vinculación positiva es fundamento y manifestación de su propia existencia.

En conclusión, conforme a lo señalado, los casos en que la vinculación negativa propiamente tal se hace presente, serán básicamente aquellos en que nos enfrentemos a situaciones de discrecionalidad administrativa, en dónde las opciones de actuación, o medios de realización de la potestad conferida, ya estén previamente definidos por el legislador, y en donde lo que resta para la realización del acto en concreto no es más que la elección prudente entre alternativas igualmente válidas y satisfactorias del ordenamiento jurídico.

### 2.3.2. La habilitación legal previa frente la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados y las potestades implícitas.

Si bien cualquier órgano del Estado para actuar válidamente requiere de una respectiva habilitación legal previa, ésta puede conferir potestades de dos formas diversas: otorgando una potestad reglada, o mediante el establecimiento de una potestad discrecional<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Sobre las diversas formas de comprender la discrecionalidad en Doctrina chilena, revisar: ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés. Discrecionalidad administrativa. Un estudio



En el caso de otorgarse una potestad reglada, todos los elementos de su estructura se encontrarán plenamente determinados o normados por la misma ley que la confiere<sup>99</sup>. En cambio en el caso de la potestad discrecional hay elementos estructurales, que si bien se encuentran definidos previamente, otorgan un espacio de libertad relativa al agente público, sujeto a su prudencia.

En palabras de Santamaría la distinción se caracterizaría como sigue: “[a]tribuir una potestad, la ley puede fijar de manera total sus condiciones de ejercicio, de tal manera que su empleo se verifique en un proceso prácticamente automático; o bien puede hacerlo de modo parcial, fijando alguna de dichas condiciones y remitiendo la determinación de las restantes a la apreciación caso por caso, del órgano titular de la potestad: en el primer caso se dice que la potestad es reglada; en el segundo, que es discrecional”<sup>100</sup>.

Para el profesor Soto Kloss, “la discrecionalidad es libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos -que la ley ha previsto o descrito como necesidad pública-, la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer suficiente y oportunamente dicha necesidad”<sup>101</sup>.

---

de la jurisprudencia chilena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, Chile, 2000 pp.13-34

<sup>99</sup> La estructura de la potestad debe precisar: quién, cómo, cuándo, por qué, para qué y el qué, de la misma. En: SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo... (n. 58) pp. 54 y ss.

<sup>100</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo Vol. I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, España, 2002 pp. 373-374.

<sup>101</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Prólogo a: ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés. Op. cit. p. 5

Si bien en el caso de la discrecionalidad se entrega un margen de apreciación libre a la autoridad, tal como hemos señalado anteriormente, dicha concesión no supone abrir espacio a la completa arbitrariedad del correspondiente órgano estatal. Por el contrario, la decisión que adopte el respectivo órgano o funcionario en concreto se encuentra previamente delimitada en un rango de posibilidades, que permitirán más tarde el control de su correcto ejercicio conforme a Derecho. Se trata de la elección concreta de una alternativa entre muchas propuestas por la ley, todas igualmente justas o válidas. En este sentido se afirma que “la discrecionalidad supone la creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa”<sup>102</sup>, más no absoluta.

Sin embargo, el ámbito de libertad conferido al correspondiente órgano estatal, y la indiferencia que se sostiene respecto de la concretización dinámica de la potestad otorgada, no puede abarcarla en su totalidad<sup>103</sup>, pues en tal caso estaríamos otorgando poderes estatales absolutos, sin posibilidad de control alguno, cuestión inconcebible en un Estado de Derecho. Por lo mismo se ha señalado que dicha “libertad no puede ser concebida como una facultad de autodeterminación absoluta, fuera de toda ley, ya que por una parte, de suyo la libertad supone una ley previa que permita elegir entre varias posibilidades y decidir según lo que se adecue a ella o no; y por la otra, no puede olvidarse que

---

<sup>102</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit. p. 374

<sup>103</sup> “[l]a discrecionalidad no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de alguno de sus elementos o condiciones de ejercicio: no hay potestades íntegramente discrecionales, sino potestades algunos de cuyos elementos son discrecionales” SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Ibíd.*

ningún órgano del Estado puede actuar, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, sino en la medida que haya sido previa y expresamente habilitado por la Constitución o la ley, tal como dispone la Constitución (arts. 7° incs. 1° y 2°)<sup>104</sup>.

Como la potestad discrecionalidad no implica plena libertad de la actividad oficial del Estado, hay que señalar a lo menos cuáles son los elementos estructurales de la potestad que pueden efectivamente discrecionales, y cuáles deben ser siempre reglados.

Según el profesor Soto Kloss, es el “qué” el único aspecto de la estructura potestativa donde propiamente se puede ejercer un margen de libertad por parte del órgano estatal; o sea, se trata en otras palabras del medio o medida que adopte el correspondiente órgano para satisfacer alguna necesidad pública preestablecida<sup>105</sup>.

Para Santamaría, “son siempre elementos reglados de toda potestad el hecho de su existencia misma (esto es, si la potestad ha sido atribuida por la norma o no), el supuesto fáctico que legitima para su empleo (esto es los casos

---

<sup>104</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Op. cit. (n.101) p. 6

<sup>105</sup> Esto de manera lógica implica que “en los elementos de la potestad se encuentran reglados necesariamente el quien (órgano a quién se atribuye la potestad) , el cómo (procedimiento), el por qué (motivo o fundamento/hecho: necesidad pública que satisfacer), el para qué (bien común específico, en concordancia con el bien común de la sociedad política) y el cuándo (momento u oportunidad en el cual debe actuar el órgano estatal/cuando aparece la necesidad pública que satisfacer, de oficio o cuando dicho órgano es requerido para actuar a petición de parte)” En: SOTO KLOSS, Eduardo. Op. cit. (n.101) p. 7

y condiciones bajo las que puede ser utilizada), la competencia (esto es, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye) y el fin de la potestad (es decir, la finalidad concreta que el uso de la potestad debe seguir)”<sup>106</sup>. Como es posible de entender, del análisis de los elementos reglados enunciados de manera amplia por Santamaría resulta que por omisión el único elemento respecto del cuál cabe el ejercicio de la potestad discrecional son nuevamente los medios concretos utilizados para conseguir el fin preestablecido por la norma. El conjunto alternativo de medios a su vez, conforme a nuestra Constitución, y tal como señala el profesor Soto Kloss, están previamente determinados por la propia ley, considerando a cada uno de ellos igualmente válidos y legítimos.

Cosa distinta a la discrecionalidad potestativa es la utilización de conceptos jurídicos indeterminados<sup>107</sup> en la descripción de algunas potestades, tanto en los presupuestos de hecho como en las consecuencias jurídicas. A diferencia de la discrecionalidad, según la doctrina, cuando se utiliza un concepto jurídico indeterminado no se le está otorgando un margen de libertad al órgano facultado, sino que más bien se estaría abriendo paso a la utilización de términos que puedan tener un significado concreto dependiendo del caso

---

<sup>106</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit. p. 374

<sup>107</sup> “Los conceptos jurídicos indeterminados son todas aquellas nociones expresadas en normas jurídicas que tienen, a priori, un cierto margen de imprecisión, margen que se le denomina halo del concepto “ En: ALONSO MAS, María José. La solución justa de las resoluciones administrativas. Tirant lo Blanch, Universitat de València, 1998 p. 275

particular en el ejercicio de la potestad. Aquí ya no es ni siquiera relativamente indiferente la decisión concreta que adopte el órgano respectivo, puesto que en el caso de que la potestad conferida al órgano respectivo sea descrita mediante un concepto jurídico indeterminado existe una sola respuesta posible para el caso concreto, y que corresponde a la interpretación correcta del concepto utilizado en relación con los elementos hermenéutico-jurídicos y fácticos que permitan definir su alcance.

La distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados es sumamente relevante en relación con el control del ejercicio de las potestades públicas. En ese sentido, por ejemplo, Santamaría señala que “solo recientemente se ha puesto fin a este equívoco [la confusión entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados]: hoy doctrina y jurisprudencia son unánimes en reconocer que discrecionalidad y conceptos indeterminados son hechos diversos; y que, si bien la Administración puede efectuar una determinación inicial de la concurrencia o no del concepto, esta apreciación puede ser revisada y sustituida por la de un Juez o Tribunal”<sup>108</sup>. El control versaría básicamente sobre el margen de aplicación en su faz de certeza positiva (lo que como mínimo debe comprenderse por el concepto utilizado), y su faz negativa (lo que definitivamente no quiere decir en ningún caso el concepto)<sup>109</sup>, para aterrizar hermenéuticamente a la única respuesta

---

<sup>108</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit. 375

<sup>109</sup> ALONSO MAS, María José. Op. cit. pp. 274-285

correcta. Por lo mismo, sería posible sostener, según Alonso Mas, que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados siempre habrá una sola solución justa, en cambio en el caso de las potestades discrecionales nos enfrentamos a variadas vías de acción igualmente válidas.

Desde nuestra perspectiva, sostenemos que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la descripción de potestades conferidas al Estado, si bien incorpora un elemento de incerteza en la delimitación de las mismas, deberá ser labor del intérprete y aplicador del Derecho llegar a la concreción única posible del concepto a partir de las propias nociones directrices que contiene sobretodo la Carta Fundamental. Así, por ejemplo, deberá primar siempre en la interpretación de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, la primacía de la persona humana, el respeto los derechos fundamentales, la consideración del Estado como una creación artificial carente de intereses propios y en especial, la consideración del principio de libertad que rige a los particulares. Consecuencia de lo anterior será una orientación correcta de los poderes conferidos al estado para la satisfacción del bien común y los intereses individuales de las personas. En ningún caso la inclusión de conceptos de este tipo puede significar una correlativa limitación de las libertades individuales, ni menos pueden ser utilizados en un razonamiento jurídico orientado hacia la inclusión encubierta de poderes exorbitantes o ilimitados al Estado.

En todo caso creemos que la utilización de este tipo de conceptos en las normas potestativas instala gravemente la incerteza jurídica, que sólo por su potencial vulneratorio se vuelve peligroso, por lo que es recomendable evitar su utilización en los descriptores potestativos, a fin de resguardar la primacía de la persona humana, y respetar el principio de juridicidad.

Junto con Sainz Moreno es posible señalar que “si los conceptos jurídicos indeterminados implicaran la <<concesión de un ámbito de libre apreciación en favor de la Administración [a nuestro parecer extensible a todos los poderes del Estado], entonces la ley no precedería a la actividad administrativa, sino, a la inversa, serían las autoridades administrativas quienes fijarían el contenido de la norma>>; de modo que <<el principio de legalidad sería sustituido por la facultad de la Administración de decidir vinculantemente en última instancia, cuál es el contenido objetivo de la norma>>”<sup>110</sup>.

Por último, es necesario señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no tiene cabida la aceptación de potestades implícitas de los órganos del Estado. Se ha entendido que éstas son “las que, sin contar de manera explícita en la norma de atribución, pueden deducirse racionalmente de la misma mediante una interpretación sistemática o finalista que tienda a conferirle coherencia”<sup>111</sup>.

En primer lugar, no es posible incorporar sin más la denominada Teoría de los Poderes implícitos (implied powers) surgida en el derecho comparado,

---

<sup>110</sup> ALONSO MAS, María José. Ibid. p. 287

<sup>111</sup> SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit. p. 372

según la cuál se sostiene que, en los casos en que la Constitución ha establecido alguna tarea, finalidad o cometido especial para algún órgano, se entiende que tácitamente ha dejado en sus manos la definición de los medios para conseguirla. Aquello básicamente porque el origen de dicha teoría, y su posterior desarrollo se encuentran imbuidos en un contexto jurídico determinado, cual es la distribución de competencias entre el nivel federal, y el nivel estadual, en un Estado Federal<sup>112</sup> (particularmente Estados Unidos en su origen), y por lo mismo, los temas abordados en dicho desarrollo doctrinario, y las problemáticas político-jurídicas a las que quieren dar solución, no tienen relación alguna con los posibles conflictos que surgen entre los diversos poderes en un Estado unitario como el nuestro.

Por otro lado, y ahora abordando directamente la posibilidad de que se confieran potestades implícitas o tácitas en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a nuestra propia tradición, es necesario reiterar algunas ideas hasta aquí expuestas. En primer lugar, es la propia Constitución la que utiliza en su artículo 7° inciso 2° el vocablo “expresamente”, antónimo natural en nuestro lenguaje, de lo que se quiere significar al decir “implícitamente”<sup>113</sup>. Por lo mismo, es el propio texto en su sentido natural el que no da cabida a una

---

<sup>112</sup> A inicios del siglo XIX el juez John Marshall da origen a esta teoría a propósito de la resolución del caso *McCulloch v. Maryland*, reconociendo facultades implícitas al Poder Legislativo a propósito de la creación del Banco de Estados Unidos. Sentencia disponible en línea: <<http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/otros-recursos-2/tema-4-los-primeros-cambios-en-la-constitucion/resolucion-del-tribunal-supremo-mcculloch-v.-maryland-17-u.s.-316-1819>> [Consultado 04 de Abril de 2012]

<sup>113</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo...* (n. 57) pp. 48-49



interpretación diversa. Una vez reconocida la expresión utilizada en nuestra Carta Fundamental, es evidente que ni el ejercicio interpretativo más elástico pudiese encontrar un lugar coherente para el antónimo del término usado por el Constituyente. En tal caso, se dejaría de interpretar la norma Constitucional, y en su lugar se estaría imponiendo por la fuerza una posición doctrinaria y una determinada concepción del Estado, por sobre la Norma Fundamental.

Entender que hay lugar para las potestades implícitas o tácitas conferidas a los órganos públicos en nuestro ordenamiento jurídico, implica decididamente dejar a un lado el texto de la Constitución, para comenzar a elucubrar teorías que, si bien pueden ser compartidas por parte de la doctrina nacional, requerirían para su aceptación y realización concreta una previa modificación de la propia Constitución. Eventualmente puede aspirarse a un modelo de Estado de Derecho en donde se le reconozcan potestades implícitas a los órganos estatales, sin embargo, conforme al Derecho vigente, aquello no pasa de ser un anhelo político-jurídico.

Conforme a lo anterior, lógicamente queda vedado para el legislador la creación de normas atributivas o facultativas en blanco, tanto a la Administración, como al Poder Judicial, e inclusive, sobre sus propias atribuciones.

Ha sido la intención manifiesta del Constituyente no dar cabida a las potestades implícitas en nuestro ordenamiento jurídico, tal vez, tal como lo

señala Santamaría, porque ha previsto que “el fenómeno de la atribución implícita de potestades es un portillo peligroso, que puede posibilitar la creación no querida por el legislador de poderes ablatorios de la libertad de los particulares [...]”<sup>114</sup>, lo que evidentemente significaría reconocer ciertos privilegios y un espacio de autodeterminación que no le son propios a los órganos del Estado, por sobre la primacía de la persona humana.

---

<sup>114</sup> SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit. p. 372

## **CAPÍTULO TERCERO: SUJECIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD, Y EN PARTICULAR, DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO.**

### **1. El Poder Judicial y la Función jurisdiccional del Estado.**

El poder judicial, constituido por los diversos tribunales de justicia, es la manifestación orgánica por excelencia de la faz jurisdiccional del Estado. Tal como en el caso de los demás órganos que lo componen, sostenemos que los tribunales de justicia, y en concreto, los jueces de la República empoderados para fallar en la solución de conflictos intersubjetivos, se encuentran plenamente sujetos al principio de juridicidad, tal como es comprendido por nuestra Constitución, aunque con ciertas distinciones peculiares, por la especial finalidad con la que se han otorgado las potestades a éste órgano público en concreto.

#### **1.1. El Poder Judicial y los Tribunales de Justicia como órganos del Estado.**

El Estado moderno ha monopolizado el uso de la fuerza, erradicado la autotutela como forma legítima de solución de conflictos intersubjetivos, y en su lugar ha institucionalizado al Proceso como medio idóneo de resolución. La labor concreta de solucionar dichos conflictos a través del Proceso se encarga principalmente al Poder Judicial, y de manera más precisa, a los jueces de la República que constituyen a su vez los Tribunales de Justicia.

En el presente capítulo no nos referiremos de manera especial a la justicia privada o los llamados jueces arbitrales<sup>115</sup>, sino sólo a aquellos jueces que, como funcionarios públicos, son parte del Poder Judicial por disposición expresa de la ley, tanto en su faz orgánica, como en la funcional o procedimental.

El Poder Judicial<sup>116</sup>, tal como se concibe en nuestro Ordenamiento Jurídico, y en general en toda la tradición jurídica continental, es un órgano que forma parte del Estado. No nos enfrentamos a una organización autónoma del poder

---

<sup>115</sup> Árbitro es el particular (no funcionario del estado) a quién se encarga el rol de juzgador por particulares, y que no tiene aptitud para ejecutar su laudo. En palabras de Alvarado Velloso “el arbitraje (o el arbitramiento) es un modo de heterocomposición de litigios que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega sólo si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, por la cual aceptan plantear su litigio al árbitro (o al arbitrador) y, eventualmente, acatar su decisión”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n. 28) p. 322

<sup>116</sup> El Constituyente decidió utilizar la denominación clásica sólo respecto de éste órgano, no así en el caso del Legislativo y el Ejecutivo. Aquella consideración especial puede estar fundada en la especial exclusividad de la actividad judicial respecto del órgano en comento. En cambio, la función legislativa es ampliamente compartida por el Congreso y el Ejecutivo representado en la figura del Presidente de la República. En todo caso, de lo que no cabe duda es que con la nominación utilizada se vincula directamente el ejercicio de la función jurisdiccional con determinados órganos del Estado.

estatal surgida desde la sociedad civil para la propia resolución de sus conflictos intersubjetivos entre pares, sino que es el Estado, como persona jurídica de derecho público, quién pone a disposición de los particulares éste órgano con la finalidad de que aquellos que tienen un conflicto intersubjetivo de interés encuentren la solución definitiva a su disenso, previa delegación de la resolución sustantiva del conflicto al propio Estado, representado en este caso en el Poder Judicial, y en concreto, en el juez de la causa, que para cumplir con la tarea encomendada deberá fallar conforme a derecho, de manera imparcial, habiendo oído previamente las alegaciones de ambas partes. En este caso, al referirnos al juez, debemos comprender por tal “obviamente, al órgano del Estado que ha sido atribuido por la Constitución de la función jurisdiccional, esto es, decidir de modo independiente e imparcial contiendas entre partes, es decir, tribunales de justicia”<sup>117</sup>, tal como entiende el profesor Soto Kloss.

En palabras del profesor Alvarado Velloso, “la esencia de la actividad jurisdiccional, que la tipifica de modo inconfundible por ser irreplicable en el Derecho, es la sustitución que cumple la autoridad respecto del intelecto y de la volición de los particulares en conflicto”<sup>118</sup>.

Ahora bien, tal como afirma el mismo profesor Alvarado, “aunque a primera vista parezca que existe una perfecta correspondencia entre cada función y cada Poder, ella no se presenta en la vida jurídica: salvo el caso del poder

---

<sup>117</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo... (n. 58) p. 39

<sup>118</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n. 28) p.126

Ejecutivo, que no puede ni debe efectuar tarea jurisdiccional, cada una de las funciones [...] [legislativa, administrativa y jurisdiccional] es cumplida (aunque a distintos niveles) de modo concurrente por cada uno de los poderes que actúan en el Estado organizado constitucionalmente”<sup>119</sup>. Por lo mismo, cuando hacemos referencia al Poder Judicial nos referimos preferentemente “al conjunto de jueces en su estructura orgánica, al que se encuentra confiado primeramente (aunque no en forma exclusiva) el ejercicio de la función jurisdiccional”<sup>120</sup>, considerando que hay lugar para situaciones excepcionalísimas de Tribunales que no son parte del poder judicial<sup>121</sup>, y aún así se puede afirmar que por definición ejercen una función jurisdiccional; y que, además, hay casos también excepcionalísimos en que la función jurisdiccional es desarrollada por el Poder legislativo<sup>122</sup>.

Si bien es posible afirmar que no existe una relación de identidad absoluta entre cada función del Estado y los poderes tradicionales a los que suelen

---

<sup>119</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n. 28) p. 122

<sup>120</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La independencia judicial: aproximación teórica, consagración constitucional, y crítica. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XVI, 1995, p. 20

<sup>121</sup> Aldunate, en un pie de página señala que “Todos los tribunales ejercen jurisdicción (esto es, la facultad de desarrollar y satisfacer la función jurisdiccional) art. 73 i. I [actualmente art. 76 i. I]. Y en principio, sólo ellos [...] Pero hay tribunales que no forman parte del Poder Judicial: art. 73. [actualmente art. 76]. La misma Constitución menciona al menos tres: TC, TCE Y tribunales electorales regionales”. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La independencia... (n. 118) p. 20

<sup>122</sup> Art. 52 n° 2 y 53 n° 1 de la Constitución de la República, sobre el conocimiento de las acusaciones a las que allí se hace referencia; y art. 53 n°3 de la Constitución, sobre contiendas de competencia. En: *Ibíd.* p.19. En opinión de Alvarado Velloso procedería sólo en el caso del juicio político ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n. 28) p. 122

vincularse, en principio, para efectos de nuestro análisis, es relativamente indiferente dicha discusión teórica. Esto es así debido a que, tal como hemos concluido previamente, cualquiera de los órganos que esté ejerciendo alguna función estatal, sin importar cuál, se encuentra siempre sujeto al principio de juridicidad. Por lo tanto, además en nuestro caso, los Tribunales de Justicia que ejercen principalmente la función jurisdiccional del Estado, estarán sujetos al principio de juridicidad en cualquiera de las funciones que se realice en el caso concreto, debido a que el principio de juridicidad se extiende sobre todo acto realizado por cualquier órgano del Estado, sin establecer excepciones, ni en razón del órgano que actúe en nombre del Estado, ni en virtud de las características propias del acto particular que se encuentre ejecutando (resolución judicial, dictación de decreto, dictación de ley, etc.).

En consecuencia, y de manera evidente, no sólo el ejercicio de la función administrativa desarrollada por parte del Poder Judicial<sup>123</sup> queda cubierta por el principio de juridicidad, como podría llegar a pensarse si se relaciona éste principio netamente con la función ejecutiva del Estado, sino que lógicamente este órgano también se encuentra sujeto al principio de juridicidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

---

<sup>123</sup> Por ejemplo, en la designación del personal del propio tribunal, o en el desenvolvimiento de la superintendencia económica de la Corte Suprema, como manifestaciones de algún grado de autonomía o independencia del Poder Judicial. Sin embargo, tal como señala Aldunate: “la idea de esta autonomía es crear un espacio de regulación y gestión excluido de los demás poderes, para permitir a la propia estructura judicial configurar sus “aspectos domésticos”. No existe, sin embargo, una reserva frente al legislador: la ley siempre podrá entrar a regular estos aspectos” ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La independencia... (n. 120) p. 21

La función jurisdiccional del Estado, a su vez, se satisface y materializa en la heterocomposición pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses por parte de un juez tribunal imparcial<sup>124</sup>, a través de un Proceso judicial, lo que nos permite concluir que concretamente el juez, en el desenvolvimiento dialéctico del Proceso, deberá sujetar su actuación al principio de juridicidad, en tanto órgano del Estado.

Es posible deducir de manera lógica la sujeción de los Tribunales de Justicia establecidos en la ley, al principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución, desde la verificación conceptual de que éstos en tanto constituyen el Poder Judicial son órganos del Estado<sup>125</sup>. Luego, al analizar la descripción clásica del principio<sup>126</sup>, no queda lugar a duda, y la aplicación del silogismo es evidente. A pesar de aquello, diversos autores no han dudado en referirse de manera explícita al Poder Judicial y los Tribunales de Justicia a propósito de la descripción de su configuración y posición orgánica. Así, por ejemplo Jorge Reyes al referirse a los órganos estatales sometidos al principio de juridicidad señala que “si es el Estado quien se encuentra obligado por este

---

<sup>124</sup> Por disposición expresa de la Constitución en su artículo 76 se señala que: “[l]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

<sup>125</sup> “No cabe duda alguna que la función jurisdiccional, concretada orgánicamente en los tribunales de justicia, está comprendida dentro de la actividad que desarrollan los órganos del Estado, puesto que la disposición indicada [art. 6° Constitución] se refiere genérica y globalmente a todos los órganos públicos”. CALDERA DELGADO, Hugo. Sistema de la responsabilidad extracontractual del estado en la constitución política de 1980. Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 30

<sup>126</sup> “La sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar” SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo... (n. 58) p.24



principio, quiere decir que todos sus órganos, sin excepción alguna, también lo están. Es decir, si el Gobierno se halla en este deber, también lo está [...] el Poder Judicial [...]”<sup>127</sup>. En el mismo sentido el profesor Hugo Caldera señala que “Sería un grave error circunscribir los efectos de la juridicidad al ámbito de la administración del Estado, en atención a que dicho principio también obliga a los tribunales de justicia. A título de ejemplo indicamos que el ejercicio de la función jurisdiccional también está sujeto al citado principio [...]”<sup>128</sup>, y el profesor Soto Kloss por su parte afirma que “el juez [...] también debe someter su acción a la Constitución, y a las normas dictadas conforme a ella y, por lo tanto rige a su respecto igualmente en plenitud e integralidad el principio de juridicidad”<sup>129</sup>. Por su parte, los profesores Jorge Bermúdez<sup>130</sup> y Gustavo Fiamma<sup>131</sup> también reconocen explícitamente la aplicación del principio de juridicidad respecto de los Tribunales de Justicia.

Recurriendo a la historia fidedigna de la de la Constitución, encontramos opiniones en esta misma dirección:

---

<sup>127</sup> REYES RIVEROS, Jorge. Los principios.... (n.68) En otro lugar señala categóricamente que el artículo 6° de la Constitución “hace aplicable el principio a las funciones y acciones. Ni la ley, ni la sentencia ni el decreto ni el acto de la toma de razón o de representación ni cualquier otro acto del Estado quedan al margen del principio”. En: REYES RIVEROS, Jorge. El principio... (n. 60) p. 87

<sup>128</sup> CALDERA DELGADO, Hugo. Tratado ... (n. 62) p. 87

<sup>129</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo... (n. 58) p. 39 y también En: SOTO KLOSS, Eduardo. La nulidad de derecho público: su actualidad. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 18 (1997) p. 348

<sup>130</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. El principio de legalidad y la nulidad... (n.65) p. 273

<sup>131</sup> FIAMMA OLIVARES, Gustavo. Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva. En: Revista de Derecho Público, No. 49, Año 1991 p.92

“El señor Evans estima que no se debe circunscribir la posibilidad de desviación de poder, en lo abusivo o ilegítimo de una facultad, exclusivamente al Poder Ejecutivo, ya que el Congreso Nacional –como se ha dado en Chile- o el Poder Judicial pueden caer en infracciones derivadas de un ejercicio abusivo de sus funciones [...] El señor Guzmán, fundamentando su posición, expresa que el concepto de desviación de poder, en lo sustantivo, es aplicable a cualquier órgano del Estado.”<sup>132</sup>

Desde otro enfoque es posible llegar a la misma conclusión si se comprende la función judicial como una manifestación del ejercicio soberano del poder. El juez, al ejercer la función jurisdiccional del Estado, no está sino actuando en nombre de la soberanía estatal, y en realidad, ejerciendo la soberanía que recae sobre la nación. En ese sentido, tal como señala Bordalí, “que el judicial sea un poder soberano indica fundamentalmente que se trata de un poder jurídico, de un poder del Estado. Dicho de otro modo, hay que concordar en que los jueces ejercen una de las funciones estatales”<sup>133</sup>.

Un último argumento que refuerza nuestra posición se encuentra en la responsabilidad del Estado surgida del error judicial. La doctrina que se ha hecho cargo de ésta particular responsabilidad, si bien ha discutido sobre los

---

<sup>132</sup> Actas oficiales, Sesión 50°, celebrada el 2 de Julio de 1974, p. 17 citada En: CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional... (n. 46) p. 249

<sup>133</sup> BORDALI SALAMANCA, Andrés. La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.30, 2008, [En línea]. [Consultado 20 de Marzo de 2012] <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n30/art04.pdf>> p. 193

presupuestos de la acción indemnizatoria, no han puesto en discusión que es el Estado quién se posiciona como legitimado pasivo. Para ser más preciso, se habla del Estado-Juez, para referirse particularmente a este tipo de situaciones. “La indemnización por error judicial se enmarca dentro del género de la responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado es el género, y la responsabilidad por error judicial es la especie”<sup>134</sup>, afirma el profesor Carmona. Soto Kloss, por su parte, cree que la responsabilidad que surge para el Estado a propósito del ejercicio de la actividad jurisdiccional no debe limitarse sólo a los casos de error judicial, propios del área penal, sino que abarca todas las posibilidades de actuación del Estado-Juez<sup>135</sup>, lo que permitiría alcanzar una comprensión unitaria de la responsabilidad del Estado. En un sentido similar opina el profesor Caldera cuando señala que “los requisitos para la puesta en juego de la responsabilidad extracontractual por el acto jurisdiccional, los estimamos excesivamente restrictivos, al punto de llegar parecer mezquino el estado juez comparándolo con el Estado administrador”<sup>136</sup>. En todos estos casos, es evidente que si es el Estado quién debe responder patrimonialmente por las actuaciones indebidas del poder judicial, es simplemente porque éste actúa a nombre del primero, es una manifestación particular del poder concentrado en el Estado; se trata del Estado-Juez. Aquello va aparejado de la

---

<sup>134</sup> CARMONA SANTANDER, Carlos. La Responsabilidad del Estado-Juez. Revisión y Proyecciones. Revista de Derecho Público, N° 66, 2004, p. 309

<sup>135</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional (notas para un enfoque unitario de la responsabilidad extracontractual del Estado). Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 10, N° 1, 1983, pp. 45-58

<sup>136</sup> CALDERA DELGADO, Hugo. Sistema... (n.125) p. 36

idea de que el poder estatal es único e indisoluble, y por lo mismo, el sujeto que se encuentra tras sus diversas actuaciones es siempre la unidad del Estado.

## 1.2. ¿“Poder” judicial?

En contra de las opiniones previamente expuestas, podría argüirse, tal como afirma el profesor Fernando Atria, que en realidad nuestro Ordenamiento Jurídico, y en particular nuestra Constitución, han concebido al Poder Judicial como un “Poder nulo”, en el sentido de que al utilizar dicha expresión en realidad “estamos usando una abreviación para referirnos a *todos los jueces* [...] [ya que el poder judicial en tanto tal carece de agencia, no es un agente colectivo [...]]”<sup>137</sup>. Podríamos denominarlo poder, en un sentido amplio y más bien vago, pero no queriendo significar aquel poder que se enuncia con mayúsculas, pues no tiene intereses, ni fines propios, ni organización jerárquica interna reconocible. En ese sentido, aquél que denominamos poder judicial, no tendría un poder que permita autodeterminación de cualquier grado de una organización orientada hacia fines colectivamente decididos, en tanto agentes legítimamente investidos.

---

<sup>137</sup> ATRIA LEMAITRE, Fernando. Jurisdicción e Independencia Judicial: el poder judicial como poder nulo. En: Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N°5, Santiago, 2004 p. 134

Sin embargo, tal como se puede apreciar en un primer acercamiento, la crítica conceptual en cuestión no altera las conclusiones a las que hemos llegado previamente. La intención del profesor Atria es dilucidar los alcances de la independencia judicial, y en especial delimitar su comprensión en relación a los otros dos poderes tradicionales, que sí son constitutivamente de carácter político y jerarquizado. Precisamente estas dos características se encuentran ausentes en aquél que se ha denominado Poder Judicial<sup>138</sup>. Por lo mismo, no es posible reconocerlo como una agencia colectiva en búsqueda de intereses democráticamente definidos, como ocurriría en los otros casos.

Desde nuestro punto de vista no es extremadamente necesaria la determinación de los grados de autonomía del denominado Poder Judicial, o las características propias de configuración orgánica interna, ya que pensamos que aún, en cualquier caso, todos los Tribunales de Justicia determinados previamente por la ley, que terminan por constituir el mentado poder, desarrollan la función jurisdiccional en nombre del Estado, y éste se encuentra sujeto al principio de juridicidad en el actuar de absolutamente todos sus órganos; la Constitución no realiza distinción alguna, y donde el Constituyente

---

<sup>138</sup> El profesor Aldunate opina en un sentido diverso. Sostiene, que si bien legalmente no se establece de manera expresa una jerarquía entre los tribunales de justicia, ésta se presenta en la práctica, debido a la configuración funcional y orgánica de los mismos. Afirma radicalmente que “nuestro sistema judicial conserva, en lo esencial de su constitución, los rasgos de la judicatura monárquica existente a la fecha del advenimiento de la República [...] salvo en lo que dice relación con la dependencia respecto del monarca como jefe del Ejecutivo” ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La constitución monárquica del Poder Judicial. En: XXXII Jornadas de Derecho Público, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XXII, vol. I, 2001, p.193

no distingue, obviamente no corresponde al intérprete distinguir. En caso contrario, llegaríamos a la ilógica conclusión de que los Tribunales de Justicia, no se encuentran sujetos a los principios contenidos en los artículos 6° y 7° de la Constitución<sup>139</sup>, y de esa forma forzaríamos una interpretación poco razonable, hasta llevarlo a un extremo sin sentido, contrario al concepto del Estado que establece nuestra Constitución, y contra el principio de primacía de la persona humana.

Si bien el profesor Atria no se pronuncia expresamente sobre la sujeción del Poder Judicial, o el conjunto de Tribunales de Justicia, al principio de juridicidad, su idea podría ser eficaz contra nuestra propuesta sólo en el caso en que los jueces fuesen considerados particulares, absolutamente independientes del Estado, que en el ejercicio de la autonomía de su voluntad han puesto a disposición de sus pares, medios pacíficos de resolución de conflictos, en donde intervendrán sujetos que actuarán para estos efectos como “jueces privados”, al servicio de la mantención de la paz social. En dicho supuesto obviamente los jueces ya no actuarían como agentes públicos, sino sólo mediante el propio ejercicio de su autonomía de la voluntad. Esta visión, más cercana a la idea de mediadores y pacificadores sociales, se diferencia y aparta ampliamente de lo complejo orgánico en la organización judicial, tanto a la hora

---

<sup>139</sup> Podría incluso señalarse de manera atrevida que, en tanto no son órganos del Estado, no actúan en virtud del ejercicio de la soberanía, como autoridades legalmente investidas, y por lo mismo, no se encontrarían sujetos a los límites prescritos para todo órgano en el artículo 5° de nuestra Constitución.

de lograr el nombramiento como en la distribución de competencias conforme a las reglas procesales especiales.

La función jurisdiccional del Estado, ejercida por los Tribunales de Justicia, representa una instancia de encuentro entre el poder estatal y el ejercicio de la libertad y las garantías individuales. Dicha concurrencia no solamente se evidencia en los aspectos formales o procedimentales externos, por ser él mismo el órgano del Estado que resolverá de manera imparcial frente a particulares, guiando el debido desarrollo del contradictorio, sino que además se manifiesta en el contenido mismo de las decisiones judiciales. Tal como señala el profesor Aldunate, en ese sentido, “es el juez el que decide (o debería decidir) en definitiva sobre la libertad de los ciudadanos en su contacto con el Estado. Supuesta la vigencia del Estado de Derecho, todo el orden jurídico-político se hace real y tangible para el individuo, en caso de conflicto, a través de la resolución judicial”<sup>140</sup>. Por la misma razón, dada la relevancia de su posición en el orden institucional, es imperativo que el juez en el ejercicio de sus facultades y potestades, se encuentre él mismo sujeto siempre al principio de juridicidad, susceptible de ser controlado, ya que si precisamente es él quien suele definir los límites concretos de la libertad individual, es lógico que sea en esa instancia en donde los particulares se encuentran más expuestos al ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder del Estado. De ésta manera además, se asegura que la decisión final que llegue a adoptar el juez, ha sido precedida por

---

<sup>140</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La independencia... (n. 118) p.23

un Proceso, idealmente respetoso de todas las garantías, racional y justo en esa medida, desde su configuración concreta por el legislativo, y no se ha estado presenciando un mero ejercicio de arbitrariedad, o activismo estatal.

En conclusión, los jueces, aún siendo considerados como agentes públicos totalmente independientes entre sí, sin estar sujetos a ninguna clase de jerarquización interna, se encuentran siempre sujetos al principio de juridicidad contenido en nuestra Constitución, pues en último término, la tarea que cumplen al resolver conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica desde una posición de tercero imparcial e independiente, la realizan siempre en nombre del Estado, y en particular, en razón de su función jurisdiccional. Cumplen una finalidad estructural que trasciende el contenido de la resolución de casos particulares considerados aisladamente, y se orienta hacia la mantención de la paz social y el orden interno. En la realización de dicha tarea, no debe el Estado actuar de una manera diversa a como lo realizan todos los demás órganos que lo constituyen, por lo mismo la ha de realizar conforme a los principios de juridicidad y primacía de la persona humana, que consagra nuestra Constitución; procurando no afectar las libertades individuales y ciñéndose estrictamente a aquello que de manera expresa lo faculta la ley.

### 1.3. La función jurisdiccional, ¿Potestas o Auctoritas?



Otra razón por la cual se pudiese justificar la no sujeción de los Tribunales de Justicia al principio de juridicidad, es reconocer en la labor judicial el ejercicio de auctoritas<sup>141</sup>, y no de la potestas<sup>142</sup>, y al mismo tiempo afirmar que sólo ésta última se encuentra sujeta al principio de juridicidad.

Martínez señala que “la labor jurisprudencial, y en último término la del juez, por naturaleza no pertenece al género de la potestas, y por ende del estado, sino que al de la auctoritas”<sup>143</sup>. Al contextualizar dicha opinión, se observa que esta diferencia le resulta útil para poder sostener con propiedad que no es posible presentar la acción de nulidad de derecho público en el caso de las resoluciones judiciales, y especialmente en las sentencias que ponen término a un juicio, pero no plantea que los jueces no se encuentren sujetos a Derecho. Particularmente le inquietan los alcances de las características propias de la acción de nulidad de derecho público (imprescriptibilidad, opera ipso iure, etc.) en relación con la cosa juzgada, la certeza jurídica, y la particularidad propia de una resolución judicial que se encarga de resolver un conflicto intersubjetivo. Sin embargo, el problema de dicho camino argumentativo radica en que pretende fijarse antes en las consecuencias (que en todo caso no son necesarias) que en la condición propia de la labor realizada por el juez en

---

<sup>141</sup> Saber socialmente reconocido

<sup>142</sup> Poder socialmente reconocido

<sup>143</sup> MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Algunas reflexiones sobre la nulidad de derecho público. [en línea] Documento de Trabajo N° 56, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2003. [En línea] Disponible en: <<http://biblioteca.uandes.cl/documentos/DesplegarTesis.asp?nombre=C:/www/biblioteca/documentos/JIMartinez.xml>> [Consultado 03 de Julio de 2012]

nuestra tradición jurídica continental. En resumen, realiza la diferencia auctoritas-potestas porque le resulta útil al momento de descartar ciertos elementos de la acción de nulidad de derecho público.

La comprensión dicotómica propuesta por el autor cobra relevancia en un análisis histórico sobre los albores de nuestra tradición jurídica continental, sin embargo desde el momento en que el emperador reúne en sí tanto la potestas como la auctoritas, y las funciones judiciales, legislativas y ejecutivas, monopolizando de esta forma la creación y aplicación del Derecho por los Estados absolutistas, ésta diferenciación pierde sentido<sup>144</sup>. El Estado de Derecho moderno concentra en sí diferentes atribuciones que son expresión de la soberanía en general, y entre ellas obviamente se encuentra la facultad de resolver pacíficamente los conflictos que pudiesen surgir entre particulares. Pero en todo caso, en el ejercicio de cada una de sus funciones, está actuando el mismo Estado soberano.

---

<sup>144</sup> El mismo autor señala que: “El absolutismo y su sucesor, el estado, suponen la soberanía, es decir la plenitud del poder temporal. Con relación al Derecho ello se tradujo en la pretensión de que no hubiese más Derecho que aquello que el poder reconociese como tal. Más aún, con el absolutismo y el estado ya no es sólo que el poder pueda producir Derecho mediante normas, sino que también a través de sentencias judiciales, pues la función de decidir pleitos, de hacer justicia, es entendida ahora como propia del poder. Es curioso que la reacción revolucionaria francesa contra el absolutismo no supusiera la eliminación de esta pretensión, sino sólo la sustitución de la idea de un soberano unipersonal, el rey, por uno despersonalizado y abstracto, el estado. Y es que este nuevo soberano hereda todas las cualidades de su antecesor, entre las que se cuenta precisamente el monopolio de la producción jurídica.” En: MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Ibíd.*

No es coherente con el desarrollo de nuestra tradición jurídica continental la pretensión de observar en la función judicial meramente el ejercicio de la auctoritas. Puede ser deseable como horizonte teórico una comprensión del Estado que termine por desvincular la idea de separación de poderes, como garantía de la libertad, del poder judicial, “por considerar que la tripartición del poder –legislativo, ejecutivo y judicial- parte de la confusión entre la autoridad y la potestad, y que el equilibrio no debe encontrarse en la división del poder, de suyo indivisible como demuestran los hechos, sino en la independencia de una autoridad (a este ámbito pertenece lo ‘judicial’) que limite los actos de la potestad”<sup>145</sup>. Pero no es posible forzar de tal manera la hermenéutica jurídica, para llegar al punto de desconocer no sólo el espíritu de la actual Constitución, sino de nuestra tradición continental en conjunto.

Con lo anterior no desconocemos que para ser juez se requiere un conocimiento calificado del Derecho, y una capacidad intelectual idónea. Sin embargo, los requisitos necesarios para llegar a ocupar el puesto de juez de la República, en nuestro sistema legalista, distan de las formas de reconocimiento antiguas de auctoritas. A diferencia de la tradición del common law, en donde los años, la experiencia, la prudencia y el renombre del juez son aspectos que se han de considerar para valorar su nombramiento, y dar origen al mismo, la nuestra no recoge como eje central las aptitudes prudenciales o de razonabilidad de la persona del juez, sino que pretendiendo ser lo más objetivo

---

<sup>145</sup> *Ibíd.*

posible en su designación, instaura principalmente métodos de evaluación cognitiva para alcanzar la investidura oficial, en donde la cientificidad del Derecho y el análisis lógico argumentativo, cobran mayor valor que el mítico “common sense”, la razonabilidad, o incluso la prudencia. En nuestro sistema, lo que se valora de mejor manera son siempre las capacidades que tendrá el juez para aplicar la ley; manifestación soberana de la voluntad colectiva, en un Estado de Derecho democrático. Es posible que en una cultura jurídica diversa, con un particular devenir histórico institucional, la posición del juez sea representación nada más que del saber socialmente reconocido (tal vez de manera más cercana, el common law inglés), pero al menos en nuestro ordenamiento, sólo cabe afirmar que el juez actúa en virtud de la autoridad de la que se encuentra investido, y con ello estamos diciendo simultáneamente y de manera copulativa, auctoritas y potestas<sup>146</sup>, siendo ésta última necesaria en todo caso.

En nuestro sistema jurídico la fuente de las potestades jurisdiccionales se encuentra en la Constitución y las leyes, por ser ésta una función estatal vinculada. La independencia del juez, de la función jurisdiccional, y en el fondo, del Poder Judicial en su conjunto<sup>147</sup>, no implica una independencia respecto de su carácter de función estatal, sino que responde al diseño de pesos y

---

<sup>146</sup> Aquello se vuelve aún más evidente al reconocer que eventualmente el juez puede hacer ejecutar lo juzgado mediante la coacción.

<sup>147</sup> El profesor Aldunate realiza un esclarecedor análisis sobre estas tres dimensiones de la independencia, en su trabajo: ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La independencia... (n. 120)

contrapesos en el que nuestro Sistema jurídico fue configurado. Dicha independencia es comprensible sólo en la medida que garantiza el ejercicio de las libertades individuales; y deja de ser legítima, cada vez que su comprensión puede implicar una limitación no autorizada a las libertades.

Si bien el poder judicial en el Estado moderno debe contar con independencia respecto de los otros poderes, y una de sus tareas consiste en el control jurídico de éstos últimos, él mismo no queda excluido de ese mutuo control. Tal como señala el profesor Aldunate, “la idea de separación de los poderes tiene por objeto –y esto suele olvidarse- la vinculación e interrelación de los mismos, con la finalidad de control recíproco”<sup>148</sup>. Los pesos y contrapesos serán necesarios incluso para limitar los excesos en que pudiese incurrir el propio poder judicial con ocasión del desenvolvimiento de la función jurisdiccional.

No basta con un cambio terminológico para comenzar a comprender al Poder Judicial como un Poder completamente autónomo, exterior e independiente del propio Estado, con la finalidad de controlar el ejercicio de poder por parte de aquél, sino que sería necesario un cambio completo en la cultura jurídica en la que nos encontramos imbuidos para arribar a dicha afirmación. Incluso, llevando al límite dicho ejercicio, se vuelve complejo, sino imposible, concebir un Estado soberano que ceda la totalidad de la función jurisdiccional en un

---

<sup>148</sup> Ibíd. p. 16

agente externo a él: en tal caso probablemente pasaríamos de un Estado de Derecho, a un Estado gobernado por jueces, que en última instancia tendrán la decisión, ya no jurídica, sino incluso política, sobre lo que se debe o no debe realizar; sobre los alcances y límites de la libertad de los particulares.

Es atendible la preocupación del profesor D'Ors, en el sentido de que compartir la doctrina de la separación de poderes implicaría dejar sujeto el control del poder del Estado al propio Estado representado en una de sus ramas<sup>149</sup>, ya que el poder mismo es indivisible, pero la forma de resolver dicha preocupación no pasa por desplazar teóricamente de manera abrupta a los jueces de la República del lugar que siempre les ha correspondido en nuestra tradición y cultura jurídica, como un órgano funcional del Estado. Concebirlos de manera independiente y externa al Poder estatal, complejiza aún más una idea que de por sí es difícil de dilucidar.

Hay que recordar que, en todo caso, las formas de control del Poder estatal pueden abarcar diversas dimensiones: se puede hablar de control interno, control externo, y a la vez, se puede distinguir entre control político y control jurídico, por ejemplo. En todo caso, el control último del ejercicio del Poder, lo realizará siempre el pueblo, mediante el proceso democráticamente establecido para llevarlo a cabo. Desde ahí, podrá formar, por ejemplo, un nuevo legislativo, y en general, intervenir en las decisiones políticas de una manera tal que el

---

<sup>149</sup> MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Op. cit.

conjunto de voluntades dispares constituya la pluralidad en convivencia pacífica que supone el compartir la experiencia de un Estado de Derecho. Dejar el control del legislativo y ejecutivo a un ente que es visto como ajeno al poder, y prácticamente autónomo no hace más que encubrir el problema político de fondo, sobre la posibilidad de la convivencia social en diferencia. Luego, bajo el pretexto de control, acabaríamos centralizando y entregando el Poder a un ente sin legitimidad democrática, y ahora sí, fuera de nuestro alcance y control. Para lograr nuestro cometido en ese sentido, sin arriesgar innecesariamente la libertad, es necesaria una transformación profunda en nuestra cultura jurídica; transformación que no sucederá de la noche a la mañana.

2. La función jurisdiccional del Estado como una actividad reglada y vinculada, desde el principio de juridicidad.

Previamente hemos expuesto las razones que nos permiten afirmar que la función jurisdiccional desarrollada por el Estado, en tanto se desenvuelve por sus propios órganos, se encuentra plenamente sujeta al principio de juridicidad. En el capítulo segundo ya hemos revisado pormenorizadamente en qué consiste el principio de juridicidad, y de qué manera los órganos del Estado se sujetan a éste, por lo que en las siguientes líneas nos limitaremos a enunciar aquellos aspectos del principio en cuestión que son especialmente relevantes

tratándose del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial y en la resolución del Proceso.

A continuación analizaremos cuál es el alcance del principio de juridicidad respecto de los tribunales de justicia que ejercen la función jurisdiccional del Estado.

#### 2.1. Principio de juridicidad y Garantismo procesal; la Constitución sobre el ejercicio de la función jurisdiccional.

La función jurisdiccional desarrollada por el Estado consiste fundamentalmente en la resolución de conflictos intersubjetivos, previo desarrollo de un Proceso. Por lo tanto, las potestades otorgadas al Tribunal respectivo, en la dimensión relevante para nuestro análisis<sup>150</sup> tienen como finalidad que dicho órgano guíe el desarrollo dialéctico del Proceso. En otras palabras, es posible afirmar que el Proceso es el medio por el cual los órganos del Estado llevan a cabo la función jurisdiccional, y por tanto, es en el desarrollo del Proceso mismo que el órgano en cuestión se encuentra sometido al principio de juridicidad.

---

<sup>150</sup> Un análisis de otro tipo podría realizarse a propósito de las facultades económicas, disciplinarias, y en general, de administración interna, con la que cuentan algunos tribunales de justicia.



La dimensión normativa relevante en nuestro análisis se encuentra en la ley procesal. Será ésta la encargada de definir las atribuciones del Tribunal para el desarrollo correcto del Proceso. Esto considera las normas procedimentales, y también las orgánicas, vinculando al órgano tanto en su finalidad, como en su constitución y organización. Esto implica, indirectamente, que el Tribunal correspondiente, en la resolución final del caso también se encuentra sujeto al principio de juridicidad. En el ejercicio hermenéutico que lo llevará acoger o rechazar la pretensión alegada en juicio, mediante una argumentación jurídica racional contenida en la sentencia, está desarrollando su labor, y ejerciendo facultades, en un momento del desarrollo dinámico y continuo de la función jurisdiccional. Ahora, la particularidad en este caso, es que un aspecto esencial de la función jurisdiccional es que ésta se encuentra orientada a la mantención del orden social, sin que se pierda un grado razonable de previsibilidad de las actuaciones del Estado, con la finalidad de incrementar y hacer posible, en último término, el ejercicio de la libertad individual. La cosa juzgada, el principio de legalidad, y la reserva legal procesal<sup>151</sup>, en concreto, se encargan de otorgar la estabilidad y certeza jurídica requeridas; con la resolución que constituye sentencia de término del respectivo juicio, se da fin al conflicto intersubjetivo

---

<sup>151</sup> “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo *legalmente* tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” Art. 19 n°3 inc. 5 de la Constitución.

que dio origen al proceso, y mediante este acto estatal de clausura se extingue también el ejercicio de ésta función<sup>152</sup>.

Si la función jurisdiccional del Estado desarrollada por el juez se sujeta al principio de juridicidad, aquello implica que los diversos procedimientos en que se concretiza la atribución de potestades a los jueces, han de concebirse, precisamente, desde dicho principio. Pero además, y tal como expusimos en la primera parte de la investigación, comprendemos los fines del Proceso desde la doctrina del Garantismo procesal. Desde esa posición es posible sostener que la ley otorga potestades finalizadas en un cierto sentido; no queda al arbitrio de cada uno de quienes ejerzan la jurisdicción decidir cuál es la finalidad de las potestades que le han sido atribuidas, por ejemplo, obviando disposiciones legales para alcanzar la captura mística de la polémica “verdad material”.

La sujeción de la función jurisdiccional al principio de juridicidad es plenamente coherente con la concepción garantista del Proceso. En razón de aquello, sostenemos que es posible un acercamiento a dicho fenómeno desde ambos fundamentos teóricos, de manera simultánea y comprensiva. La consagración del principio de juridicidad en nuestra Constitución de contenido eminentemente liberal, permite fundar una comprensión del Proceso coherente con el Garantismo Procesal, a la vez que esta última noción otorga

---

<sup>152</sup> Cabe señalar que también está facultado, en el ejercicio de la jurisdicción, para hacer ejecutar lo resuelto coactivamente. Este elemento diferencia el ejercicio público de la función jurisdiccional con el árbitro como juzgador privado, y es manifestación de la sustitución por parte de la autoridad, tanto de la violencia institucionalizada, como del elemento volitivo de los particulares que se encuentran en litigio.

herramientas para la correcta comprensión de las potestades atribuidas en particular al órgano que ejerce la función jurisdiccional.

La primacía de la persona humana, consagrada en nuestra Constitución, se encuentra como idea fundamental tanto en la doctrina del garantismo procesal, como en el principio de juridicidad. El respectivo resguardo del individuo ante el poder que ejerce el Estado que ha monopolizado el uso de la fuerza, permite también modelar conceptualmente la comprensión del ejercicio de la función jurisdiccional, y el carácter y alcance que ha de tener la configuración de potestades del juez en el desarrollo del Proceso.

## 2.2. Habilitación legal previa, y vinculación positiva de la función jurisdiccional.

Ahora bien, tal como señalamos en el capítulo anterior, desde el principio de juridicidad particularmente consagrado en nuestra Constitución, es posible desprender determinadas consecuencias para todos los órganos que pretenden actuar válidamente. Dichos elementos tendrán un significado especial tratándose del órgano que ejerce la jurisdicción.

Recordemos brevemente que tal como se han interpretado los textos normativos del artículo 6° y 7° de la Constitución, para que pueda considerarse

válida la actuación de cualquier órgano del Estado es necesaria siempre la habilitación legal previa y expresa. Por tanto, queda de entrada absolutamente descartada la posibilidad de que el órgano respectivo, en nuestro caso el judicial, pueda auto atribuirse potestades<sup>153</sup>, y también se excluye manifiestamente la posibilidad de interpretar la norma procesal potestativa en un sentido tal que diese cabida a la teoría de las potestades implícitas, ya que la Constitución señala de manera literal que la atribución correspondiente ha de realizarse siempre de manera explícita.

En nuestro sistema jurídico, tal como señalamos previamente, el principio de juridicidad es comprendido en la generalidad de los casos desde el criterio de vinculación positiva. En virtud de aquello, la potestad conferida en la ley respectiva (ley procesal) define la validez de la actuación realizada por el órgano judicial, toda vez que se limita a realizarlo que previa y expresamente le esté permitido. En ese sentido, siempre el juez respectivo que pretenda guiar el proceso en una determinada dirección, o decretar cualquier actuación en él, necesita fundar la misma, para que sea válida, en alguna norma jurídica potestativa, y jamás podrá aprovechar la ausencia de regulación para encontrar un espacio legítimo de actuación estatal. Esto significa que no le corresponde

---

<sup>153</sup> Aunque en realidad parece una paradoja: si se permite un ejercicio arbitrario del poder ya no estamos en presencia de su ejercicio legítimo, y por tanto no hay potestad, sino un mero acto de violencia ilegítima.

en ningún caso la creación de norma procesal ad hoc<sup>154</sup>, pues no se le reconoce un ámbito de libertad o autodeterminación normativa, y en tanto órgano del Estado, sólo puede actuar allí donde la ley o la Constitución se lo ordene, siempre de la forma en que dichos textos normativos prescriban. La vinculación positiva además excluye las posibilidades de que el juez pudiese interpretar analógicamente la ley procesal, en razón de los argumentos ya señalados.

Cabe recordar, sobre el mismo punto, que en nuestro sistema jurídico, conforme al principio de juridicidad y de separación de poderes<sup>155</sup>, la función jurisdiccional realizada por los jueces, se encuentra necesariamente diferenciada de la función nomogenética. Garantizamos de esta manera el contenido democrático con que ha de estar impregnada la función legislativa, a la vez que situamos un necesario presupuesto de la posición imparcial que ha de tener el juez a quien se encomienda la resolución de algún conflicto de relevancia jurídica. Aparece como razonable, y lógico, que en nuestro sistema jurídico de tradición legalista, no coincida en la misma persona la generación del Derecho y la aplicación concreta del mismo.

---

<sup>154</sup> Un problema diferente se presenta al adentrarse al análisis de la potestad que ejerce la autoridad respectiva al dictar un auto acordado.

<sup>155</sup> “Su rol de control en el estado de Derecho es de carácter jurídico [...] para cumplir el rol de control jurídico bajo el principio de separación de poderes, la función jurisdiccional deb[e] encontrarse dissociada tanto material como orgánicamente de las demás funciones y órganos a controlar: de la función de gobierno y administración y de la función nomogenética” ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La independencia... (n. 120) p.17

En este sentido se puede afirmar que es en virtud del propio principio de juridicidad que le está vedada la posibilidad de crear norma jurídica procesal ad hoc al juez, con la finalidad de resolver el caso concreto. Eso sí, habría que distinguir la situación propuesta de aquellos casos en que en virtud de la dictación de un auto acordado pretende el Poder judicial regular de manera general y abstracta alguna situación interna, eminentemente de carácter administrativa. En otras palabras, lo que sostenemos es que la coincidencia simultánea de la función jurisdiccional con la función nomogenética (especialmente de carácter procesal) es vulneratoria del principio de juridicidad, pero una discusión diversa se genera si al separar dichas funciones intentamos analizar la viabilidad de reconocer alguna función legislativa en el Poder judicial (ahora como agente estático, no en el ejercicio de la función jurisdiccional); discusión que no es pertinente de tratar en la presente investigación.

### 2.3. El desarrollo del Proceso como realización finalizada de la función jurisdiccional del Estado: exclusión de potestades implícitas y atípicas.

En el caso de la función jurisdiccional sucede algo particular que permite distinguirla de las otras dos funciones estatales (legislativa y ejecutiva). En este caso prácticamente coincide el requisito de validez de la actuación estatal con la función estatal misma (su finalidad). El desarrollo del Proceso, y el

procedimiento en que se concretiza, se encuentran previamente establecidos en la ley, y el agente estatal en este caso cumple su función guiando la discusión bilateral conforme al principio de igualdad, precisamente actuando sólo de la manera que esté previsto en dicho texto normativo. O sea, el procedimiento (forma) establecido para la validez de la actuación del órgano estatal<sup>156</sup>, coincide con la realización final de la función misma.

El procedimiento, a la vez que otorga facultades, al constituirse como Proceso, representa la realización misma de la función que se le ha encargado al órgano. En el devenir del Proceso contradictorio el órgano respectivo realiza la finalidad para la que le fue atribuida una determina potestad y autoridad. No existe un bien trascendente a la solución del conflicto que permita argumentar la posibilidad de que la función jurisdiccional del Estado no ha sido satisfecha, y por tanto, en virtud de aquella (como podría ser la verdad, la aplicación de políticas públicas, o inclusive su generación normativa) se pudiese argumentar, por ejemplo, que el juez posee potestades implícitas o atípicas. El rol del juez no se extiende más allá de la resolución del conflicto en el caso concreto, y esto significa en su reverso la mantención del orden y la paz social, en tanto logra

---

<sup>156</sup> En el caso del Derecho Administrativo pareciese que la finalidad del acto siempre es exterior al procedimiento que ha de darle origen, y que se materializa en el expediente administrativo. Hay un objetivo perseguido por la administración que trasciende la realización del mero procedimiento unilateral que valida su actuación. En este caso, estamos ante un procedimiento legitimante de la actuación del Estado, pero no frente a un Proceso. En el caso de la función jurisdiccional la realización del Proceso basta para su satisfacción, pues no hay una finalidad política de contenido trascendente que se pretenda alcanzar con el resultado final del proceso.

esa composición, por lo mismo, con mayor razón es posible descartar de plano la inclusión de la doctrina de las potestades implícitas en este ámbito.

Podría justificarse que la solución definitiva al conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica, en tanto constituye la finalidad de la potestad atribuida al juez, permitiría por sí sola la generación de potestades implícitas. Sin embargo, si la finalidad de la función jurisdiccional no tiene otro contenido más que aquél, dicha atribución abierta acarrearía más problemas que soluciones. De hecho, se abren espacios mucho más amplios a la arbitrariedad judicial, y al poder Estatal por sobre la libertad, y los intereses individuales que son puestos en juego en el Proceso. Cada juez, caso a caso, podría sorprender con medidas que a su particular intelecto aparezcan idóneas para lograr la finalidad última de la función que se le ha encargado: la solución definitiva y pacífica de un conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica, pero sin embargo, el fundamento mismo de esa potestad carecería de una sustantividad tal que oriente el contenido de la resolución en un determinado sentido, por lo que cabría concluir que caso a caso sólo estaría realizando su propia voluntad subjetiva, revestida del poder Estatal, quién sabe con qué fines.

Además, por razones de constitucionalidad esta doctrina no tendría cabida en nuestro sistema jurídico. Aceptar la posibilidad de que existan potestades atípicas o implícitas atribuidas al juez supondría que, a diferencia de quienes ejercen las otras funciones estatales, o los otros poderes del Estado, el juez



ejergería un poder no vinculado y de dificultoso control (externo o interno). Se abre la posibilidad de que el juez actúe arbitrariamente contrariando las respectivas garantías procesales establecidas a favor de las partes, y no tan sólo eso, sino que al dejar de ser un poder vinculado se desnaturaliza absolutamente la función jurisdiccional y la posición del juez como tercero imparcial. Si por definición el Estado sólo puede extender su poder allí donde le es explícitamente permitido, dar cabida a atribuciones implícitas de los jueces atenta de manera desmedida contra la certeza jurídica y el principio de igualdad.

Definitivamente con el solo hecho de instalar la doctrina de las potestades jurídicas implícitas se está restringiendo de manera considerable el ejercicio de la libertad individual. La imposibilidad de prever cuales serán las formas que establecerá el Estado actuando desde el estrado para la defensa de los propios intereses vulnera innecesariamente y de manera ilegítima las posibilidades de autodeterminación de los particulares, no sólo frente a sus pares, sino que aún más grave; frente al poder del Estado, y le otorga a éste último un ámbito de actuación en donde pareciera no requerir habilitación legal previa para la validez de la misma; esto es, una apertura a la arbitrariedad del poder.

Si no fuese necesaria la habilitación legal previa, y no primara la vinculación positiva respecto de las potestades conferidas a los órganos del Estado, estaríamos aceptando la posibilidad de que éste tenga intereses propios, y por

lo mismo, que pudiese auto determinarse y fijar sus metas y fines desde sí y para sí. En el caso de los jueces, en particular, el reconocimiento de potestades implícitas supone la desnaturalización del Proceso, en donde el juez, que representa al Estado en el juicio, debiese ser un tercero imparcial desinteresado. Hay que recordar que especialmente en el caso de la función jurisdiccional, las normas procedimentales consisten en sí mismas en garantías que permitirán el desarrollo del contradictorio, dialéctico y bilateral, en un pie de igualdad ante un tercero imparcial, y de esta manera, se resguarda que el juez ejerza en el Proceso sólo la función jurisdiccional del Estado, pero en ningún caso la legislativa o ejecutiva. Esa separación de funciones es garantía de la libertad.

Sujetar al juez al principio de juridicidad no implica limitar externamente sus posibilidades de actuación, pues la realidad es que no tiene más que aquellas que se encuentran previamente definidas en la ley. Aunque no se quiera comprender así, al juez, en tanto también es Estado, no puede reconocérsele un ámbito de libertad que no le es propio. El juez no tiene facultades de ningún tipo previo a que la propia ley y la Constitución así lo dispongan, sostener lo contrario implica desatender el diseño institucional orgánico que nuestra propia Constitución define.

En una correcta interpretación de nuestro texto Constitucional las potestades atribuidas al juez no tienen como finalidad que éste concrete algún interés

estatal autónomo, que se extienda más allá de la mantención del orden social. En consecuencia, no correspondería a una figura de Estado activista, sino más bien reactivo, en la terminología de Damaska. Cada una de las actuaciones procesales que realiza el juez en el desarrollo del Proceso, incluyendo la sentencia que dicta para poner término al mismo, debe ser coherente con la comprensión del Estado que sostiene nuestra Constitución. Así, no se busca en cada acto la intervención activa del Estado, sino más bien, y en concordancia con el Garantismo procesal, el juez en tanto representante del Estado debe intervenir lo menos posible en el desarrollo dialéctico del debate entre las partes, con la finalidad de que su posición de tercero imparcial no se vea perturbada, afectando así las garantías procesales de las partes.

En conclusión, hasta este punto hemos señalado que la actuación válida del órgano que ejerce la jurisdicción requiere habilitación legal previa (ley procesal); que además esa previa habilitación está determinada como vinculación positiva, y por tanto el juez puede actuar sólo conforme lo señala la ley; esto significa a su vez que no cabe la interpretación analógica de la ley procesal, y que tampoco puede el juez actuar en nombre de una determinada finalidad deduciendo supuestas potestades implícitas, en caso de que considere que se encuentra ante situaciones no regladas de manera previa y expresa, señalando que los únicos límites a su actuación son las garantías individuales o cualquier otra restricción contenida en la ley. Lo anterior implica que la atribución de potestades no se realiza de manera abierta, sino acabada, pues no se reconoce

que el Estado pueda actuar, en cualquiera de sus dimensiones, ejerciendo algún ápice de libertad, ya que ésta última sólo es constitutiva de la persona humana, más no de la ficción instrumental que representa el Estado.

#### 2.4. Potestades judiciales regladas y discrecionales.

En relación con la forma en que pueden ser atribuidas las potestades jurisdiccionales, es posible distinguir entre potestades regladas y discrecionales. En el capítulo previo ya analizamos las diferencias entre estas dos formas de atribución, y sintéticamente se puede señalar que; en el caso de la primera, todos los elementos que constituyen la potestad se encuentran definidos de manera acabada y completa<sup>157</sup>; mientras que en la potestad discrecional se ha otorgado un margen de elección al empoderado, en este caso el juez, para que escoja entre medidas igualmente justas que han sido definidas previamente la ley.

En este punto cabe recordar que son plenamente aplicables las precisiones realizadas previamente, en el sentido de que discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad. Un acto arbitrario supone un ámbito de libertad absoluta, en cambio en el caso de un acto discrecional se encuentran previamente definidas las vías alternativas que son consideradas igualmente válidas. Por lo mismo, no

---

<sup>157</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Prólogo... (n. 101)

hay lugar a la atribución de potestades judiciales abiertas o en blanco, pues aquello implicaría decididamente abrir espacio a la arbitrariedad, y reconocer que el Estado es titular de algún tipo de libertad que constitutivamente no le es propia. En ese sentido, lo que sí podría eventualmente ocurrir es que una potestad cualquiera conferida al juez puede facultarlo a que éste escoja en determinados casos entre alternativas igualmente válidas, pero para que aquello sea posible hay ciertos elementos de la potestad que no puede dejar de estar presentes<sup>158</sup>, incluyendo obviamente la descripción acabada de las vías alternativas.

En el caso del Juez resulta particularmente compleja la atribución de potestades discrecionales, pues implica reconocerle al menos un ámbito de participación activa en el desarrollo del debate dialéctico llevado a cabo por las partes, arriesgando con ello su imparcialidad, y abriendo paso a la eventual vulneración de garantías procesales de rango constitucional. Por lo mismo, ha de interpretarse restrictivamente aquel empoderamiento de los jueces, y desde el garantismo procesal, se debe prevenir que el Proceso no deje de ser tal, con la finalidad de que las partes involucradas no vean vulneradas sus garantías fundamentales, y menos que el Estado logre legitimar un espacio de arbitrariedad e intervención, tras la retórica del ejercicio de una potestad discrecional que no es tal.

---

<sup>158</sup> *Ibíd.*

## 2.5. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la atribución potestativa judicial.

La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la configuración potestativa de los jueces asienta una grieta insoslayable en la certeza jurídica. Si bien su inclusión se justificaría por su carácter laxo, y porque a través de estos conceptos el Derecho positivo podría hacerse cargo del dinamismo social y cultural, es precisamente éste su mayor defecto. Es obvio que el Estado debe hacerse cargo de los cambios de concepciones jurídicas a raíz de las modificaciones y avances en la comprensión del mundo, sin embargo en la realización de dicha labor no se puede obviar la primacía de la persona humana, y las posibilidades de autodeterminación con que cuentan los particulares. Precisamente, al incluir conceptos jurídicos indeterminados al final del día, el costo de hacernos cargo de la dinámica del mundo práctico, es generar inseguridad jurídica en los operadores del sistema, y la sociedad civil en general, que queda entregada al ejercicio del poder Estatal en un caso concreto.

Hay quienes razonablemente intentan fundar la aceptación de los conceptos jurídicos indeterminados en la descripción típica de las potestades conferidas a los órganos del Estado, afirmando que en su realización concreta sería posible dilucidar una sola respuesta correcta. Esto es, el contenido mismo del concepto

se determinaría en último término por las circunstancias contingentes del caso particular, de los que debe hacerse cargo el operador jurídico que esté facultado para actuar; en este caso, el agente estatal respectivo.

En el caso de la función jurisdiccional nos encontramos con un problema gravísimo. Se espera que en virtud de la seguridad jurídica, y de las garantías procesales mínimas, las partes de un juicio conozcan previamente, al menos, las normas del procedimiento a través del cual se guiará la discusión. Debe conocer de manera previa las actuaciones procesales que le es necesario realizar para lograr convencer al juez de que su posición argumentativa es la correcta; de lo contrario, la intervención judicial ad hoc no respetaría las normas del debido proceso, afectando especialmente su posición imparcial. Como señalé previamente, la certeza jurídica posibilita el ejercicio de la libertad individual, y ésta debe resguardarse, en primer lugar, en el desarrollo mismo del Proceso llevado ante un juez.

Obviamente la decisión de fondo del caso implica también el ejercicio de una potestad jurisdiccional, y por lo mismo, ha de esperarse de ella la misma previsibilidad, aunque en este caso, el derecho sustantivo pudiese dar lugar a mayores vías argumentativas posibles y coherentes, que finalmente podrán legitimar la dictación de la sentencia en uno u otro sentido.

Lo anterior nos guía a sostener que conforme al principio de juridicidad, y desde de una perspectiva garantista, cada vez que se utilice un concepto

jurídico indeterminado, para no vulnerar las garantías procesales de las partes, el debido Proceso, y hasta la propia norma constitucional sobre juridicidad, ha de realizarse una interpretación restrictiva, limitando en lo posible la concreción del concepto jurídico utilizado, a los casos completamente tipificados en la ley, que sean manifestación o expresión de su sentido o espíritu último. De lo contrario, nos encontraríamos en una situación abierta a la inseguridad jurídica e imprevisibilidad de las actuaciones del Estado, en donde caso a caso el particular que lleve su conflicto a juicio no tendrá que atenerse al Derecho democráticamente promulgado, y a las formas procesales que han sido legalmente establecidas de manera previa, sino que a la personalidad del juez de la causa, la visión que éste tenga sobre el rol del Estado y el alcance de las libertades individuales, reduciendo además considerablemente las posibilidades de control racional de sus resoluciones.

Si hay algún órgano que se encuentra legitimado para convertir en Derecho vinculante la dinámica social contingente, éste coincide con aquel legitimado para ejercer la función legislativa<sup>159</sup>. El ejercicio de la función jurisdiccional, tal como señalamos previamente, se encuentra constitutivamente diferenciado de

---

<sup>159</sup> Compartida mayoritariamente, y conforme al principio de reserva legal, entre el Ejecutivo, representado en su grado jerárquico más elevado, por el Presidente de la República; y el Congreso, sobre las materias de ley a las que se refiere la propia Constitución. Puede argumentarse que la generación normativa también se encuentra excepcionalmente radicada en la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones, a propósito de su facultad para dictar autos acordados en virtud del art. 82 n° 1 de la Constitución. Sin embargo, dicha afirmación es sumamente aventurada, pues aún no se encuentra clarificada plenamente la naturaleza jurídica de dichos textos normativos, y a lo sumo se ha señalado que no son ni leyes, ni decretos, ni resoluciones jurisdiccionales, por lo que serían una fuente de Derecho heterodoxa.



la función nomogenética del Estado. No puede por tanto el juez crear ningún texto normativo vinculante, ni norma procesal ad hoc, ya que el diseño institucional orgánico de nuestro Estado permite afirmar que dichas funciones han de ser ejercidas por agentes diversos. En último término, esta separación actúa siempre como garantía para particulares frente al poder del Estado.

En conclusión, al igual que en el caso de los demás órganos del Estado, no es posible aceptar la existencia de potestades atípicas del juez en nuestro ordenamiento jurídico, pues conforme al principio de juridicidad las potestades otorgadas al Estado Juez se encuentran siempre tipificadas en todos sus elementos, o al menos aquellos esenciales que excluyen la arbitrariedad del órgano respectivo, y vinculan positivamente a quién ejerce la función jurisdiccional del Estado, orientada fundamentalmente a la resolución pacífica de un conflicto intersubjetivo de intereses de relevancia jurídica. Además, sostenemos que el correcto ejercicio de las potestades conferidas al juez se realiza en la medida que se entienden los fines del Proceso y la función jurisdiccional desde el garantismo procesal.

2.6. Los Juzgados de Letras del Trabajo sujetos al principio de juridicidad.

Hasta aquí hemos hablado de quienes ejercen la función jurisdiccional del Estado en general, sin embargo todo lo que hemos señalado es plenamente aplicable respecto de cualquier órgano particular que ejerza dicha función; en nuestro caso lo relevante es que es plenamente aplicable a los Juzgados de Letras del Trabajo.

Desde un punto de vista orgánico, los Juzgados de Letras del Trabajo, son parte del Poder Judicial, y constituyen un tribunal de carácter especial. Así lo señala el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales<sup>160</sup> y el artículo 417 del Código del Trabajo<sup>161</sup>. Éste último consagra en su artículo 415 la dimensión organizacional de los Juzgados, la competencia territorial de estos tribunales y los jueces que integran cada uno de aquellos.

Podría pensarse que en virtud de la supuesta autonomía del derecho procesal laboral, lo que hemos señalado previamente no es aplicable en el caso de que quién ejerce la función jurisdiccional sea un juez laboral. Sin embargo, esa supuesta autonomía, tal como señalamos en el capítulo primero, no extiende su alcance al punto de generar paralelamente una nueva noción de Proceso que la haga posible. Sin duda el procedimiento que deberá aplicar el juez laboral, y al que se atienden las partes en este caso, es diverso a otros (Civil, Tributario, o de Familia, por ejemplo), por la especial materia que se lleva

---

<sup>160</sup> “Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales [...] Los Juzgados del Trabajo [...]” Artículo 5° inciso tercero del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>161</sup> “Los juzgados a que se refieren los artículos anteriores son tribunales especiales integrantes del Poder Judicial [...]” Artículo 417 Código del Trabajo

a estrados, pero aquello no permite afirmar la absoluta autonomía del Proceso laboral como rama. Lógicamente, las normas sobre competencia absoluta, en relación a la materia, contenidas en el artículo 420 o 485, no permiten sostener el carácter autónomo de la labor realizada por el juez laboral. En todo caso, él siempre estará desarrollando sólo la función jurisdiccional del Estado, y aquello, ha de realizarlo siempre respetando las normas de un debido proceso garantista.

La función jurisdiccional del Estado no admite una distinción interna que permita desentrañar nuevos fundamentos de la misma, y de esta forma, hacer pensable varias ideas de Proceso en paralelo. En la misma dirección, cabe recordar nuestra adhesión a la Teoría General Unitaria, que descarta dicha posibilidad, ahora desde la teoría procesal.

El Proceso se materializa en un procedimiento que se ha generado dependiendo de las necesidades y requerimientos de cada área sustantiva del Derecho. Sin embargo, aquello no implica en ningún caso que cada procedimiento pueda ubicarse conceptualmente por sobre las premisas que hacen posible la existencia lógica de un Proceso. O sea, si bien pueden existir procedimientos determinados por las respectivas materias que se traten en los litigios (bien por razones de conocimiento o experticia de los jueces en determinadas materias sustantivas, o por simple economía procesal), aquello no puede implicar en ningún caso contrariar la noción misma de Proceso, que

supone a dos partes iguales puestas en contradicción dialéctica frente a un tercero que actúa de manera imparcial.

La Constitución, a su vez, no realiza ninguna distinción que permita señalar que el juez del Trabajo no se encuentra sujeto al principio de juridicidad, pues éste vincula a “todo órgano” del Estado. De hecho, la propia ley a la que hicimos referencia anteriormente, al ubicar a los Juzgados del Trabajo en el Poder Judicial, no deja lugar a discusión alguna sobre su sujeción al principio de juridicidad. Podría discutirse en qué casos ejerce jurisdicción, si es posible que realice alguna función administrativa, o inclusive, si tienen facultades legislativas con alcance general, pero inclusive así, en todos estos casos la discusión siempre partiría condicionada por el principio de juridicidad a que se encuentra sujeto en tanto órgano del Estado.

El juez del Trabajo ejerce la función jurisdiccional del Estado, principalmente, respecto de los conflictos suscitados en la relación laboral entre empleador y trabajador. Será el vínculo de subordinación y dependencia el que defina la relación laboral entre estos privados. Sin embargo, ese elemento constitutivo de la relación laboral no puede traducirse de manera simple y directa en una intervención del Estado a través del Juez en el desarrollo del Proceso. El Estado puede intervenir en instancias ajenas al desarrollo del Proceso mismo si quiere beneficiar a una de las partes del contrato de trabajo por su posición desmejorada, como podría ocurrir con la creación de una defensoría laboral

altamente eficiente e idóneamente capacitada, por ejemplo, u otorgando posibilidades de asesoramiento gratuito y continuo a la parte empleada, pero en ningún caso puede traducir sus expectativas por lograr el bien común, o los intereses que comprende desde ese concepto, en un actuar tendencioso del Juez. En el caso de que así lo hiciese, el Estado a través del juez laboral ya no estaría ejerciendo su función jurisdiccional, pues no habría Proceso, por definición (aunque habría un mero procedimiento, altamente invasivo de las garantías procesales, como el derecho a defensa, por ejemplo).

El juez laboral, por lo tanto, actúa en representación del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional de éste, y su finalidad en ese sentido es fundamentalmente resolver los conflictos intersubjetivos entre determinados agentes a través de un Proceso judicial, que como tal, debe ceñirse a los presupuestos esenciales de su consagración constitucional, y además, al contenido doctrinario que brinda el garantismo procesal.

El juez laboral, en tanto agente del Estado, se encuentra sujeto al principio de juridicidad, y en ese sentido a él también se le prohíbe categóricamente la auto atribución de potestades, o la intervención activa en los aspectos materiales del Proceso, pues como agente que ejerce jurisdicción, debe resguardar su posición imparcial, que asegura que resolverá el conflicto a través de un Proceso, y no mediante la imposición autoritaria de una opción

personal, que en el ejercicio del poder, se convierte una actuación arbitraria del poder estatal.

El razonamiento lógico es el siguiente: hay que recordar que incluso el Juez Laboral, aunque los partidarios de la autonomía no lo acepten, o no quieran darse cuenta, ha sido investido regularmente por el Estado, para la satisfacción y cumplimiento precisamente de una función estatal, cual es la jurisdiccional. Esa función la ha de cumplir a través del Proceso como método idóneo de solución de conflictos. En dicha labor, en tanto órgano del Estado, se encuentra sujeto al principio de juridicidad, en todas las dimensiones que comprende su tarea, y éste principio a su vez ordenar es guardar el respeto del debido proceso en el ejercicio de las potestades específicas que se le han conferido. Sólo luego de dilucidar cuál es el rol del juez en nuestro orden Constitucional e institucional, en tanto agente público encargado de la función jurisdiccional del Estado, cabe asignar y reconocer para algunos de quienes está encargada la misma función, un grado de especialidad por materia. En concreto, será el ámbito de competencia que se reconoce al magistrado lo que determinará las especiales materias que se asignen para su conocimiento. En el caso del juez laboral, es la propia ley la que encarga un conocimiento especial definido por la materia, pero señalando expresamente que el juez de letras respectivo, y el Juzgado, son parte del Poder Judicial. Además, sólo luego de aquello, la ley establece como forma de materialización de la función jurisdiccional que cumplirá (Proceso), una serie de reglas funcionales, reconocibles como

procedimientos de carácter laboral; procedimiento de Aplicación General, Procedimiento de Tutela, Procedimiento Monitorio, por ejemplo. Es ese el orden lógico que ha de seguir nuestro análisis, y que permite ubicar al juez concreto, y el ejercicio del poder que se le ha conferido, como una manifestación particular del poder del Estado.

En conclusión, todo lo señalado previamente sobre los Tribunales de Justicia, los jueces, y en general, sobre quiénes ejercen la función jurisdiccional del Estado materializada en el Proceso, es plenamente aplicable al caso concreto del juez laboral, que queda sujeto ineludiblemente, y de manera positiva, al principio de juridicidad.

## **CAPITULO CUARTO: FUENTES DE POTESTADES ATÍPICAS EN EL PROCESO LABORAL.**

En el presente capítulo analizaremos, a modo ejemplar, cuatro preceptos de atribución potestativa que nos ponen en presencia de alguna potestad atípica o implícita atribuida al juez laboral por la ley procesal vigente. Los abordaremos por separado, ya que de esta forma podremos reconocer las particularidades de cada caso de manera más clara y precisa, a pesar de que podemos adelantar que todos aparecen vulnerando por igual el principio de juridicidad.

### **1. El principio de buena fe procesal.**

#### **1.1. Su consagración normativa.**

En nuestro Código del Trabajo el principio de buena fe procesal encuentra su consagración expresa en los artículos 425 y 430.

El artículo 425 del Código del Trabajo señala:



“Los procedimientos del Trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad”.

Dicho precepto viene a consagrar a la buena fe procesal como principio informante de todo procedimiento laboral, y como tal, en un primer acercamiento, pareciera que no es directamente aplicable y sancionable por parte del juez, por no tratarse de algún supuesto normativo típico conectado a una premisa inferior exigible a las partes o terceros, sino que más bien representa una inclusión de carácter amplio, que mira más al espíritu del juez en su tarea hermenéutica que a una fuente de deberes para los intervinientes en el Proceso laboral..

Por otra parte, el artículo 430 inciso primero del Código del Trabajo establece que:

“Los actos procesales deberán ejecutarse de **buena fe**, facultándose al tribunal para adoptar las **medidas necesarias** para impedir el fraude, la colusión, el abuso de derecho y las actuaciones dilatorias”.

1.2. La buena fe procesal: un concepto jurídico indeterminado.

Nuestro legislador no ha definido expresamente qué debemos comprender por buena fe procesal, sino que se limita a utilizar el concepto en los textos normativos previamente citados. Al no contar con una definición legislativa del concepto de buena fe procesal, debemos recurrir necesariamente a la doctrina a fin de esclarecer teóricamente cuál es su contenido y alcance. Aquí nos encontramos con la primera advertencia evidente: nos avocamos al estudio de un concepto jurídico indeterminado.

Desde que la discusión teórica sobre el concepto en cuestión ha sido puesta sobre la palestra, diversos autores han definido, cada uno a su manera, el contenido del concepto en cuestión. Así por ejemplo, Joan Picó i Junoy<sup>162</sup>, Juan Montero Aroca, Pablo Cifuentes<sup>163</sup>, Claudio Palavecino<sup>164</sup>, entre otros, han entregado cada uno, un concepto más o menos abierto sobre lo que sería el principio de buena fe procesal. Sin embargo, más allá de los elementos que permiten diferenciar cada una de sus conceptualizaciones, en todos estos

---

<sup>162</sup> “[L]a buena fe procesal puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta” PICÓ I JUNOY, Joan. “El principio de la buena fe procesal” [en línea] Disponible en: <<http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoi.pdf>> [consultado 10 de marzo de 2012] p. 19

<sup>163</sup> CIFUENTES, Pablo. “El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática” EN: Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Vol.1 n°2, Santiago, Chile, 2011. pp.91-108

<sup>164</sup> “[u]n principio conforme al cual las partes tendrían un deber de probidad, lealtad, colaboración con la justicia y veracidad de los actos procesales” PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, en Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 13, julio-diciembre de 2011 pp.119-120

casos se comparte la idea fundamental de que mediante la inclusión de la buena fe procesal se busca “dotar al procedimiento laboral de un influjo moralizante”<sup>165</sup>.

Es innegable el altísimo grado de incerteza jurídica que acarrea la consagración de éste concepto jurídico indeterminado en la legislación laboral nacional. Larroucau, en una visión tal vez un tanto pesimista de la situación afirma que “[t]ratándose de un concepto que es reflejo de una valoración social en constante cambio y, en consecuencia poseedora de una naturaleza constantemente dinámica, será imposible fijar su contenido con la debida precisión y permanencia a través de reglas genéricas que permitan establecer un estándar claro acerca de lo que en cada caso será buena o mala fe[...] De acuerdo con lo anterior y aun con el peligro de agravar la situación expuesta sólo nos quedará confiar en lo que resuelva cada juez, en cada caso concreto que se le presente [...]”<sup>166</sup>.

Si bien para el estudio de la institución de la buena fe, a secas, se puede recurrir a avances doctrinarios alcanzados en Derecho Civil, a secas, lo que permite diferenciar, por ejemplo, entre buena fe objetiva y subjetiva, no existe ningún precepto vigente que desde la propia definición legal permita inclinarse por alguna concepción concreta, o a lo menos, acercarse de manera razonable

---

<sup>165</sup>CIFUENTES, Pablo. Op. cit. p. 91

<sup>166</sup>LARROUCAU GARCÍA, María Matilde. “La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales”. En: Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Santiago, Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Vol.1 1, 2010 p. 70

a alguna definición coherente con el debido proceso. Se puede afirmar que aparece palpable la intención moralizante del legislador, pero aquello no reduce en lo más mínimo su extrema vaguedad.

La fórmula utilizada por el legislador al consagrar el principio en cuestión, dificulta considerablemente el ejercicio hermenéutico que pudiese permitir la delimitación y alcance del precepto en análisis. Los conceptos e instituciones que acompañan a la buena fe procesal en el texto normativo del artículo 430 del Código del Trabajo, terminan por confundir aún más al operador jurídico, antes que colaborar con el elemento lógico de interpretación. El fraude, la colusión y el abuso de derecho, cada uno por sí sólo, representa para su óptima interpretación un alto nivel de complejidad doctrinaria. No sólo eso, sino que la doctrina ha podido diferenciar conceptualmente entre sí cada una de estas instituciones; y también cada una de ellas del principio de buena fe procesal. Misma tarea se ha llevado a cabo con algunos otros conceptos que darían lugar a confusión, como la teoría de los actos propios, por ejemplo<sup>167</sup>.

### 1.3. El principio de buena fe procesal contra la juridicidad y el debido proceso.

---

<sup>167</sup> MONTERO AROCA, Juan. "Sobre el mito autoritario de la "buena fe procesal". En: MONTERO AROCA, Juan (Coord.) "Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006 pp. 340 y ss.

Todo el estudio que pueda realizarse sobre el principio de buena fe procesal en el Proceso laboral, desde el principio de juridicidad, incluso antes del análisis de las potestades conferidas al juez para el desarrollo de su función jurisdiccional, viene condicionado desde su fundamento por el criterio de supremacía Constitucional. En virtud de ésta, y por un criterio interpretativo compartido que ubica a la Constitución en la cima de la pirámide normativa, es necesario recordar previamente, que el principio de juridicidad, y el respeto al debido proceso, se encuentran ambos consagrados en la Constitución, mientras que el principio de buena fe procesal se encuentra regulado simplemente a nivel legal, en nuestro Código del Trabajo. Debido a esto, cualquiera se pretenda que sea el alcance del principio de buena fe procesal en el Proceso laboral, dicha interpretación debe siempre y necesariamente respetar lo prescrito por la Constitución, y esto significa considerar primordialmente, entre otras garantías, el principio de juridicidad y el debido proceso.

Para adentrarnos al análisis del principio de buena fe procesal, desde el principio de juridicidad, es esencial observar la fórmula que utiliza el legislador en este caso para atribuir potestades al juez, supuestamente, con fines moralizantes. En ese sentido, ahora en su faz potestativa, debemos destacar, tal como señalamos previamente, que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, cuya laxitud se ve incrementada por su inclusión como “principio” en el Proceso laboral.

Tal como señalamos en su momento, otorgar potestades a algún agente público mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, y en este caso especial, al juez, termina por atentar directamente contra la certeza jurídica, que es presupuesto del ejercicio de la libertad individual, y además, desde un punto de vista netamente procesal, vulnera groseramente el debido proceso, que según señala la propia constitución, debe ser legalmente tramitado. En otras palabras, abre un amplio espacio para el camuflaje retórico de la arbitrariedad judicial, y con ello, para la actuación material activa del poder del Estado-Juez.

El eje polémico en los textos normativos que hemos citado previamente, y en los cuales se consagra el principio de buena fe procesal, consiste, en primer lugar, en la ya señalada indeterminación del concepto de buena fe procesal a nivel doctrinario y legal, lo que se traduce en el caso de nuestra legislación, en el establecimiento de una potestad abierta, indeterminada, o en otras palabras, no reglada. No es claro para nadie cuál es el contenido preciso de dicha acepción, y al revisar su consagración legal se vuelve aún más confusa su comprensión. Para determinar el supuesto de aplicación de la norma, necesariamente debemos comprender de manera clara cuál es la conducta que ha de activar una eventual sanción o actuación del juez, esto es, en general, en qué caso alguna actuación procesal no ha sido ejecutada de buena fe. En el artículo 430 del Código del Trabajo, la hipótesis de aplicación es ampliamente indeterminada e internamente variada (fraude, colusión, abuso de derecho y

actuaciones dilatorias), lo que permite deducir que el hecho jurídico que activa la potestad judicial (el por qué, como elemento de la potestad, según Soto Kloss) en este caso concreto, la supuesta actuación procesal que resulte contraria a la buena fe procesal, no se encuentra determinada en absoluto. En razón de lo expuesto, se deduce lógicamente que quién se encargará entonces de otorgarle un contenido cualquiera al principio de buena fe procesal será siempre el juez de la causa, quién interpretará el texto normativo, luego de seleccionar bajo su propio criterio los hechos concretos que considere relevantes, y de esta forma se convertirá él mismo en legislador del caso concreto, al crear en dicho análisis, la norma jurídica aplicable. Con esto, deja a las partes en total incertidumbre sobre los casos en los que se cumple efectivamente la hipótesis de aplicación de la norma, no pudiendo éstas prever en todo caso cuáles serían las actuaciones que les es legítimo realizar en Proceso, y arriesgándose así a caer en infracciones imprevisibles que pudiesen terminar por afectar sus intereses defendidos en juicio.

Pero no solo aquel elemento de la potestad se encuentra ampliamente indeterminado (el por qué), sino que además no se tipifica la consecuencia, o premisa inferior del silogismo jurídico que configuraría la sanción de la norma. Desde el punto de vista de la atribución potestativa, dicha ausencia afectaría el elemento que define “qué” realizar en virtud de la potestad. En este punto entramos en otra esfera de amplia ambigüedad. El artículo 430 del Código del Trabajo, al utilizar la expresión “medidas necesarias”, está abriendo la

posibilidad de crear sanciones atípicas e innominadas por parte del juez, para los casos en que éste estime que se ha cumplido el presupuesto de actuación de la norma, o sea, la infracción al principio de buena fe procesal (también indeterminado).

A diferencia del elemento potestativo que analizamos en un primer momento, coincidente con la hipótesis de aplicación de la norma (la indeterminación del principio de buena fe procesal), en donde la utilización del concepto jurídico indeterminado abría espacio a la arbitrariedad del juez para decidir en qué casos se activará u operará la norma, en este segundo momento el legislador ha pretendido dejar directamente la creación completa de la premisa inferior de la norma jurídica a ser aplicada en manos del juez; deja en su completo poder la creación originaria de la sanción. Aquí ni siquiera nos encontramos ante un caso de atribución discrecional de la potestad, pues tal como definimos previamente, en tal caso el legislador habría determinado medios igualmente aptos, válidos y legítimos para la actuación del agente estatal, entre los cuales podría elegir con una libertad relativa. Sin embargo, en el precepto, la expresión “medidas necesarias” deja completamente abierto el abanico de vías alternativas que acabará por crear y aplicar el juez, para subsanar la infracción al principio de buena fe procesal. El legislador no se encargó de tipificar vías legítimas de actuación, otorgándole al juez la facultad de seleccionar una entre varias posibilidades igualmente válidas; por el contrario, deja abierto “el qué” de la potestad atribuida, al imaginario del juzgador.



La configuración potestativa en cuestión, tal como se desprende de lo descrito, no aprueba un examen de juridicidad en este ángulo de acercamiento pues en nuestro Sistema jurídico no tiene cabida la atribución de potestades abiertas a ningún órgano del Estado, y en el caso descrito, la atribución atentaría contra el criterio de vinculación positiva y el principio de legalidad, contenido en el de juridicidad, que cubren al Estado por completo, en sus más diversas funciones.

Por la misma razón antes descrita, se descarta de entrada la posibilidad de que en virtud de la buena fe procesal existiesen potestades implícitas reconocidas al juzgador. En primer lugar, porque dicha teoría no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, y las discusiones sobre el tema se dan en un contexto completamente diferente al nuestro. Pero luego, además, porque en virtud del criterio de vinculación positiva, a través del cual leemos el principio de juridicidad, es imposible concebir que algún órgano del Estado se auto atribuya alguna potestad cualquiera; siempre requerirá habilitación legal previa y expresa para poder actuar válidamente, y el juez no es excepción a esta regla. Él podrá actuar válidamente sólo en los espacios en que la ley le ha ordenado, y de la forma en que esta misma prescriba. Es necesario recordar una vez más que respecto del Estado no rige el principio de la libertad, que sí rige a los particulares.

Empoderar al juez de la manera descrita atenta, por otro lado, contra el debido proceso, en tanto altera la posición de tercero imparcial que debe tener el juez en juicio. El juez, al brindarle contenido, tanto al principio de buena fe procesal, como a las medidas necesarias que decretará para evitar el fraude, la colusión, el abuso de derecho y las actuaciones dilatorias, genera una norma ad hoc desde las particularidades que él mismo encuentre en el caso. No es baladí analizar de qué lado pondrá el supuesto deber incumplido (y menos, qué deber), puesto que dicha decisión, aunque no venga inducida previamente por la interferencia o intervención directa de alguna de las partes, denota una preferencia subjetiva por parte del juzgador hacia una de las dos posiciones antagónicas. Así, por ejemplo, si en virtud de la buena fe procesal solicita la presentación de pruebas que no ha presentado voluntariamente alguna de las partes, lo que está buscando el juez es simplemente confirmar su convencimiento personal inicial. Permite que el juez, de manera ilegítima, se vuelva un juez activista, e incluso, arbitrario. Afectará así, no sólo la necesaria imparcialidad del juzgador, sino inclusive el principio de igualdad de las partes en juicio.

Los preceptos en cuestión, de ser aplicados ampliamente, además vulneran la garantía de defensa procesal, al dejar abierta la posibilidad de creación de norma procesal ad hoc al juez, dejan a ambas partes sumidas por igual a la incerteza e imprevisibilidad casuística, que afecta directamente sus

posibilidades de defensa en juicio, afectando además de esa manera, la regla del contradictorio.

Agréguese a todo lo previamente señalado, la incompatibilidad entre la función jurisdiccional y la función nomogenética, específicamente en el área procesal, que trataremos posteriormente a propósito del artículo 432 del Código del Trabajo, pues pareciese que en el fondo la determinación del concepto de buena fe procesal y la creación concreta de “medidas necesarias” por parte del juez, representan dos supuestos a los que el juez pudiese acogerse a fin de crear norma jurídica vinculante, sólo al caso concreto.

El principio de buena fe procesal, tal como ha sido fijado en el texto de la ley laboral, vulnera el principio de juridicidad en dos momentos. Primero, en la utilización de un concepto jurídico indeterminado en la descripción de la conducta que fundamenta la actuación del órgano; y segundo, en la determinación de las sanciones que acarreará la verificación de la conducta descrita indeterminadamente. Luego, el juez, simultáneamente y por añadidura, vulnera las garantías procesales consagradas constitucionalmente, y el principio de juridicidad, que las contiene.

1.4. Alcances del principio de buena fe procesal conforme al principio de juridicidad.

Obviando la discusión sobre la procedencia de la acción de nulidad de derecho público en las resoluciones judiciales, creemos que una salida plausible a los eventuales casos vulneratorios del principio de juridicidad parte por la instrucción al juzgador de interpretar de manera restrictiva la ley procesal, evitando caer en arbitrariedades con ocasión de fundamentar una potestad jurisdiccional cualquiera en algún concepto jurídico indeterminado, como en nuestro caso es la buena fe procesal. En ese sentido, es preferible que el juzgador se atenga a aplicar la ley en los casos tipificados que sancionan de una u otra manera el respeto de la buena fe procesal.

Como manifestaciones legislativas del principio de buena fe procesal encontramos las siguientes:

- Art. 453 n°1 inciso 7 (“Cuando el demandado no contestare la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, *podrá* estimarlos como tácitamente admitidos”)[deber de completitud y colaboración]
- Art. 453 n°5 (“[...]Cuando, sin causa justificada se omita la presentación de aquellos [instrumentos] que legalmente deban obrar en poder de una de las partes *podrán* estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba decretada”) [deber de cooperación]

- Art 454 n°3 (“Si el llamado a confesar no compareciese a la audiencia sin causa justificada, o compareciendo se negase a declarar o diese respuestas evasivas , *podrán presumirse efectivas*, en relación con los hechos objeto de prueba, las alegaciones de la parte contraria en la demanda o contestación, según corresponda”) [deber de completitud y colaboración]
- Art. 429 CT (“No podrá solicitar la declaración de nulidad la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización”) [deber de buena fe procesal en sentido estricto]
- Art. 454 n°5 CT (“Los testigos declararán bajo juramento, o promesa, de decir la verdad en juicio”) [deber de veracidad con alcance a terceros]
- Art. 444 En este punto cabe preguntarse: ¿La función cautelar del juez es manifestación del principio de buena fe procesal? [las medidas que estime necesarias para: asegurar el resultado de la acción, protección de un derecho o identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado] Esto pudiese comprenderse en este sentido si se entiende que cumple con una especie de deber de probidad y compromiso con la verdad al decretar las

medidas que estime convenientes (en realidad, lo que no es sino lo mismo, las necesarias).

Las normas enunciadas también deben ser aplicadas restrictivamente, intentando en todo caso no crear deberes que las partes pudiesen desconocer al enfrentarse en juicio, para de esa manera no afectar su derecho a defensa, y el debido proceso.

## 2. Creación judicial de norma jurídica procesal vinculante. El caso del Artículo 432 del Código del Trabajo.

### 2.1. El artículo 432 del Código del Trabajo.

Con en el artículo 432 del Código del Trabajo comienza la regulación de las reglas comunes de los procedimientos laborales. En dicho precepto normativo se establece la aplicación supletoria de las normas correspondientes a los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, en aquellos casos no regulados en el Código del Trabajo o las leyes especiales respectivas. Sin embargo, dicha supletoriedad no es a todo evento, sino que se sujeta a una condición de aplicación bastante particular; las normas a aplicar no deben ser contrarias a los principios que informan los procedimientos laborales.

El texto normativo contenido en el artículo 432 inciso primero del Código del Trabajo reza como sigue:

“En todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento. En tal caso, el tribunal dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva.”

2.2. El artículo 432 inciso primero y el principio de juridicidad.

2.2.1. La determinación de las normas contrarias a los principios formativos del Proceso laboral.

El primer escollo a superaren el análisis de la norma en cuestión, versará sobre la determinación de la naturaleza de las normas que, supuestamente, entrarían en conflicto. La idea que transmite el código es que, previo a aplicar las normas procesales contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, el juez tendrá que analizar cuál es la extensión de cada uno de los principios formativos del Proceso laboral, enunciados en el artículo 425 del Código del Trabajo, y en un análisis comparativo deberá decidir racionalmente si es posible que la norma en cuestión sea aplicable o no.

Sin duda, la hipótesis que analizamos, en virtud de la propia disposición legal, tiene como presupuesto la idea de que, en principio, existiría una norma jurídica contenida en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil que debiese ser aplicada supletoriamente ´por tratar un caso no cubierto por la norma especial laboral, y sólo luego de verificar dicha condición se pasaría a analizar si es armónica la aplicación de la norma supletoria seleccionada, con los principios formativos del Proceso laboral.

En este primer paso lógico se evidencia la incerteza jurídica que se instala en la determinación del presupuesto de aplicación de la norma. Para que el juez pueda acogerse a lo prescrito en la última parte del artículo 432 inciso primero debe realizar un ejercicio argumentativo que admite una laxitud tal, que termina siendo perjudicial en el contexto de control de los poderes públicos. Los principios jurídicos se caracterizan constitutivamente por su vaguedad y amplitud, reconocida y aceptada favorablemente por la gran mayoría de los autores. Sin embargo, en el caso de su método de aplicación, o sobre la posible vinculación para los operadores jurídicos, dicha laxitud unida a una eventual vinculación y aplicación directa, se transforma claramente en un desmedro para la certeza jurídica y, con ello, disminuye considerablemente las posibilidades de actuación previamente planificada de las partes en defensa de sus intereses.

El legislador, en lugar de haber decidido expresamente determinar cuáles son las normas del Código de Procedimiento Civil que no debiesen ser



aplicadas en el Proceso laboral (en concreto, en sus diferentes procedimientos), ha decidido dejar dicha decisión al juez. Éste último deberá realizar un ejercicio teórico bastante complejo; comparar una norma en concreto, con cada uno de los principios que informan el Proceso laboral, para aprobar su examen y posteriormente ser aplicada como norma supletoria. El problema se presenta al verificar que dicha comparación se realiza entre una regla, o norma jurídica típica, determinada y finalizada, contenida en el Código de procedimiento Civil, por un lado; y un principio, con amplio margen de interpretación, laxitud y alcance, por otro.

Si bien éste no es el lugar para entrar en la discusión sobre la función y entidad de los principios jurídicos y sus formas de aplicación, por ejemplo, como mandatos de optimización en el criterio de Alexy, baste con señalar que en el fondo lo que está realizando en este caso el juez sería decidir dejar de aplicar una norma vigente sólo para efectos del caso concreto, por considerar bajo su personal criterio, que un principio de los enunciados en el artículo 425 entra en conflicto con ésta. El conflicto normativo se presenta como un caso de antinomia jurídica que no sería posible de resolver más que por el criterio de especialidad. Sin embargo, la especialidad en este caso se encuentra representada por los principios formativos del Proceso laboral, de una amplitud tal que en último término entregan la solución a la prudencia del juez.

Los principios son, por definición, indeterminados, y si bien puede discutirse sobre el método de aplicación de aquellos, no cabe duda de que su utilización directa en la práctica judicial incrementa la incerteza jurídica. En el caso que estamos revisando, se pretende, que para decidir la solución del supuesto conflicto normativo se apliquen directamente los principios formativos del proceso laboral, por un lado, en confrontación a las normas procesales civiles, por el otro. En ese diálogo un tanto extraño entre reglas y principios, la determinación del contenido de estos últimos, al no estar tipificado, queda completamente sujeto a las aptitudes argumentativas del juez de la causa, y en el fondo, decidir aplicar una norma procesal civil supletoria, en este caso, tiende más a la realización de la arbitrariedad judicial, antes que a un ejercicio racional de aplicación de la ley procesal.

Aceptar que los jueces decidan la aplicación o no de una norma judicial en virtud de un principio jurídico, cuyo contenido es indeterminado, abre espacios al decisionismo judicial, y vulnera gravemente las garantías procesales de las partes, al impedir que éstas conozcan previamente las actuaciones del procedimiento que materializará el Proceso.

#### 2.2.2. Atribución abierta de potestades judiciales.

El artículo 432 utiliza una fórmula atributiva abierta, pues, tal como señalamos en el punto anterior, el presupuesto de aplicación dinámico del

precepto queda sujeto a la interpretación subjetiva que el juez realice sobre cada uno de los principios que pudiesen desactivar la aplicación de alguna norma supletoria, que en principio, sería aplicable en el caso. No bastando aquello, dicha amplitud se potencia por la facultad auto-atributiva que parece otorgar la última parte del precepto.

En el caso de haber aprobado la condición de aplicación de la norma ya señalada, se otorga la facultad al juez de disponer la forma en que se realice la actuación respectiva. De ser así, esta norma vulnera expresamente el principio de juridicidad, en virtud de lo preceptuado en los artículos 6° y 7° de la Constitución, en especial sobre las formas de actuación válida del Estado. De manera expresa la Constitución señala que los órganos del Estado actúan válidamente si lo hacen en la forma que prescriba la ley. Ahora bien, las formas válidas actuación del juez se establecen en las normas procesales respectivas, sin embargo, este precepto se encuentra redirigiendo la fuente normativa de las potestades judiciales, desde la ley (sea Código del Trabajo, o la aplicación supletoria de algunas normas del Código de Procedimiento Civil) al imaginario individual del juez, que creará una norma ad hoc para salvar la ausencia de alguna disposición normativa que regule la actuación que se trate en concreto.

Conforme a lo señalado, en este caso, se estaría permitiendo que el juez creara normas procesales ad hoc, y de esta manera, regularía por sí mismo la forma en que desarrolle la función jurisdiccional en el caso concreto, vulnerando

manifiestamente el principio de juridicidad, al obviar la habilitación legal previa y expresa; y también el criterio de vinculación positiva, pues la sola creación de normas procesales puede significar la autoatribución de potestades judiciales atípicas. El Estado-Juez, bajo este supuesto, excepcionalmente podría autodeterminar sus facultades, y la forma de sus actuaciones para que éstas sean consideradas como válidas, obviando de esa manera, su calidad de ente artificial, y el hecho de que sólo puede actuar allí donde la ley se lo permite, con la finalidad que ésta o la Constitución establece, y de la forma en que los mismos cuerpos normativos prescriben. Lo peor; se transforma en una faz del poder estatal cuyo control es complejísimo, sino imposible.

En resumen, se presentan dos situaciones distinguibles que vulneran de la misma manera el principio de juridicidad. En primer lugar, se otorga una potestad atípica al juez, en tanto se le faculta para la creación de normas procesales ad hoc, fundado en la ausencia de regulación aplicable (incluidas las normas subsidiarias que han sido calificadas como contrarias a los principios formativos), cuyo contenido quedará determinado por las capacidades intelectivas del juez, o sea, estaríamos frente a una atribución normativa abierta. Luego, en segundo lugar, el contenido mismo de dichas normas procesales puede, a su vez, significar la creación de potestades atípicas para los jueces, en un segundo nivel; una potestad atípica derivada de una potestad atípica que se encuentra consagrada legalmente de forma amplísima.

En otras palabras; en un primer nivel la infracción consiste en otorgarle al juez una función nomogenética procesal que no le corresponde. En un segundo nivel, en virtud del ejercicio creativo que realice el juez, podría auto atribuirse facultades atípicas, pues no se establece limitación alguna en la determinación de las actuaciones procesales.

### 2.2.3. La separación de funciones del Estado.

La atribución potestativa contenida en el artículo 432, tal como señalamos, termina transformándose en una atribución nomogenética, si contemplamos que el tribunal está creando norma procesal al disponer la forma en que ha de realizarse determinada actuación.

La aplicación del precepto en cuestión implica la vulneración del clásico principio de separación de poderes, o en su nueva versión, el principio de separación de funciones, fundamento del Estado de Derecho en la modernidad, y garantía para los particulares, frente al ejercicio del poder soberano.

Si bien, dejando algunas discusiones doctrinarias de lado, es concebible que los tribunales cumplan alguna función de generación normativa, por ejemplo, plasmada en los auto acordados, el ejercicio de dichas facultades (de existir) es absolutamente incompatible con el ejercicio simultáneo de la función jurisdiccional. Lo que sucede es que aún reconociendo que el Poder Judicial

cumpliese alguna función nomogenética, no puede coincidir en el mismo agente que se hará cargo de alguna causa concreta, la función nomogenética o legislativa y la función jurisdiccional, al mismo tiempo. Dicha posibilidad atentaría estructuralmente contra la concepción de un Estado de Derecho tal como la que comparte nuestra Constitución, además desnaturalizaría la función jurisdiccional del Estado, según la cual el juzgador, en este caso el juez laboral, debe resolver y tramitar el juicio conforme a Derecho vigente, resguardando su imparcialidad, la igualdad de las partes, y en general el debido proceso.

Es una garantía para los particulares que quién aplica el Derecho sea un sujeto diverso a quién lo crea. Por definición, la función jurisdiccional desarrollada por los tribunales es ajena a la función nomogenética del Estado. En primer lugar, porque aceptar lo contrario, implicaría aceptar el reconocimiento de espacios de libertad para la actuación del Estado, idea que no se adecúa en lo absoluto a lo prescrito por nuestra Constitución. En segundo lugar, la seguridad jurídica se ve severamente disminuida ante la posibilidad de que el juez, mediante esta potestad atípica, de origen a normas jurídicas procesales ad-hoc. En tercer lugar, porque además la norma jurídica procesal que cree el juez será aplicable sólo al caso concreto y no existe ningún tipo de limitación a la forma que disponga para la realización de la actuación procesal respectiva. Por último, porque además se desprende de lo anterior que se vulnera la igualdad ante la ley, toda vez que la norma jurídica procesal creada por el juez encuentra su lugar sólo en el caso concreto.

En conclusión, de acuerdo a nuestra configuración institucional, no corresponde en ningún caso al juez la creación original de normas jurídicas procesales, pues la función nomogenética reconoce idóneamente en nuestro ordenamiento al Congreso y al Ejecutivo como sus titulares, salvo contadísimas excepciones. Pero aun dando cabida a la posibilidad de que el juez excepcionalmente cumpla alguna función legislativa, sin ser el órgano idóneo pues además su legitimación democrática es indirecta y derivada de los otros poderes, el ejercicio dinámico de dicha función no puede coincidir simultáneamente con el ejercicio de la función jurisdiccional, tal como lo establece el artículo 432, pues ambas son incompatibles: el ejercicio de la función jurisdiccional presupone la existencia previa de Derecho válido y vigente, por lo que no puede coincidir temporalmente con la función nomogenética.

#### 2.2.4. El artículo 432 y la garantía de un proceso previo legalmente tramitado.

En último término, la atribución potestativa contenida en la norma precitada vulnera las garantías procesales que se encuentran consagradas a nivel constitucional, y con ello, se vulnera también el principio de juridicidad.

En primer término, es evidente que las partes no serán sometidas a un proceso que se encuentre regulado legalmente. De hecho, puede que incluso el proceso en cuestión varíe caso a caso, dependiendo de las intenciones hermenéuticas del juez que pretenda extender más o menos el contenido potestativo de la norma en cuestión. Aún sin ser así de drástico, la seguridad sobre las normas que regulan el procedimiento laboral se encuentra en discusión, ya que la consagración de este precepto deja un espacio amplísimo para que el juez cree norma procesal originaria, e inclusive a través de ésta, incremente sus potestades formales o materiales en la conducción del proceso, si resulta ser lo suficientemente arriesgado en el desenvolvimiento legitimador de su ejercicio argumentativo, al sostener el fundamento de su opción.

La apertura de la norma, además de instalar la inseguridad jurídica para las partes, vulnera el debido proceso, en tanto la creación de norma jurídica ad hoc por parte del juez, pondrá generalmente en juego su imparcialidad, a la vez que implicará, para quién eventualmente se vea sorprendido, o decididamente afectado por la generación normativa del juez, un quebrantamiento irreparable del pie de igualdad en que se deben encontrar ambas partes en el desarrollo del Proceso.

Es imperativo que el proceso deba estar previamente establecido para no vulnerar tampoco el derecho a defensa en juicio de las partes. La constitución señala expresamente que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción



debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, y la norma precitada, interpretada en el sentido expuesto, vulnera manifiestamente la disposición constitucional.

### 3. Las medidas cautelares del Artículo 444 del Código del Trabajo.

#### 3.1. La función cautelar del Juez en el Proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?

El artículo 444 en su inciso 1º señala<sup>168</sup>: “En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio”, consagrando así legalmente la procedencia de medidas cautelares en el Proceso laboral.

Desde la lectura del precepto citado surgen una serie de interrogantes, tanto por imprecisiones conceptuales, como por el intento de dilucidar el real alcance de la norma procesal en nuestro sistema jurídico, y obviamente con ello,

---

<sup>168</sup>Si bien la totalidad del artículo 444 del Código del Trabajo se encarga de regular a las medidas cautelares (prejudiciales, y precautorias), creo que por ahora es éste extracto del texto normativo el que nutre con mayor consistencia las posibilidades de nuestra discusión. Esto obviamente no significa que obviemos el resto del precepto, sino que por el contrario; a medida que vayamos avanzando en el análisis iremos recurriendo a éstos en tanto sean pertinentes.

verificar la juridicidad de la potestad que se está otorgando al juzgador en la norma citada.

La norma en cuestión es portadora del espíritu oficioso e inquisitivo que ensalza todo nuestro Proceso laboral desde su última reforma<sup>169</sup>, y otorga, en principio, un papel protagónico al juez, ahora en especial tratándose de la dictación de medidas cautelares. A este respecto, la cuestión trascendental gira en torno a la posibilidad de que desde el precepto se desprenda una supuesta potestad cautelar genérica. Obviamente, si el juez tuviese una potestad de este tipo podría dictar medidas cautelares innominadas y atípicas, no sólo en el caso de ser solicitadas por las partes, sino también las que él pudiese estimar pertinente decretar de oficio.

Si bien es complejo definir de manera acabada el concepto de “medidas cautelares”, debido a las constantes imprecisiones lingüísticas en que la propia doctrina se ha sumergido, al enunciarlas como “función cautelar”, “medidas precautorias”, “proceso cautelar”, u otras nominaciones a las que no haremos referencia, creemos que la expresión “petición cautelar”, utilizada por el profesor Alvarado Velloso abarca de mejor manera los diversos aspectos que constituyen a esta institución<sup>170</sup>, y por ello, si bien utilizaremos la terminología

---

<sup>169</sup> LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Manual de proceso laboral. Editorial AbeledoPerrot, Santiago Chile, 2010 p. 70 y también en: ACADEMIA JUDICIAL (Chile). Manual de juicio del trabajo. Academia Judicial, Santiago, Chile, 2008

<sup>170</sup> Señala el profesor que: “[...]corresponde llamarlas *peticiones cautelares* toda vez que: a) la palabra *petición* (y no *medida*) alude a una de las cinco instancias ya conocidas, de carácter primario, con contenido pretensional y que no requiere bilateralidad previa. Creo que así se advierte de inmediato su naturaleza jurídica y se

comúnmente utilizada en la doctrina nacional y comparada, siempre tendremos en cuenta a la petición cautelar como eje paradigmático de análisis.

Al iniciar el análisis del precepto que regula las medidas cautelares en la legislación laboral, el primer elemento extravagante a que nos enfrentamos es la consagración expresa de una denominada “función cautelar” del juez laboral. Dicha función consiste primeramente, comprendiendo de manera tradicional el contenido de la cautela en cuestión, en el aseguramiento del resultado del juicio para la parte demandante. Pero al continuar leyendo el precepto verificamos que su alcance teleológico no se limita a ese punto, sino que además, en virtud de la misma función cautelar, puede decretar alguna medida para: la protección de un derecho, la identificación de los obligados, y la singularización de su patrimonio. El juez podrá decretar “todas las medidas necesarias” para cumplir con dicha función, señala la propia ley, sin determinar en principio el contenido de las medidas mismas.

Hasta aquí no se hace mención expresa de los elementos clásicos y fundamentales que dan origen y sentido a las medidas cautelares, o las denominadas precautorias: el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*<sup>171</sup>. De

---

comprende mejor el fenómeno que aquí se describe; y b) la voz *cautelar* da clara idea del contenido de este tipo de pretensión, pues proviene de *cauto* y tal adjetivo muestra al litigante que intenta asegurar el resultado final de un litigio para el supuesto de obtener sentencia favorable a la pretensión demandada. Consecuente con ello, el objeto de la petición será siempre obtener un procedimiento (que es lo que existe en todo lo cautelar)”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n.28) P. 772

<sup>171</sup> Marín intenta relacionar el inciso cuarto del art. 444 CT con los elementos en cuestión, con el afán de salvar la situación un tanto extraña. Pero dicho ejercicio ni

una u otra forma, pareciese que la función cautelar comprendida tal como lo hace el legislador, se extiende más allá de la tradicional comprensión asegurativa del resultado del juicio.

Basta con este primer inciso del artículo 444 para afirmar, como hace Juan Carlos Marín Gonzalez, que “se reconoce explícitamente la existencia de una función cautelar [y que] Debemos entender que el legislador ha querido referirse a una potestad cautelar genérica. En uso de esta facultad, el juez del trabajo puede adoptar cualquier medida que considere idónea para asegurar el resultado de la acción, la protección de un derecho, la identificación de los obligados y la individualización del patrimonio del obligado. De este modo el número, identificación y fines de la medida cautelar se ven ampliados considerablemente”<sup>172</sup>. Gabriela Lanata por su parte, en un sentido similar, afirma que “tratándose de medidas prejudiciales y de medidas precautorias el Código de Procedimiento Civil procedía a enumerar las medidas procedentes, camino diferente al seguido por la norma laboral, que impone al juez una función cautelar amplia”<sup>173</sup>. En el mismo sentido la Academia Judicial en su

---

siquiera lo realiza directamente, sino de manera mediada por la ley procesal de familia, puesto que según su criterio, en ésta inequívocamente se aludía a los clásicos *fumusboni iuris* y *periculum in mora*. En ese sentido, señala que “Pareciera que la idea de fundamento razonable puede ser reconducida a la idea de verosimilitud (por oposición a certeza) empleada en materia de familia. Y la idea de necesidad podemos entenderla que engloba la idea de peligro de no satisfacción del derecho en sede provisional” MARÍN, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 8, Santiago, Chile, Año 2006 p. 22

<sup>172</sup> *Ibíd.* p. 21

<sup>173</sup> LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Op. cit. P. 73

Manual de Juicio del Trabajo, al aceptar que se encarga una función cautelar al órgano jurisdiccional, y que “las medidas cautelares en juicio del trabajo son de una mayor amplitud respecto de aquellas aplicables en la antigua legislación, tanto desde los sujetos activos de las mismas, de la oportunidad para disponerlas, como del contenido de ellas”<sup>174</sup>.

Si el juez laboral tuviese efectivamente un poder genérico cautelar desprendido del precepto en cuestión, aquello significaría que puede decretar no sólo el número de medidas que estime idóneo para alcanzar uno de los cuatro fines cautelares establecidos en el precepto, sino que incluso la medida misma que decretará no tendría límite alguno, pudiendo tratarse de una cautelar nominada o innominada; conservativa o asegurativa; o inclusive de las denominadas innovativas, autosatisfactivas o anticipatorias.

Tal como hemos señalado hasta este punto, no es concebible una atribución potestativa así de amplísima, no sólo para el juzgador, sino para ningún órgano del Estado, pues aquello implicaría el reconocimiento de un ámbito abierto de libertad que no le es propio.

En nuestro sistema jurídico no tienen lugar las atribuciones potestativas a órganos públicos mediante la utilización de cláusulas abiertas o en blanco, pues conforme al principio de juridicidad, y el de legalidad contenida en éste, las potestades deben contar, a lo menos, con ciertos elementos o caracteres mínimos que permitan reconocerla como tal. Añádase a dicha necesidad de

---

<sup>174</sup> ACADEMIA JUDICIAL, Op. Cit. p. 64

actuar conforme a la ley por parte de los órganos públicos, el debido respeto al criterio de vinculación positiva, que en este caso particular se vería vacío de contenido, pues el texto normativo en cuestión pareciese definir solamente el elemento finalidad de la potestad (considerando cuatro alternativas de activación), sin enunciar en ningún caso los medios alternativos de los que dispondría el juez para su realización.

A diferencia de lo que sucedía en el caso de la buena fe procesal, el elemento finalidad de la potestad cautelar otorgada se encuentra consagrado de manera expresa, pudiendo reconocer cuatro alternativas válidas fácilmente distinguibles entre sí. Encontramos, por un lado a la clásica finalidad cautelar, consistente en asegurar el resultado de la acción; y por otro: la protección de un derecho, la identificación de obligados y la singularización de su patrimonio. Éstas constituyen las cuatro finalidades alternativas en virtud de las cuales se puede activar la función cautelar.

Aún en el análisis en el marco de la juridicidad, pasaremos a ver cuáles son las formas de ejercicio de esta potestad que, de entrada, le estarían vedadas al juez. Para realizar dicha tarea tendremos en cuenta que, en virtud del principio de juridicidad el juez debe respetar el debido proceso en la realización de las actuaciones procesales, y también las garantías procesales consagradas a nivel constitucional con que cuentan las partes.

### 3.1.1. El debido proceso, y algunas modernas “medidas cautelares”.

Tal como señalamos en su momento, las peticiones cautelares se caracterizan esencialmente por su fin asegurativo o conservativo, en tanto sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”<sup>175</sup>. En tal denominación, las peticiones (o medidas) cautelares son portadoras de su concepción tradicional y clásica. Sin embargo, en derecho comparado se ha originado el debate sobre la posibilidad de que exista algún tipo de tutela cautelar con un fin diverso al conservativo, fundado en la necesaria tutela judicial efectiva.

En el debate procesal comparado uno de los ejes de discusión centrales ha consistido en la postulación o rechazo a ciertas novedosas medidas que supuestamente cumplirían un fin cautelar, pero que sin embargo han terminado por transformarse en instituciones autónomas, con fines propios y presupuestos bastante discutibles. Fundamentalmente su creación jurisprudencial y doctrinaria vendría a satisfacer una urgente necesidad de tutela judicial efectiva, ante lo engorroso y extensivo que se ha vuelto en la práctica la tramitación de un juicio ordinario, y la consecuente inoportuna entrega de justicia para las

---

<sup>175</sup>CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de SentisMelendo, Buenos Aires, 1945 p. 56.

partes litigantes que esto viene a significar<sup>176</sup>. Con dicha orientación son conocidas hoy las denominadas medidas innovativas y las medidas (sentencias) autosatisfactivas. Compartirían éstas, una supuesta finalidad anticipativa (por oposición a la tradicional asegurativa o conservativa), precisamente fundadas en la supuesta urgencia por tutela judicial en que se encontraría el peticionante.

Las cautelares innovativas, traducidas hoy en la orden de innovar en la situación jurídica actual, o en la facultad para alterar el status quo, son expresión manifiesta de un anticipo judicial. Tal como se desprende de la expresión, es una medida decretada por el juez que tiene como finalidad alterar la realidad actual y los espacios de libertad existentes para las partes, previo a la realización completa del Proceso. En palabras del profesor Alvarado Velloso, en virtud de ésta “el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de

---

<sup>176</sup> “[...]frente a uno de los principales problemas que comporta la denominada crisis de la Justicia civil, cual es el de la excesiva duración de los procesos, se hace un llamado a pensar en tutelas diversas de la ordinaria, cuando el peligro que comporta para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos una decisión jurisdiccional “tardía” así lo aconseje, como son las que se denominan tutelas de urgencia, ya sean sumarias, autosatisfactivas, cautelares innovativas o simplemente cautelares, etcétera, que permiten otorgar la necesaria tutela jurisdiccional al ciudadano que la reclama del Estado, en unos plazos mucho más breves que la tutela ordinaria” BORDALI SALAMANCA, Andrés. Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil. Rev. derecho (Valdivia), dic., vol.12, no.2, 2001 p.52



ambos interesados”<sup>177</sup>. Dentro de este grupo encontraremos también a la denominada tutela cautelar anticipatoria, que ha sido concebida como accesoria a un proceso principal, en virtud de la cual se anticiparían provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva, en espera del posterior desarrollo del contradictorio.

Por otro lado, pero con el mismo espíritu, encontramos a las medidas autosatisfactivas, que “consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho”<sup>178</sup>. A diferencia de la anterior medida, ésta es una forma autónoma e inmediata de otorgar satisfacción a lo pedido, *inaudita et altera pars*, que sólo eventualmente dará origen a un Proceso posterior (he aquí la principal diferencia), en caso de que el afectado con la medida ejecutada impugne la resolución que se dictó en su contra, o, dependiendo de la construcción doctrinaria o legal respectiva, si el juez así lo decidiese, por ser él mismo quién de oficio desecha la petición solicitada. En este caso, tal como señala Bordalí, “La tutela cautelar, no ligada a un proceso “principal” con el carácter de necesidad, sino ya sólo ocasionalmente, y como tal, autosatisfactiva de la relación jurídica sustancial tutelada, expresaría que las providencias cautelares han ido asumiendo paulatinamente una cabal

---

<sup>177</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Cautela Procesal (crítica a las medidas precautorias). Editorial Iuris, Rosario, 2008 P. 91

<sup>178</sup> *Ibid.* P. 95

autonomía, en el sentido que valen por sí mismas, en tanto constituirían muchas veces la única forma, y no ya de modo subordinado a los resultados de un proceso de mérito ulterior”<sup>179</sup>.

En virtud de la denominada “potestad cautelar genérica” supuestamente implícita en función cautelar del juez, podría aventuradamente sostenerse que éste puede decretar una medida cautelar innominada que coincida con las formulaciones correspondientes a las medidas cautelares innovativas y autosatisfactivas<sup>180</sup>. He ahí el principal problema hermenéutico al abordar la atribución normativa contenida en el artículo 444 inciso primero, pues en ese ejercicio debemos respetar siempre al principio de juridicidad. Señala Alvarado Velloso, sobre los autores partidarios de la doctrina cautelar en cuestión, que “sin reparar en la naturaleza obviamente diferente que muestran una verdadera cautela y lo que en los últimos años ha dado en llamarse *solución jurisdiccional anticipada* so pretexto de una *tutela judicial efectiva*, han fincado toda anticipación de sentencia en ese preciso *poder cautelar genérico*”<sup>181</sup>. Si reconociésemos en la norma citada un poder cautelar genérico, podríamos dar cabida a la doctrina en cuestión, sin embargo, tal como pasaremos a revisar, las medidas innovativas y autosatisfactivas no tienen cabida en nuestro

---

<sup>179</sup> BORDALI SALAMANCA, Andrés. Diversos significados ... (n. 178) p. 58

<sup>180</sup> Así por ejemplo: MARÍN, Juan Carlos, Op. cit. p. 33 y GAMONAL, Sergio, El procedimiento de tutela de derechos laborales. LegalPublishing, 2ª edición, Santiago, 2008 pp. 26 y 27

<sup>181</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Cautela ... (n. 177) p. 89

ordenamiento jurídico, aún si aceptamos que la norma consagra un poder cautelar genérico, por vulnerar éstas las normas del debido proceso.

La medida cautelar innovativa afecta la esfera de libertad de aquella parte en contra de quién se decreta sin que se hayan oído previamente sus alegaciones, con lo que se afecta inmediatamente de manera grave su derecho a defensa en juicio. Deberá soportar los mismos efectos que tendría una sentencia, antes de haber sido oído. Con ello la supuesta naturaleza “cautelar” de la medida queda descubierta como anticipación de la sentencia por parte del juez. La desnaturalización de la cautela se hace evidente; en este caso en nombre de cautela se realiza un prejuzgamiento en contra de una de las partes habiendo oído sólo a su contendora, quedando abandonado el primero a las más burda desprotección. Podrá eventualmente presentar sus alegaciones posteriormente, sin embargo el prejuzgamiento ya fue hecho por parte del juez, y entonces no se enfrentará en juicio sólo a su contraparte, sino también al preconvencimiento del juez que ya ha expresado su opinión públicamente.

La medida autosatisfactiva es mucho más grosera en su vulneración al derecho a defensa, pues ni siquiera supone como necesario un Proceso contemporáneo principal que defina su accesoriedad, ni menos uno posterior que pueda arrojar como resultado la retractación de la medida, y la correspondiente indemnización de perjuicios. Resuelve instantáneamente el litigio, no necesitando la realización de un proceso principal para llegar a lograr la

exigibilidad correspondiente de lo dispuesto en la resolución; en otras palabras, condena sin haber oído a la contraparte, sino bastando la alegación unilateral del peticionante. De hecho, es tal la lejanía de ésta supuesta medida, aunque sentencia al fin y al cabo, con las tradicionales peticiones cautelares, que abandona la característica accesoriedad a un proceso principal, y la provisionalidad de la misma, como elementos definitorios clásicos<sup>182</sup>.

Por otro lado, si bien toda petición cautelar da origen a un mero procedimiento y no a un Proceso<sup>183</sup>, entre otras cosas porque es una dictación que requiere la participación sólo de dos agentes, y no de tres, como requiere el segundo, el contenido de la resolución coincide con aquello que debiese ser resultado de la discusión dialéctica entre dos partes frente a un juez tercero imparcial. En otras palabras, con éstas “modernas” medidas cautelares se pretende anticipar el contenido del resultado de un Proceso, sin la realización de éste; la anticipación es siempre anticipación de una de las pretensiones, por tanto, aquello que se está otorgando con ésta medida es simplemente el natural resultado final del litigio, que debiese estar contenido en la sentencia que da término a un Proceso previo legalmente tramitado. Pareciese que por buscar una tutela judicial efectiva, se abandona el completo abanico de garantías

---

<sup>182</sup> Lo mismo cabe decir sobre la confusión que se produce con los conceptos de *fumusboni iuris* y *periculum in mora*

<sup>183</sup> Estamos en presencia de una relación jurídica entre dos agentes, guiada por el principio jerárquico en virtud del ejercicio unilateral de una potestad, y no frente a una relación triangular perfecta que configuraría la forma del proceso.

procesales, obtenidas en la modernidad tras larga lucha por el respeto de los derechos individuales.

El juez laboral no puede pretender decretar una de estas modernas medidas en virtud de la potestad que le otorga el art. 444 CT, ya que en ninguna de las dos se respeta el debido proceso ni el derecho a defensa. De hecho, al hacerlo, en el caso de las medidas autosatisfactivas, dejaría de ejercer su función jurisdiccional, pues podría resolver el conflicto intersubjetivo entre partes sin la realización del Proceso correspondiente.

En todo caso, es evidente que existen situaciones especiales que requieren de una solución urgente. Aquello no está en discusión. Sin embargo, no podemos escondernos tras dicha urgencia para incrementar irracionalmente los poderes jurisdiccionales, a la vez que violentamos un sinnúmero de garantías constitucionales, y dejamos de lado al Proceso mismo, como un medio pacífico de solución de conflictos intersubjetivos, por excelencia. El legislador ya ha establecido (por ejemplo, en el caso de los alimentos provisorios) ciertos casos en que dicha urgencia amerita una tutela anticipada, y podría seguir haciéndolo de estimarlo conveniente, más no es función del juez, ni cuenta con la legitimidad democrática, para tomar decisiones, caso a caso, sobre la supuesta necesidad o urgencia de la respectiva pretensión. Incrementar los poderes judiciales en este sentido, terminará atrayendo más dificultades que bondades para el Poder Judicial en su conjunto. Podría el legislador inclusive tomar vías

alternativas mediante la creación de juicios sumarísimos, para la oportuna satisfacción de los derechos, sin obviar en ningún caso la realización previa de audiencias para oír a ambas partes, respetar la bilateralidad del juicio, el principio del contradictorio, y en general, el debido proceso garantista.

Es incluso sobreabundante analizar el prejuzgamiento que significa por parte del juez pronunciarse sobre el fondo del asunto, simplemente con haber analizado livianamente la verosimilitud de la pretensión alegada unilateralmente, lo que atenta contra el principio de igualdad de las partes y afecta directamente la imparcialidad del juez que será el mismo que a la postre terminará fallando sobre el conflicto.

### 3.1.2. Las “medidas cautelares especiales”.

El artículo 444 CT amplía el abanico de fines posibles a perseguir tras la dictación de una medida cautelar. Excluyendo las ya mencionadas medidas innovativas y las autosatisfactivas, por no tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico como cautelares innominadas, podemos afirmar que se mantiene la tradicional finalidad cautelar conservativa o asegurativa, en tanto se autoriza expresamente al juez a decretar la medida que estime necesaria para asegurar el resultado de la acción, pero además nuestro Código sorprende con tres

nuevas finalidades de la función cautelar: la protección de un derecho, la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio.

Es evidente que ninguna de estas tres finalidades guarda mayor similitud con la tradicional petición cautelar con finalidad eminentemente conservativa y asegurativa del resultado del juicio, y más aventurado es aún relacionarlas con los tradicionales fundamentos o requisitos de *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.

Al respecto, el Manual de Juicio del Trabajo de la Academia Judicial señala que “se puede hacer la distinción entre las medidas cautelares especiales, propias del objeto específico de la controversia laboral, y aquellas cautelares generales comunes a otros procedimientos”<sup>184</sup>. Con esto último parece referirse a aquellas tradicionales asegurativas del resultado de la acción que son reguladas en el Código de Procedimiento Civil, y que son aplicadas supletoriamente no sólo en el caso del Proceso laboral, sino también en otras ramas del Derecho.

Sobre la medida cautelar que consiste en la protección de un derecho, el texto legal no realiza mayor profundización, y parece dejar abierta la puerta nuevamente al imaginario judicial. Sin embargo, como ya señalamos previamente, no existe una libertad o arbitrio absoluto para los jueces en este nivel potestativo. Más que una medida o petición cautelar, pareciera ser una

---

<sup>184</sup> ACADEMIA JUDICIAL. Op. cit. p. 65

medida de protección de carácter autónomo. Sin embargo, aun arriesgando confusiones, hay que aclarar que dicha medida jamás puede significar anticipo de la solución de fondo de la litis, sin que medie un Proceso previo. Pero pareciera que la intención de la norma es que el juez tenga facultades cautelares respecto de derechos que no necesariamente son materia de la litis, pues respecto de éstos ya estableció la clásica finalidad cautelar conservativa o aseguradora del resultado de la acción. Si no se trata de uno de los derechos en que se funda alguna de las pretensiones, debe entenderse entonces que primordialmente la función cautelar en este sentido se orienta a la realización y resguardo de la juridicidad del debate mismo en el Proceso. En ese sentido, se encarga al juez la protección de los derechos que no son el eje de discusión, pero que pueden verse afectados en el desarrollo de ésta. Reiteramos que el ejercicio de la facultad cautelar no puede significar la protección de un derecho totalmente ajeno al objeto del Proceso mismo, o las garantías que rodean su correcta realización, pues en tal caso, la medida cautelar se transformaría en una medida innovativa o incluso anticipativa de un litigio que ameritaría un desarrollo procesal paralelo, y el juez podría pronunciarse sobre materias que no han sido llevadas a estrado por las partes, vulnerando con ello el principio dispositivo. El afán justiciero que se puede esconder tras la función cautelar del juez no puede extender su alcance más allá de la materia del juicio definida por las partes.



En síntesis, la función cautelar que faculta al juez decretar medidas para la protección de un derecho, no puede traducirse en una medida innovativa innominada, en una medida cautelar autosatisfactiva, ni en general, en una sentencia anticipada que termine por vulnerar los derechos de otro titular, sin haber realizado un Proceso previo. La forma correcta de realizar esta función ha de mirar siempre al respeto al debido proceso, y las garantías individuales de las partes, sean procesales, patrimoniales, o en general, aquellas que resguardan el principio de libertad.

La tercera y cuarta finalidades supuestamente cautelares, consistentes en la identificación del obligado y la singularización de su patrimonio, evidencian una vez más el rol activo del juez en Proceso laboral. Parece que la función cautelar del juez, desde una comprensión tradicional asegurativa, se ha desnaturalizado al punto que en virtud de ella pareciera que el juez debe ahora velar por la satisfacción positiva del interés de una de las partes, y ya no de manera imparcial sobre el objeto del litigio mismo. En una afirmación bastante equívoca en la terminología y un tanto confusa, la Academia Judicial señala en su manual que la función cautelar en este caso consideraría lo “que importa una hipótesis de abuso procesal o de instrumentalización de la persona jurídica con la finalidad de confundir, ocultar, disminuir o de sustraer al que naturalmente ha de resultar obligado como consecuencia de tener la calidad de deudor de

obligaciones laborales o previsionales”<sup>185</sup>. Pareciera que en este caso se intenta armonizar forzosamente lo enunciativamente cautelar con la visión eminentemente activista que tuvo nuestro legislador al crear el nuevo Proceso laboral, sin embargo, en tal intento, se genera una tensión irresoluble. De función cautelar, pareciese que pasa a transformarse decididamente en función probatoria, que por su naturaleza, no le corresponde en absoluto al juez, en su posición tercero imparcial.

Defendiendo el rol activo del juez a través de esta cautelar, considerándola como una facultad pseudoprobatoria, Gabriela Lanata señala que “muchas veces las pruebas en tal sentido pueden ser dificultosas para el trabajador. Dentro del nuevo procedimiento se otorgan facultades al juez para que asuma la iniciativa. Así, se le autoriza, aún sin necesidad de petición de parte recurrir a oficios, por ejemplo, al Servicio de Registro Civil, Servicio de Registro Electoral, Servicio de impuestos Internos, con el fin de determinar tales elementos”<sup>186</sup>. Por su parte, en palabras utilizadas en el manual de la Academia Judicial, “el legislador ha establecido que el juez debe disponer una verdadera investigación que lo lleva a asegurar los resultados de la acción”<sup>187</sup>.

La actuación oficiosa del juez en el sentido descrito se encamina al descubrimiento de una situación o hecho de relevancia jurídica que debiese ser

---

<sup>185</sup> *Ibíd.* p. 65

<sup>186</sup> LANATA FUENZALIDA, Gabriela. *Op. cit.* pp. 72-73

<sup>187</sup> ACADEMIA JUDICIAL. *Op. cit.* p. 65

alegado por las partes y probado por ellas mismas, como es la simulación de contrato, o inclusive el eventual fraude a la ley laboral, por tratarse de cuestiones sustantivas que ameritan ser discutidas contradictoriamente en el marco de un debido Proceso. A tal punto llega la aventurada travesía potestativa, que se afirma, de lo expuesto, que “la ley procesal asume la doctrina del levantamiento del velo, en cuanto se le reconoce al juez las facultades necesarias para establecer el ámbito de responsabilidades con prescindencia de los aspectos formales [...]”<sup>188</sup>, olvidando completamente que como contradictor se encuentra también un titular de derechos; existe una persona, natural o jurídica, respecto de la cual una actuación como la descrita puede terminar significando una vulneración iusfundamental, no tan sólo en el ámbito procesal, sino incluso la libertad de asociación.

En el fondo, el sentido que se ha querido otorgar a estas dos finalidades cautelares, es evidentemente inquisitivo, y esconde tras de sí mucho más que la tradicional función cautelar, pues llega a inmiscuirse en asuntos que son materia de prueba, y respecto de las cuales deben ser las partes quienes se encarguen de confirmar las pretensiones respectivas. En último término, esta potestad inquisitiva vulnera los principios del debido proceso, y pareciera fijar el establecimiento de un sistema inquisitivo, antes que uno garantista que sería coherente con nuestra Constitución.

---

<sup>188</sup> *Ibíd.* p. 66

En general, todas las medidas cautelares hasta aquí descritas pueden iniciarse a petición de parte o directamente de oficio<sup>189</sup>, respondiendo fielmente al espíritu inquisitivo que rige la totalidad del Proceso laboral. He ahí el mayor problema, pues en el fondo, al interpretarse de esta manera la norma en cuestión, el juez contará con facultades investigativas y cautelares oficiosas, que pueden ser puestas en ejercicio incluso previo a la notificación de la demanda. Luego, en el desarrollo mismo del juicio, puede continuar su labor inquisitiva, por ejemplo, requiriendo oficiosamente información de organismos públicos, u otra persona jurídica o natural (inciso quinto art 444 CT).

Sin embargo, debemos recordar que no es deseable que la persona encargada de investigar seala misma que termine por juzgarnos; dicha diferenciación en las funciones es una de las garantías procesales fundamentales que la modernidad ha ganado en nombre de la libertad. Ésta garantía es ampliamente aceptada en el Proceso Penal, y no existe razón para comenzar a retroceder en el resto de las ramas procesales.

#### 4. Las medidas reparatorias en el procedimiento de Tutela Laboral (art. 495 CT).

##### 4.1. Las normas potestativas del artículo 495.

---

<sup>189</sup> Ibíd. p. 66; y además, LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Op. cit. p. 73

El procedimiento de tutela, se encuentra altamente impregnado del espíritu protectorio que tradicionalmente ha configurado la regulación sustantiva del Derecho del Trabajo, y en ese sentido, al igual que el resto de los procedimientos, tanto por reenviar su tramitación al procedimiento de aplicación general, como en parte de su reglamentación especial, otorga al juez amplias facultades decisorias a fin de restablecer el derecho vulnerado, y reparar en su integridad al trabajador titular del derecho fundamental que ha sido conculcado.

En concreto, analizaremos un precepto particular que hace referencia al contenido de la parte resolutive de la sentencia. El texto normativo en cuestión se encuentra en el artículo 495 n°3 y en el inciso 2° del mismo precepto en el Código del Trabajo, y reza como sigue:

“Artículo 495: La sentencia deberá contener en su parte resolutive:

[...] 3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan [...]

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se

abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.”

Como puede desprenderse del precepto, en un primer acercamiento, es claro que en este caso “el restablecimiento del derecho conculcado incluye no sólo medidas urgentes (cese de la conducta antijurídica) sino la reparación (efecto declarativo) estableciendo una indemnización especial de 6 a 11 meses de reparación”<sup>190</sup>.

El análisis que realizaremos a continuación abarca, en primer lugar, los elementos que constituyen la potestad jurisdiccional en cuestión, para analizar si es posible considerar que dicha configuración es respetuosa del principio de juridicidad. En segundo término, analizaremos en especial la regla de la congruencia procesal como un presupuesto de juridicidad de la resolución judicial, atravesando el análisis por el respeto al debido proceso.

#### 4.2. La configuración potestativa contenida en el artículo 495 CT y el principio de juridicidad.

Tal como señalamos previamente, el fin protector en la configuración de los procedimientos laborales se hace presente también en esta regla particular del

---

<sup>190</sup> DEVILLAIN, Franco- PALAVECINO CÁCERES, Claudio."Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral", en La Semana Jurídica, N° 382, Noviembre, 2008 p. 6

procedimiento de tutela, cerrando de esta manera la estructuración de un “protectorio tuitivo especial”<sup>191</sup>, que vendría a superar por especialidad al cautelar general, que no supo proteger eficazmente los derechos fundamentales del trabajador vulnerados en la relación de trabajo.

El legislador aparentemente pretende otorgarle protagonismo al juez ya no sólo en la tramitación misma del procedimiento (como ocurría por ejemplo, con el denominado principio de buena fe procesal), sino además, en el contenido mismo de la sentencia y la decisión jurisdiccional que pondría fin al Proceso.

El problema en este punto, es que la participación activa del juez, ahora en la sentencia, no se encuentra reglada, sino que nuevamente el legislador utiliza términos amplios para comprender todas las alternativas protectorias que tome el juez, de manera oficiosa. Así, se señala que el juez ha de indicar las medidas concretas que terminarán por obligar al infractor a fin de que se logre la reparación íntegra de las consecuencias derivadas de vulneraciones de derechos fundamentales que ha sufrido el trabajador, sin indicar expresamente si las medidas que ha de decretar el juez deben ser solicitadas o no previamente por alguna de las partes, o si de su solo ingenio, puede idear la medida que a él le parezca más idónea o propicia para lograr la reparación.

En el fondo, en una primera lectura pareciera que el legislador ha encomendado directamente al juez una función reparatoria innominada, sin que

---

<sup>191</sup> *Ibíd.*

adquiera relevancia en el desarrollo de tal tarea qué ha sido lo que efectivamente ha solicitado el denunciante en su demanda; cuál ha sido su pretensión. Estaría en manos del juez la determinación concreta de las medidas reparatorias de entre un abanico abierto de posibilidades. En ese sentido se expone en el manual de juicio del trabajo de la Academia Judicial, cuando señala que “[s]e dota al juez de un catálogo indeterminado e ilimitado de medidas que deberán hacerse cumplir en muchos casos por otros jueces”<sup>192</sup>.

La amplitud de las medidas también es compartida por el profesor Ugarte. Éste realiza una diferenciación interesante que permite dilucidar de mejor manera cuál es el supuesto alcance de la potestad conferida. Señala al respecto que “la reparación debe ser íntegra, tanto en lo referido al tipo de daño provocado como la intensidad del mismo. En ese sentido, la reparación de la conducta lesiva del empleador debe contemplar medidas de doble orden: de carácter material o económico y de carácter inmaterial o jurídico propiamente tal”<sup>193</sup>. En el caso de las medidas patrimoniales, éstas consisten básicamente en una reparación económica por el daño o perjuicio de tal carácter que ha sufrido el trabajador como consecuencia de la vulneración iusfundamental en cuestión, y que será evaluada obviamente por el juez laboral en razón de los antecedentes presentados en juicio. Por otro lado, y con mayor complejidad, se presentan las medidas reparatorias de carácter inmaterial, que no encuentran un

---

<sup>192</sup> ACADEMIA JUDICIAL. Op. cit. p. 144

<sup>193</sup> UGARTE CATALDO, José Luis. Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Legalpublishing, 2009 p. 89



sustento objetivo que permita al juez tener como base algún fundamento racional previo a la dictación de la sentencia. Se señala al respecto que en este caso el tipo e intensidad de medidas dependerá “del tipo de conducta y del tipo de derecho lesionado, lo que deberá ser determinado al interior del Proceso respectivo. En esta materia, como es obvio, el juez tiene amplias atribuciones para determinar cómo se repara y restablece el goce del derecho respectivo”<sup>194</sup>.

Luego, más allá de las medidas concretas, el sujeto pasivo que ha de soportar las medidas reparatorias decretadas por el juez será, en principio, el infractor. Sin embargo, si al juez se le encarga más adelante velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada, puede que en virtud de este deber judicial crea que la sentencia puede contener medidas que afecten incluso a terceros ajenos a la relación laboral, diferentes al titular del derecho vulnerado y al infractor, obviamente. En tal caso, deberá estar atento de que su función cautelar no se confunda con el alcance declarativo de la sentencia de tutela, y no imponga medidas a terceros que ni siquiera han tenido posibilidad oponer defensa en juicio.

Tal como hemos sostenido en los casos anteriores, una apertura potestativa de tal magnitud no es concebible en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del principio de juridicidad y el criterio de vinculación positiva a que están sujetos

---

<sup>194</sup> *Ibíd.*

los agentes públicos, en tanto actores representantes del Estado. En el presente caso nuevamente nos enfrentamos a una potestad atípica, en tanto no es posible encontrar una definición legal de los medios de actuación del órgano jurisdiccional, abriendo las posibilidades de actuación de manera tal que termina siendo el juez quién otorga el contenido sustantivo a la potestad que se le ha conferido; en el fondo, se trataría de una potestad vacía. Tal como se le ha interpretado, por ejemplo, por el profesor Ugarte, el ejercicio dinámico de la potestad ni siquiera representa el ejercicio de una potestad discrecional, pues tampoco no se menciona en el precepto a manera ejemplar, en qué consistirían efectivamente las medidas que se encomienda decretar al juez con fines reparatorios.

Una vez más reconocemos al agente a quién se le estaría atribuyendo la potestad, sin embargo los medios de actuación no se encuentran definidos, por lo que habrá que buscar esa necesaria tipicidad en un ejercicio interpretativo sistemático y coherente.

A continuación, en un intento por definir de mejor manera los alcances de la norma potestativa en cuestión analizaremos los límites internos que impone la regla de congruencia al ejercicio de la potestad tuitiva en cuestión, en tanto elemento definitorio de la juridicidad de la sentencia, que no es otra cosa, que su dictación con respeto estricto al debido proceso.

#### 4.3. La regla de congruencia procesal y la juridicidad de la sentencia de tutela.

La apertura potestativa que hemos verificado, de ser aplicada oficiosamente, afecta no sólo al principio de juridicidad en tanto representa una atribución abierta de la potestad jurisdiccional, sino que además, ahora en el contexto interno del Proceso, y el desarrollo de la propia función jurisdiccional del Estado, se estaría vulnerando específicamente la regla de la congruencia, y con ello, una serie de garantías procesales que resguardan el debido proceso.

La regla de la congruencia procesal “indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes”<sup>195</sup>. La regla se deriva consecuentemente, y de manera lógica, del principio de imparcialidad que debe regir por definición todo el Proceso. En palabras de Hugo Botto, y cuya opinión compartimos, “la sentencia congruente [...] sólo responde a la exigencia de validez de la misma y a ningún otro aspecto relacionado con la justicia o verdad representada en la decisión jurisdiccional, debiendo concurrir respecto de la correlación entre las pretensiones y la sentencia, identidad de las partes

---

<sup>195</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n.28) p. 205

del proceso, respecto del objeto pedido y también con relación a la causa de pedir<sup>196</sup>.

Ahora bien, tal como se desprende de las definiciones que otorgan los profesores citados, no existe una sola forma en la cual el juez puede incurrir en incongruencia, y por lo mismo tradicionalmente se ha optado por clasificar sus diversas formas de presentación. Jorge Appes señala que “[...] la incongruencia se da en relación a los 3 elementos esenciales del proceso: 1. En cuanto a las partes; 2. En cuanto a la cosa reclamada; y 3. En cuanto a los hechos de la litis<sup>197</sup>, lo que permitiría afirmar que existen “tres tipos de incongruencias: subjetiva, objetiva y causal<sup>198</sup>. Sin embargo, la clasificación tradicional indica las siguientes hipótesis: “el juez puede omitir pronunciarse sobre algo que fue introducido en el debate (incongruencia citrapetita), puede manifestarse en forma distinta a lo que solicitó la parte (incongruencia extra petita) [otorga cosa distinta a lo peticionado, condena a persona no demandada o a favor de

---

<sup>196</sup> BOTTO OAKLEY, Hugo. Límites o alcances del debido proceso conforme a la constitución, desde la óptica de la iniciativa probatoria. En: Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo código procesal civil. Coordinador; Paulo de la Fuente Paredes. Librotecnia, Chillán, Chile, 2010, p. 139

<sup>197</sup> APPES, Jorge. Principio de congruencia. En: AGUILA GRADOS, Guido- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. "La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso", EGACAL, 2008, P. 236 [en línea] Disponible en: < [http://egacal.educativa.com/upload/AAV\\_JorgeAppes.pdf](http://egacal.educativa.com/upload/AAV_JorgeAppes.pdf) > [Consultado el 05 de Agosto de 2012]

<sup>198</sup> BORDENAVE, Leonardo. La regla de congruencia y su flexibilización. En: AGUILA GRADOS, Guido- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. "La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso", EGACAL, 2008, p. 306 [en línea] Disponible en: < [http://egacal.educativa.com/upload/AAV\\_LeonardoBordenave.pdf](http://egacal.educativa.com/upload/AAV_LeonardoBordenave.pdf) > [Consultado el 05 de Agosto de 2012]

persona que no demandó], resolver más de lo que solicitó el actor (incongruencia ultra petita) o finalmente puede suceder que exista una contradicción entre sus fundamentos y su fallo (incongruencia interna)”<sup>199</sup>.

En el caso en comento, la incongruencia procesal relevante puede encuadrarse en la ultra petita o extra petita, dependiendo de la orientación particular que adopte el juez en el ejercicio de la potestad atribuida. Será ultra petita, por ejemplo, cuando el demandante peticione un monto fijo de indemnización que considere reparatoria del daño patrimonial que le ha causado la vulneración iusfundamental en concreto, y a pesar de aquello, el juez decida por su propia cuenta aumentar el monto condenatorio, por ejemplo, para cubrir reparaciones por daño moral que no ha solicitado el denunciante, y de esa manera sienta que está cumpliendo su función tuitiva o protectora del trabajador. En un caso de extra petita, por su parte, el juez podría decretar una medida reparatoria no solicitada por el actor, o directamente, por ejemplo, incluir en la sentencia la consideración de terceras personas que serán afectadas con la dictación de la misma, y que por supuesto, no hayan sido parte en el Proceso respectivo.

---

<sup>199</sup> GARCIA MALGAREJO, Flavia. Idea de Verdad y regla de la congruencia. En: AGUILA GRADOS, Guido- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. "La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso", EGACAL, 2008, p. 199[en línea] Disponible en: < [http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV\\_FlaviaGarcia.pdf](http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_FlaviaGarcia.pdf)> [Consultado el 05 de Agosto de 2012]

Las diversas opiniones sobre el fundamento de la regla de congruencia nos muestran los muchos vectores infraccionales en que se vuelve irrelevante la sentencia que calificamos de incongruente, todos aspectos que a la vez son manifestación del necesario requisito de juridicidad de la sentencia dictada en el Proceso laboral, y en especial el procedimiento de tutela.

En primer lugar, la incongruencia procesal aparece como vulneración del principio dispositivo, o en general, y de manera más amplia y comprehensiva, como una alteración esencial del sistema dispositivo de enjuiciamiento. Del supuesto de que, en virtud del principio dispositivo “las partes pueden libremente disponer del inicio y objeto del proceso”<sup>200</sup>, y que en el desglose del principio dispositivo es posible encontrar al “principio de exhaustividad o congruencia”<sup>201</sup>, aparece evidente que si el juez incurre en incongruencia procesal vulnera directamente el principio dispositivo. Tal como señala Jorge Appes, “[e]videntemente existe una conexión entre la congruencia y el principio dispositivo, es decir, el señorío pleno de las partes sobre el proceso, dominio que se perdería si se permitiera al órgano jurisdiccional que sopesara hechos no alegados por los litigantes o concediere cosas no reclamadas”<sup>202</sup>.

Al vulnerar la regla de la congruencia, el juez además vulnera el derecho a defensa de las partes, consagrado constitucionalmente. Tal como señala Carocca, a propósito de la incongruencia extra petita, al citar a Borrajo Díez-

---

<sup>200</sup> PALAVECINO CÁCERES, Claudio. Sistemas procesales... (n.2) p. 20

<sup>201</sup> *Ibidem*.

<sup>202</sup> APPES, Jorge. Op.cit. p. 236

Picazo y Fernández, “esta incongruencia produce indefensión, porque implica un ‘pronunciamiento que versa sobre materias no debatidas, respecto de las cuales, por tanto, no ha podido existir la debida contradicción’”<sup>203</sup>. En palabras de Alvarado Velloso, “para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la *incongruencia* [...]”<sup>204</sup>. Jorge Appes identifica de manera expresa los fundamentos de la regla de congruencia no tan solo con el principio dispositivo, como lo señalamos previamente, sino también con el derecho a defensa, al afirmar su convicción de que “el mejor fundamento a la congruencia es el principio dispositivo y el de la garantía constitucional de la defensa en juicio de las personas y de los derechos”<sup>205</sup>.

Por su parte, Leonardo Bordenavé amplía de tal manera los fundamentos del principio de congruencia, que es posible dilucidar de manera más general y completa los vértices infraccionales que roza el juez cuando incurre en la incongruencia procesal. En ese sentido señala que “entendemos que el fundamento de la regla de congruencia radica, en primer lugar, en la garantía constitucional de defensa en juicio [...] en segundo lugar, radica en el derecho constitucional de igualdad ante la ley, pues mediante dicha regla se brinda a ambos litigantes respuesta jurisdiccional sobre todos y cada uno de los puntos

---

<sup>203</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía constitucional de la defensa procesal, Ediciones jurídicas Olejnik y J.M.Bosch editor, Santiago, Chile, 1998 p. 344

<sup>204</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n.28) p. 205

<sup>205</sup> APPES, Jorge. Op. cit. p. 236

sometidos a conocimiento jurisdiccional. Y finalmente, a través de dicha regla se limita la actividad y poder del juzgador, sometiéndolo al límite de resolver pura y exclusivamente sobre los sujetos, la causa y el hecho traído al debate”<sup>206</sup>.

Desde lo expresado por Bordenavé es posible desprender otro aspecto de suma relevancia desde el principio de juridicidad. La regla de congruencia es una regla no sólo de control de las potestades del juez, sino sirve como fuente y marco potestativo, que en este caso preciso, se encuentra definido por las partes, sobre el fondo del asunto.

En general, todas las vulneraciones verificadas se desprenden, de una u otra manera, de la vulneración general del sistema dispositivo de enjuiciamiento; la imparcialidad, la igualdad ante la ley, el contradictorio, el respeto del derecho a defensa de las partes, consagrado constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico, son derivaciones lógicas todas del sistema dispositivo garantista que debe primar en el contexto de un Estado democrático de Derecho.

Por otro lado, el respeto a la regla de congruencia es el respeto por la juridicidad en la atribución potestativa que consagra, en primer lugar, la ley, y luego, las partes en la determinación de lo pretendido, lo resistido, y lo probado regularmente a posteriori. De esa manera, el juez no vulnerará el principio de

---

<sup>206</sup> BERDONAVE, Leonardo. Op. cit. p. 305



certeza jurídica que resguarda el ejercicio óptimo de la libertad individual y las alternativas de defensa de ambas partes, en último término.

El juez encuentra, de manera simultánea, autorización y limitación de sus potestades jurisdiccionales en lo señalado por las partes, tanto en los sujetos a los que puede afectar la resolución, como en el objeto del Proceso, y en la determinación de los hechos, inclusive. El debate dialéctico inicial en la etapa de discusión será, en virtud de la regla de congruencia, el que determine el ámbito jurídico de acción potestativa del juez; serán las partes, en esta dimensión, las que determinarán en último término la juridicidad de la actuación del juez.

En virtud de lo señalado sostenemos que una comprensión amplia de las medidas reparatorias que puede decretar el juez en la sentencia de tutela es vulneratoria del principio de juridicidad. Por eso nos parece a lo menos atrevido, realizar afirmaciones tales como que “la norma habla de medidas concretas de reparación, sin añadir restricciones, de forma tal que lo que un juez interprete quede dentro y fuera de ese radio, será sintomático de nuestra proporcional valoración de los derechos fundamentales de los trabajadores”<sup>207</sup>. En ese sentido, los supuestos fines “sociales” que pudiesen alcanzar las medidas reparatorias exceden las potestades legítimas del juez laboral. Creemos además que no es posible extender de manera análoga, y sin mayor cuidado, al

---

<sup>207</sup> MARZI, Daniela. ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la reforma laboral. Anuario de Derechos Humanos, No. 6, 2010, p. 137

particular caso del juez laboral, la naturaleza de las medidas dictadas por un órgano internacional en contra de los Estados sujetos a los deberes de respeto, promoción y prevención de infracción de los derechos fundamentales, a favor de los particulares y el legítimo ejercicio de sus libertades. Por lo mismo, la utilización por parte del legislador de conceptos propios del ámbito internacional, como son las medidas reparatorias, nubla aún más la comprensión de la naturaleza y las finalidades del procedimiento de tutela. Tal como señala Marzi, comprendiendo la medida reparatoria tal como se ha hecho en el ámbito internacional, ésta “tiende no solo a la satisfacción de la víctima sino al restablecimiento del orden jurídico [... d]e ahí que no se pueda circunscribir un contenido específico, sino que el juez debe crear medidas que se ciñan a los fines de reparación y prevención”<sup>208</sup>, cuestión que no tendría cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico, toda vez que el conflicto que se encarga de resolver el juez laboral en este caso es de carácter privado, y atañe sólo a las partes que la relación laboral o la ley define, más no es posible dejar al arbitrio del juez la determinación del alcance subjetivo de las medidas reparatorias. No es posible, por tanto, realizar una directa analogía entre las medidas reparatorias dictadas por un órgano internacional en contra de un Estado, a favor de particulares, por un lado, con las medidas que puede decretar un funcionario del Estado (el juez laboral) en contra de un privado, para la reparación íntegra de los derechos de uno de sus pares.

---

<sup>208</sup>Ibídem. pp. 137-138

#### 4.4. Alcances de las medidas reparatorias decretadas en la sentencia de Tutela.

La interpretación correcta de la norma en cuestión será aquella que respete el principio dispositivo, y que por tanto, sujeta las medidas reparatorias a las peticiones realizadas por las partes en el periodo de discusión, limitando considerablemente la actuación oficiosa del juez, y la vulneración de los principios y reglas que hemos citado, y en especial, por ser el principio rector de las actuaciones del Estado en general, el principio de juridicidad.

De este modo, no cabe al juez actuar de manera oficiosa en la etapa resolutive del juicio, pues de esa manera atenta además contra la certeza jurídica mínima con que deben contar las partes al enfrentarse en juicio.

Notemos además que el eventual problema de juridicidad no se presenta sólo respecto de las partes, sino que inclusive puede llegar a afectar a terceros que no han sido parte en juicio. Al concebir de manera amplia las potestades reparatorias del juez éste pasa a transformarse, de aquél que ejerce la función jurisdiccional del Estado, a un agente activo en la generación de políticas públicas. Podría afectar de manera unilateral las esferas de libertad de los particulares, sin previo juicio en que se respete el derecho a defensa del tercero. De esa manera se desnaturaliza por completo la función encomendada por la ley al agente estatal encargado de la función jurisdiccional.

No es necesario siquiera clamar por una interpretación restrictiva de la norma, pues basta con señalar que el correcto sentido de ésta viene determinado en gran parte por los principios jurídicos que constituyen el proceso, y el supremo principio de juridicidad. Además, el juez laboral, en la resolución de conflictos intersubjetivos tramitadas conforme al procedimiento de Tutela, se encuentra vinculado al principio (la regla) de congruencia procesal, de manera tal que no le cabe en ningún caso, ni por razones de justicia meramente subjetiva, ni por un mandato del gobierno central de turno, ni por ninguna otra extraña razón, sobrepasar los límites potestativos que han sido configurados por las partes en el periodo de discusión, en miras a la resolución del conflicto que ellas han presentado según sus propios intereses, sin que pueda él extenderse a aspectos no abordados por los mismos.

En la práctica esto significa que en caso de ampliar las medidas reparatorias de la vulneración iusfundamental a aquellas no contempladas en la ley, sólo tendrían cabida las solicitadas por las partes, que miren a un verdadero interés reparatorio patrimonial o extrapatrimonial de la misma, y siempre que al ser decretadas no infrinjan en ninguna dimensión el principio de juridicidad, y en general, las esferas de libertad de los otros particulares, si éstos no han podido defenderse oportunamente, conforme a la ley y el derecho vigente.

## **CAPITULO QUINTO: SOBRE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y SUS FORMAS DE SANCIÓN.**

Ya hemos presentado una considerable cantidad de argumentos que nos permiten afirmar de manera coherente que el órgano encargado de ejercer la función jurisdiccional del Estado se encuentra sujeto en forma plena al principio de juridicidad. Ahora bien, en su oportunidad señalamos que el mecanismo sancionatorio idóneo para los casos de vulneración del principio de juridicidad en sede administrativa que ha establecido la doctrina, y que ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia más calificada, es el ejercicio de la denominada “acción de nulidad de derecho público”. Por lo mismo, se vuelve pertinente y necesario analizar la viabilidad impugnatoria del acto público jurisdiccional a través de la presentación de la acción de nulidad de derecho público, o en su caso, evaluar cuáles serían los mecanismos adecuados para velar por el respeto al principio de juridicidad ahora en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado.

Para desarrollar la meta planteada, en las siguientes líneas pretendemos exponer y analizar cuáles son las posibles actuaciones procesales que las partes pueden adoptar en aras de encontrar sanción a las eventuales vulneraciones del principio de juridicidad en que haya incurrido el órgano

jurisdiccional<sup>209</sup>. Para ello delimitaremos el contenido y alcance conceptual de la nulidad de derecho público y la nulidad procesal de manera separada y distinta.

## 1. La nulidad y la infracción al principio de juridicidad.

### 1.1. La acción de nulidad de derecho público y las resoluciones judiciales.

La doctrina ha comprendido de manera general que la sanción idónea que procede ante la infracción del principio de juridicidad por parte de los órganos públicos (en especial de quienes ejercen la función administrativa del Estado) sería precisamente la declaración de la nulidad de derecho público<sup>210</sup>. Se trata de una acción de fuente constitucional cuyos elementos y características (prescriptibilidad, legitimidad activa y pasiva, operación ipso iure, tramitación, etc) tienen una historia de desarrollo propia, polémica y debatida,

---

<sup>209</sup> Al delimitar el estudio que desarrollaremos en las siguientes líneas, hemos excluido inicialmente de manera intencional el análisis especial sobre los medios impugnatorios de los actos jurídicos procesales realizados por particulares al interior del proceso. En efecto, sólo nos avocamos exclusivamente a los actos realizados y/o directamente autorizados formalmente en virtud del ministerio en que se encuentra investido el tribunal que ejerce jurisdicción.

<sup>210</sup> Por todos: "El derecho administrativo chileno llama nulidad de derecho público la sanción de ineficacia que corresponde aplicar a los actos administrativos adoptados en infracción al principio de juridicidad" VALDIVIA, José Miguel. Sobre la nulidad en derecho público. En: MARTINEZ ESTAY, José Ignacio-ARANCIBIA MATTAR, Jaime. "La primacía de la persona : estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss" Editorial Legalpublishing, Santiago, Chile, 2009 p. 865

tanto a nivel jurisprudencial como en la doctrina<sup>211</sup>. Ahora bien, más allá del ámbito de discusión a que ha dado lugar la nulidad de derecho público en sede administrativa, nuestra tarea consiste en verificar si efectivamente aquella acción tiene o no cabida como medio impugnatorio de las actuaciones procesales decretadas por el tribunal en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Por lo mismo abordaremos directamente el problema sobre la pertinencia de la sanción general de nulidad de derecho público respecto de las actuaciones procesales jurisdiccionales, más no retomaremos un estudio detallado sobre la acción de nulidad de derecho público en general, y su procedencia respecto de los actos decretados en virtud del ejercicio de la función administrativa del Estado, o de la función legislativa<sup>212</sup>. Para ello baste con lo que hemos señalado oportunamente en este trabajo.

Para abordar certeramente el cuestionamiento que hemos planteado de manera previa es necesario remitirnos a las normas fundamentales desde las cuales se desprende el principio de juridicidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 6º y 7º CPR), para luego desde ahí evaluar si es posible encontrar respuesta certera a nuestro cuestionamiento, o al menos descubrir si podemos obtener una orientación definida hacia aquella. En ese sentido, se vuelve

---

<sup>211</sup> PFEFFER URQUIAGA, Emiliano. "La nulidad de derecho público: tendencias jurisprudenciales". Revista de derecho público / Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, No. 67, Santiago, Chile, (2005), p. 129-144 y JARA, Jaime. Op. Cit.

<sup>212</sup> Al respecto revisar SOTO KLOSS, Eduardo. "En la forma que prescriba la ley: notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales". Revista chilena de derecho, Vol. 20, N° 2-3, Valdivia, Chile, 1993 pp. 687-693

relevante consignar, en lo pertinente, que sus respectivos enunciados normativos señalan lo siguiente:

Art. 6° inc. final: “Las infracciones a esta norma generarán las responsabilidades y sanciones que determine la ley”

Art. 7° inc. final: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

De inmediato, en ambos preceptos la remisión expresa a la ley invita, ante todo, a analizar el cuerpo normativo de carácter legal que empodere al órgano en cuestión. En lo que concierne a nuestro estudio debemos dirigirnos a la ley procesal respectiva<sup>213</sup> que regule las potestades conferidas y el procedimiento particular que vinculen al órgano que ejerce la función jurisdiccional. Hasta aquí, en este primer acercamiento, puede sostenerse que las armas otorgadas a las partes para requerir la ineficacia de un acto procesal (público) concreto, por haber vulnerado el principio de juridicidad se encuentran precisamente en el cuerpo normativo legal que regula las propias potestades

---

<sup>213</sup> Es necesario recordar que al hacer referencia a la ley procesal no sólo estamos comprendiendo aquella que se encuentre al interior de algún texto normativo cuya titulación expresamente contenga la expresión “procesal”, “proceso” o una semejante (Ej: Código Procesal Penal, Código de Procedimiento Civil), sino que en realidad dice relación con cualquier norma jurídica legal que tenga naturaleza procesal, sin importar el texto normativo concreto en que la encontremos. Ejemplo paradigmático lo constituye el análisis del proceso laboral, puesto que las normas que regulan la función jurisdiccional con competencia laboral exclusiva se encuentran consagradas precisamente en el Código del Trabajo, y no en un texto normativo apartado y especial.



jurisdiccionales (presupuestos, sanción, órgano competente, etc.) y los medios impugnatorios puestos a disposición de las partes.

Sin embargo, al transitar otro sendero hermenéutico podría llegar sostenerse a través de una interpretación literal del enunciado normativo contenido en el artículo 7° de la constitución que el acto se vuelve nulo *ipso iure* por mandato directo de la norma fundamental, y por lo tanto, sería insubsanable, lo que acarrearía como consecuencia la imposibilidad de convalidación del acto procesal, tan comúnmente aceptada en sede jurisdiccional. En ese sentido no tendríamos que recurrir a norma legal alguna puesto que la norma constitucional sería suficiente por sí misma para que de manera inmediata el acto jurídico procesal respectivo se encuentre privado de validez y sea declarado nulo *ipso iure*, sin que sea necesaria su previa declaración formal.

A nuestro parecer, la primera de las alternativas expuestas se ajusta de mejor manera con el espíritu de nuestra constitución. Para sostener esta posición proponemos una lectura del texto en donde si bien comprendemos que la constitución mandata declarar nulo el acto público respectivo, en ningún caso señala la forma en que dicha nulidad opera, ni consecencialmente las formalidades que han de cumplirse al momento de su declaración, y las consecuencias subsecuentes. O sea, no se señala de manera expresa y clara si la nulidad en cuestión debe operar de pleno derecho sin que medie declaración

judicial alguna, sin que sea necesaria una norma legal para su realización, estableciendo así que sería posible recurrir directamente a la norma constitucional, o, si por el contrario, se sujetará a lo que especialmente regule la ley para obtener su posterior declaración, y definir las posibilidades de ser alegada y sus efectos.

La norma constitucional ha de ser interpretada de manera tal que el resultado no pretenda evadir lo que literalmente señala el precepto, prefiriendo en todo caso aquella alternativa en que la norma resulte efectivamente aplicable, sin evitar su designio o provocar subrepticamente su nula eficacia real simplemente a través de un ejercicio hermenéutico ficticio. Por ello, de lo ya señalado líneas más arriba, es posible concluir que adoptando una interpretación armónica de los preceptos constitucionales precedentemente citados, sumados al art. 76 de la CPR, que define la función jurisdiccional y sus elementos (en particular la no avocabilidad) nos permitimos afirmar que en el caso particular de la función jurisdiccional<sup>214</sup> habrá que acudir directamente a la ley procesal pertinente, que consagra de manera especial los mecanismos sancionatorios que permiten resolver los casos de vulneración del principio de juridicidad por parte de los órganos jurisdiccionales, y de esa forma, los alcances, elementos y características propias de la nulidad en relación con los actos de naturaleza jurisdiccional.

---

<sup>214</sup> Lo señalado aquí es plenamente aplicable al ejercicio de las demás funciones del Estado.

Lo anterior permite concluir que respecto de los actos jurisdiccionales sí resultaría aplicable la nulidad de derecho público, pero la índole de dicha nulidad, sus alcances y consecuencias, quedan entregados en su determinación al órgano legislativo correspondiente, y se encontrarán consagrados finalmente en la ley procesal respectiva, por mandato expreso de la propia constitución, en atención a la naturaleza particular del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. En este sentido Verdugo: “la nulidad de Derecho Público sí tiene aplicación. Lo que sucede es que sus efectos y los mecanismos para declararla se encuentran establecidos por la ley procesal a través de los recursos de impugnación que tienen por objeto corregir una resolución de acuerdo a Derecho. Es la propia Carta Fundamental la que permite que la nulidad sea complementada mediante la ley en sus Arts.6, inc. final, 7, inc. final., 63, N° 3 y N° 20, y el Art. 82, todos de la Constitución. En consecuencia, los efectos de la declaración de nulidad de Derecho Público de las resoluciones judiciales se encuentran establecidos en la ley y, en muchas ocasiones, son alterados por esta legislación”<sup>215</sup>. Así, es posible afirmar que la nulidad de derecho público compartirá una misma raíz jurídica sancionatoria en relación con los actos realizados en el ejercicio de la función administrativa, judicial y legislativa. Sin embargo, los alcances y consecuencias de la nulidad en cada uno de aquellos casos están supeditados a la naturaleza misma de la

---

<sup>215</sup>VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto”, Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Año IX, N° 18, Santiago, Chile, 2008 p. 257

función estatal en cuestión y las propias regulaciones legislativas que por especialidad darán solución definitiva y fatal a eventuales especulaciones doctrinarias.

La especificidad de la función jurisdiccional requiere métodos de impugnación particulares, que a su vez se encuentren íntimamente relacionados con la idea de proceso y los distintos principios que constituyen un sistema dispositivo como son esencialmente el principio de contradicción, el de protección, el de preclusión, y el de transitoriedad del proceso.

Entonces, hasta aquí, un asunto que no debe dar lugar a confusiones: tiene cabida la nulidad de derecho público respecto de los actos jurisdiccionales (resoluciones judiciales), pero ello sólo en tanto fundamento sancionatorio, pues el alcance mismo de la nulidad, su operatividad, legitimación, oportunidad, y otros aspectos que la definen se encuentran entregados en su determinación a la función legislativa. Esto significa que, si bien señalamos que la nulidad de derecho público tiene cabida en el ámbito funcional que tratamos, aquello no significa inmediatamente de manera necesaria que tendría aplicación la “acción de nulidad de derecho público” tal como es conocida en materia administrativa. Precisamente ésta última institución es la que de manera preferente ha sido discutida por la doctrina, y por ello se ha abordado directamente por algunos autores la naturaleza propia de la *acción*, más, hasta ahora, no se ha distinguido de manera fina entre la acción de nulidad de derecho público y la

nulidad de derecho público en sí, con la reserva de las menciones y referencias que ya hemos realizado. Esta distinción es particularmente relevante en nuestra concepción pues permite conciliar la especialidad de la función jurisdiccional con la base general de atribución potestativa sancionada en la constitución en los artículos 6° y 7°.

En otras palabras, anticipamos que coincidimos con la procedencia de la nulidad de derecho público respecto de los actos jurisdiccionales, advirtiendo que los alcances de ésta serán definidos de manera especial y exclusiva en la ley, en atención a la función particular que regulan, y por ello, hablamos de nulidad de derecho público aquí en un sentido genérico, sólo como fundamento de la sanción que posteriormente consagrará el órgano legislador; fundamento que no es otro que la vulneración del principio de juridicidad. Pero en cambio, no estamos de acuerdo con que se aplique plenamente la teoría de la *acción de nulidad de derecho público* a los actos jurisdiccionales, pues ésta ha sido configurada doctrinaria y jurisprudencialmente en torno a la idea de control del ejercicio de la función ejecutiva o administrativa del Estado, y aunque que se pretendiese trasladar su aplicación de manera directa al control del ejercicio de las potestades jurisdiccionales, dicha vinculación tendría un carácter meramente orientador, quedando aún pendiente la tarea de asimilar la particularidad y especialidad de la función jurisdiccional del Estado. Esto en razón de que, tal como veremos más adelante, trasladar por completo los avances doctrinarios alcanzados en sede administrativa a la función judicial

implicaría desatender y contrariar directamente el fondo mismo que sustenta el ejercicio de dicha función por el Estado, y en particular uno de los principios fundamentales sobre los que se sostiene; la seguridad y certeza jurídica (necesaria transitoriedad del proceso).

En otras palabras, lo que estamos diciendo es que los mecanismos de impugnación de resoluciones jurisdiccionales contemplados en la ley encuentran su fundamento último en la constitución, y en particular, en el respeto al principio de juridicidad (conteniendo éste a su vez el respeto a las garantías y derechos fundamentales que establece la propia constitución).

En la misma orientación se expresa el profesor José Miguel Valdivia al señalar que “[r]especto de los actos judiciales rigen los mecanismos tradicionales consagrados en las leyes para incidentes de nulidad y recursos de casación y revisión”<sup>216</sup>, a propósito del respeto del principio de juridicidad por parte de los tribunales, y los mecanismos que permiten activar dichas reclamaciones.

Jorge Reyes se manifiesta en el mismo sentido, expresando lo siguiente:

“lo relativo a las sanciones a vicios en que se incurran en actos jurisdiccionales ha de entenderse en lo que el legislador apruebe en las leyes respectivas –llamados Códigos de Procedimiento Civil y Penal u otros especiales- sin perjuicio de que el legislador debe

---

<sup>216</sup>VALDIVIA, José Miguel. Op. citp.866

observar los principios del art. 19 n°3 [...] En conclusión, entonces, corresponderá al legislador –y a veces al propio constituyente como en el caso de infracción a la ley- establecer el régimen de sanciones y responsabilidades para los casos de transgresión al principio de juridicidad, no siendo efectivo que en tales circunstancias necesariamente y siempre tenga que aplicarse la nulidad de pleno derecho”<sup>217</sup>.

También hemos señalado oportunamente que profesor Verdugo adhiere a esta posición<sup>218</sup>.

En concordancia con lo señalado podemos afirmar que ante una actuación vulneratoria del principio de juridicidad habrá que analizar, ante todo, el sistema de recursos procesales, y de impugnación en general, para verificar concretamente cuáles son las actuaciones que las partes tienen a su disposición a fin de lograr obtener la sanción de ineficacia pertinente respecto de la actuación del órgano jurisdiccional que vulnere el mencionado principio durante el transcurso del proceso, esto es, durante su desenvolvimiento dinámico como procedimiento en desarrollo.

Sin embargo, precisamente a raíz de lo señalado en las líneas previas, la pregunta sobre la procedencia de la acción de nulidad de derecho público

---

<sup>217</sup>REYES RIVEROS, Jorge. “Reflexiones y bases acerca de la Nulidad de Derecho Público”. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, XVII, Valparaíso, Chile, 1997 P. 404

<sup>218</sup>VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit.

respecto de las actuaciones judiciales puede replantearse en un momento posterior al término del proceso mismo, esto es, una vez que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, y así la discusión alcanza otro nivel de complejidad. En tal situación, y ya no existiendo ningún recurso o medio de impugnación contemplado en la ley procesal para invalidar el fallo<sup>219</sup>, ¿podría presentarse la acción de nulidad de derecho público, ahora como herramienta de última ratio?

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia se encuentran contestes en dar una respuesta negativa a dicha interrogante. Sin embargo, el profesor Miguel Otero Lathrop realiza un estudio que se aparta de dicha postura hegemónica, y que pasaremos a exponer en las siguientes líneas.

#### 1.1.1. La nulidad procesal de derecho público según Miguel Otero Lathrop.

El profesor Otero fundamenta su estudio y posterior desarrollo argumentativo, de manera lógica, en los preceptos constitucionales desde los que se desprende el principio de juridicidad a los que tanto hemos hecho referencia (artículos 6° y 7°), el artículo 19 N° 3, y añade de forma coherente el contenido normativo de los preceptos contenidos en los artículos 8° y 9° del

---

<sup>219</sup> Excepcionalmente, por consagración expresa del legislador y bajo estrictos requisitos, se contempla el recurso de revisión procedente tanto en sede Civil como Penal.



Pacto de San José de Costa Rica<sup>220</sup>, cuya vinculación directa deduce de lo preceptuado en el artículo 5° inciso segundo de nuestra Constitución. Posicionado en esas bases inicia un recorrido argumentativo que le permite concluir supuestamente de manera lógica una especial “acción de nulidad *procesal* de derecho público”. Dicha acción no tendría una manifestación

---

<sup>220</sup> **Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, 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.

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.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

**Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad**

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

jurídica unívoca puesto que estaría condicionada, en su forma de ejercicio, por el momento procesal en que se pretenda ejercer la impugnación del acto jurídico procesal del tribunal.

Señala Otero que más allá de lo que se ha escrito sobre la incidental nulidad procesal civil, regulada en el Código de Procedimiento Civil, “hay dos causales adicionales que producen la nulidad procesal de derecho público. La primera es la inobservancia de las normas de procedimiento establecidas por la ley para el conocimiento y resolución del conflicto de relevancia procesal sometido a jurisdicción. La segunda es la violación a las normas de debido proceso”<sup>221</sup>. Evidentemente ambas causales son de fuente constitucional y ya no meramente legal.

En el caso de la primera causal, a través de la lectura del artículo 7° de la Constitución podemos observar que la cobertura típica abarca tres dimensiones: la investidura regular, la competencia legal y la forma prescrita en la ley para resolver el conflicto de relevancia jurídica. Señala al respecto que “[e]n materia civil, penal o cualquiera otra que sea sometida a su conocimiento y resolución, el órgano jurisdiccional debe conocer y resolver el conflicto de acuerdo a las normas de procedimiento que establece la ley. El tribunal ni las partes, ni aun cuando todos estén de acuerdo, pueden modificar las normas de

---

<sup>221</sup>OTERO LATHROP, Miguel .*La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2010 P. 293

procedimiento, a menos que la ley otorgue expresamente esta facultad”<sup>222</sup>. Por lo mismo, en el caso de que contraríen efectivamente esta prohibición modificatoria, la actuación ha de ser sancionada con la nulidad procesal de derecho público. Esto se debe fundamentalmente a que las normas de procedimiento son normas de orden público. El razonamiento va como sigue: “el órgano jurisdiccional debe ejercer su función de acuerdo a la forma, o sea el procedimiento que le señala la ley. De hacerlo en forma distinta, infringe claramente la normativa constitucional del artículo séptimo, que expresamente dispone “*en la forma que dispone la ley*” y ésta, en el caso de la actividad jurisdiccional, no es otra que el procedimiento que la ley establece para el conocimiento y resolución de ese determinado conflicto de relevancia jurídica”<sup>223</sup>.

La segunda de las causales hace referencia a la vulneración de las normas del inciso tercero del artículo 19 n°3 de la Constitución, con concordancia con lo expresado en el artículo 5° inciso segundo y el Pacto de San José de Costa Rica. Esto implica ahora una protección constitucional no sólo respecto de los requisitos de existencia del proceso, sino que directamente implica sancionar con nulidad procesal de derecho público la inobservancia e infracción a las normas de debido proceso, que si bien no se encuentran enumeradas taxativamente en el texto constitucional, sí es posible deducirla de

---

<sup>222</sup> *Ibíd.*

<sup>223</sup> *Ibíd.* P. 294

los instrumentos internacionales ya citados. La importancia de su protección es tal que incluso sería aplicable en materia arbitral, como se puede desprender de la lectura del artículo 796 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, sobre la forma de ejercicio de la acción de nulidad procesal de derecho público habrá que realizar una distinción previa: “si se impetra antes de que la sentencia que se dicte en el proceso quede aparentemente ejecutoriada o se hace con posterioridad a ello. De igual manera, hay que considerar si la nulidad procesal se invocó o no en la causa. Si se invocó y fue rechazada por sentencia ejecutoriada, opera plenamente la cosa juzgada”<sup>224</sup>. Conforme a lo anterior, en primer lugar, si la causa se encuentra en tramitación, la forma de reclamación idónea y paradigmática se materializa en la presentación y apertura de un incidente de nulidad procesal de derecho público, que puede interponerse en cualquier estado del juicio, y hasta antes de la vista de la causa por la Corte Suprema, en caso de haberse presentado un recurso de casación.

Cabe señalar que dicho incidente, como específica realización de la nulidad procesal de derecho público, según Otero, no coincide ni es identificable con el clásico incidente de nulidad contemplado en nuestro Código de Procedimiento Civil (ni menos con el incidente de nulidad regulado en el Libro V del Código del Trabajo, que remitiría supletoriamente su tramitación a las

---

<sup>224</sup>Ibid. P.297

normas del CPC), pues el fundamento de este especialísimo incidente de *nulidad de derecho público* se encuentra directamente en el texto constitucional (sin necesidad de mediación o fuente legal), y por lo mismo, a diferencia de la clásica nulidad procesal civil, tiene por objeto la protección de un interés superior al de las partes, cual es la protección del Estado de Derecho (el respeto a la ley y el orden público), a través del control de juridicidad. La diferencia constituyente respecto de la nulidad procesal civil, en general, radica entonces en que en la nulidad procesal de derecho público el interés de las partes, tanto en su presentación como en la tramitación, resulta irrelevante por encontrarse este particularísimo incidente consagrado en protección de un interés superior, y por lo mismo, puede llegar a ser declarado incluso oficiosamente por el juez; en cambio, en la nulidad procesal civil, el perjuicio al interés de alguna de las partes en el proceso, es un presupuesto esencial en el caso de la nulidad procesal civil.

En este sentido señala Otero que “[h]ay una clara diferencia entre la nulidad procesal que contiene el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil [nulidad procesal civil] y la nulidad procesal de derecho público. En la primera rigen todos los requisitos que establece dicho artículo, como ser existencia de un agravio, que éste sea reparable sólo por la vía de nulidad, que no haya existido convalidación, no participación en el vicio y que la nulidad sea reclamada dentro del plazo de cinco días. Esta nulidad atiende al interés de las partes, por lo cual se justifican los requisitos que deben concurrir para su

procedencia”<sup>225</sup>. Contrario sensu aparecería que el incidente, en tanto oportunidad para hacer valer la nulidad de derecho público, y según la doctrina a la que adhiere el profesor Otero<sup>226</sup>, gozaría de imprescriptibilidad, insubsaneabilidad e irrenunciabilidad.

El profesor Otero va un paso más allá y afirma ahora, respecto de la acción de nulidad procesal de derecho público, que ésta puede plantearse válidamente incluso después de terminado el proceso mismo, o sea, incluso después de firme y ejecutoriada la sentencia de término, dando origen a un nuevo proceso. Señala: “si la nulidad procesal no se impetró en el proceso, la acción de nulidad procesal de derecho público debe interponerse ante tribunal competente y se tramitará conforme a las reglas del juicio ordinario o del juicio sumario, si se cumplen los requisitos de urgencia para su procedencia”<sup>227</sup>.

De manera conclusiva el profesor indica que “[a] diferencia del incidente de nulidad que contempla el artículo 83 del CPC, no hay plazo limitativo para la interposición del incidente de nulidad o de la acción de nulidad, según el caso, tampoco se requiere daño o perjuicio para la parte reparable sólo con la declaración de nulidad, y el imprescriptible, irrenunciable e insubsanable por

---

<sup>225</sup> Ibid. P. 300

<sup>226</sup> A propósito de la Nulidad de derecho público, en general, el profesor Otero se declara partidario de la caracterización realizada por el profesor Soto Kloss: [los]“hechos generativos de la nulidad no se pueden borrar, no pueden dejar de existir, ocurrieron y, por ello mismo, la nulidad que general es inamovible. En este aspecto el profesor Soto Kloss tiene razón en cuanto afirma que la nulidad de derecho público es imprescriptible [...] Lo anterior también lleva a concluir que la nulidad de derecho público es insubsanable e irrenunciable” Ibid. pp. 282-283

<sup>227</sup> Ibid. p. 298

tratarse de una nulidad de derecho público que está establecida por mandato constitucional”<sup>228</sup>.

Sin duda sostener una posición radical como la expuesta por el profesor Otero se opone en una gran medida a la certeza jurídica, en general, y al efecto de cosa juzgada, en particular, reduciéndolas a meros principios prima facie, y de esta manera se trastoca no sólo a las instituciones antedichas, sino que más gravemente y de manera consecencial, al funcionamiento del Estado de Derecho y el ejercicio de la función jurisdiccional en su conjunto, desde la posición desmejorada de las partes ante la nebulosa que rodeará las expectativas razonables de actuación oficial que tendrán en consideración para poder actuar libremente de manera eficaz.

Con la finalidad de sostener esta particular postura frente a la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia, el profesor Otero sostiene que en realidad es ilusoria la defensa de la cosa juzgada, pues estaríamos pretendiendo analizar un acto jurídico (sentencia) inexistente; “en realidad tales sentencias son inexistentes, por cuanto si el proceso es nulo, la sentencia es igualmente nula y no puede producir efecto legal alguno, por lo cual jamás se ha materializado la cosa juzgada[...] El proceso jurisdiccional que adolece de un vicio procesal de derecho público es nulo por mandato constitucional y, en consecuencia, no puede ser validado de forma alguna, dado que la norma

---

<sup>228</sup>Ibíd p. 298

constitucional que establece la nulidad persigue una finalidad muy superior al interés particular, cual es la protección del estado de Derecho<sup>229</sup>. Señala al respecto, como un ejemplo positivo que apoyaría su postura, el recurso de revisión contemplado en el proceso penal (artículo 473 Código Procesal Penal), que permitiría modificar o anular sentencias firmes por haberse vulnerado las normas del debido proceso (los casos allí señalados implicarían infracciones o vulneraciones a dicha garantía).

En un sentido contrario al propuesto por Otero, y en representación de la mayoría de la doctrina, se pronuncia el profesor Romero Seguel al señalar la inconveniencia de la propuesta hermenéutica, ya que “si se admitiera la procedencia de acción de nulidad de derecho público en el ámbito jurisdiccional el debilitamiento de la cosa juzgada sería su más lógica consecuencia<sup>230</sup>. En la misma línea Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín señala que: “conocido que la nulidad de derecho público, por su naturaleza misma, goza de características de insubsanable e imprescriptible, si fuere admisible este tipo de acciones en contra de resoluciones judiciales, en especial de sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, jamás se podría poner término a los proceso pendientes. Se atentaría contra el principio de Seguridad Jurídica<sup>231</sup>. Así también señala el

---

<sup>229</sup> Ibíd. p. 296

<sup>230</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro. Comentario: La improcedencia de la acción de nulidad de derecho público para revisar resoluciones judiciales, como precedente judicial. Revista chilena de derecho, Vol. 30, N° 2, Santiago, Chile 2003 p.382

<sup>231</sup> DÍAZ DE VALDÉZ BALBONTÍN, Rodrigo. “Improcedencia de la acción de nulidad de derecho público respecto de actos jurisdiccionales”, ponencia presentada en las



mismo profesor que “se vulneraría el Principio de no Avocabilidad, consagrado en el artículo 76 de la CPR y artículo 8 del Código Orgánico de Tribunales, que prohíben, expresamente, revivir o revisar los fundamentos de los procesos fenecidos, así como también, respecto de los procesos que se encuentran pendientes ante otros tribunales”<sup>232</sup>.

La Corte Suprema ha fallado también en este último sentido, señalando categóricamente que “la anulación de los actos que llevan a cabo los tribunales en ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, debe perseguirse a través de los medios que franquea la ley procesal y que, sustancialmente, consisten en la declaración de nulidad de oficio o a petición de parte, que contemplan los artículos 83, 84 y 85 del Código de Procedimiento Civil, así como en los recursos de casación y revisión que regulan, respectivamente, los Títulos XIX y XX del Libro III del mismo texto y las normas pertinentes del Código de Enjuiciamiento Penal, o bien, excepcionalmente, por medio del ejercicio de las facultades disciplinarias de los Tribunales Superiores, conforme en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales”<sup>233</sup>.

---

XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007.] [en línea]: Disponible en: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/IMPROCEDENCIA%20DE%20LA%20ACCION%20DE%20NULIDAD%20DE%20DERECHO%20PUBLICO%20RESPECTO%20DE%20ACTOS%20JURISDICCIONALES.pdf> [Consultado 10 de Marzo de 2014P. 4

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> Considerando octavo de Sentencia Casación dictada por Corte Suprema el 22 de Octubre de 2002 Causa Rol N° 365-02. En el mismo sentido la propia Corte Suprema

Cabe hacer presente que los casos jurisprudenciales presentados como ejemplares por el profesor Otero en su libro<sup>234</sup>, y que señalan particularmente la diferente naturaleza jurídica de los asuntos tratados a propósito de la presentación de la acción de nulidad de derecho público (la diferencia entre asuntos meramente patrimoniales de aquellos otros de orden público) tienen lugar específicamente a propósito de causas en que se debate la infracción del principio de juridicidad en la realización de algún acto administrativo, y no en la realización de cualquier acto funcional del Estado; los casos que analiza el profesor Otero tienen lugar a propósito del control jurisdiccional del ejercicio de la administración del Estado, pero no se pronuncian de manera directa sobre el eventual control sancionatorio de la propia función jurisdiccional por esta vía, o sea, sobre el control jurisdiccional del ejercicio de la propia jurisdicción en los casos de infracción al principio de juridicidad.

La distinción entre asuntos patrimoniales y asuntos no patrimoniales realizada por la Corte Suprema en las sentencias objeto de análisis del profesor Otero, tendría relevancia para efectos de dilucidar la posible prescripción de las acciones civiles que los particulares pudiesen hacer valer en contra del Fisco, que sí prescribirían, a diferencia de la declaración de nulidad (o inexistencia) del acto estatal en cuestión, de manera específica, que no estaría sujeto a

---

en sentencia: de 10 de julio de 2011, causa Rol 337-1198; 29 de Agosto de 2000 causa Rol 3408-1998; 22 de Julio de 2010 causa rol 188-2010.

<sup>234</sup> OTERO LATHROP, Miguel. Op. Cit. pp. 298 y ss.

prescripción. Sin embargo, como ya se esperará, no compartimos dicha doctrina respecto de los actos jurisdiccionales.

De nuestra parte, podemos agregar que de aceptar la procedencia de la acción de nulidad (procesal) de derecho público en contra de las resoluciones que se encuentren firmes y ejecutoriadas alteraríamos el fundamento de la función jurisdiccional del Estado, y en el camino, la noción misma de Proceso. No sólo se afecta o vulnera los principios de certeza jurídica, seguridad jurídica y cosa juzgada, sino que el proceso como instancia de resolución intersubjetiva de conflictos de relevancia jurídica pierde su esencial transitoriedad, y con ello, desprovee del sentido mismo a su finalidad elemental, ya que las partes, en teoría, concurren a este agente del Estado para buscar una solución heterocompositiva definitiva y categórica. Lo hacen en la convicción de que la decisión ahí adoptada será fatal, en el sentido de que se vuelve inmodificable una vez que se ha terminado el proceso en su totalidad. Sin duda, las partes concurren a la jurisdicción precisamente en búsqueda de la seguridad que cualquier otro medio de composición no les daría, y a la que precisamente no han llegado intentando solucionar el conflicto de manera intersubjetiva no mediada por un tercero imparcial. La fuerza de cosa juzgada es simplemente manifestación y realización jurídica del interés último que persiguen las partes: la solución definitiva al conflicto. Siendo aún más agudo, puede afirmarse que una de las condiciones constituyentes del proceso es su duración temporal limitada, la esperanza de que éste tenga un término definitivo, y esto sería

inclusive un elemento a considerar en la determinación del contenido de la garantía de debido proceso.

Por otro lado, en el caso del resto de las resoluciones dictadas en el transcurso del procedimiento, cabe afirmar que ha de estarse a los recursos y medios impugnatorios en general, que la propia ley ha definido para su corrección conforme a la juridicidad, pues en caso contrario también alteraríamos la esencia misma del proceso, y la transitoriedad del podría verse afectada, en este caso, durante su desenvolvimiento dinámico, volviendo a cada acto procesal un acto sólo aparentemente eficaz, pero sujeto siempre a anulación, y por lo tanto, el dinamismo del proceso se transformaría en incertidumbre, ahora, de manera constitutiva. No sólo eso, sino que incluso el propio juez, de oficio, podría hacer retroceder el avance del proceso cuándo de su raciocinio derivase alguna infracción al principio de juridicidad, aún contra la voluntad de las partes y sin la presencia de perjuicio alguno alegado por ellas (aunque sin duda, la presente hipótesis plantea una mera opción teórica, es dudoso que con la carga de trabajo que los jueces tienen puedan desear paralizar procesos, si es que ya han avanzado en su desarrollo).

La nota previa parece encontrarse más conforme con la consideración especialísima que hay que tener respecto del ejercicio de la función jurisdiccional, que si bien, en general, se encuentra vinculada al principio de juridicidad en su esencia, su realización particular queda determinada por la ley,

de forma mediada, y será la norma de ésta jerarquía la que determine el desenvolvimiento dinámico de las actuaciones procesales y su eventual sanción.

Al analizar las formas de velar por la juridicidad de las actuaciones del órgano que ejerce la función jurisdiccional, debemos poner como fundamento de dicha observación, simultáneamente, al propio principio de juridicidad al que se encuentran sujetos todos los órganos públicos, la noción misma de proceso, y a la utilidad que su propia naturaleza y finalidad definen. En ese sentido, la transitoriedad y el efecto de cosa juzgada son elementos constituyentes de la seguridad jurídica que debe posibilitar el ejercicio de libertad de las partes al enfrentarse dialécticamente y someter la resolución del conflicto a una heterocomposición, pues en este caso no sólo las denominadas “formas” del procedimiento pueden alterar el debido proceso, sino que esta creación humana instrumental pierde la mayor parte de su sentido inicial, y en último término, se desnaturaliza la propia función jurisdiccional del Estado, perdiendo legitimidad su ejercicio por parte de cualquier órgano público.

Agréguese como corolario de lo anterior que nuestra concepción del proceso concebido desde el garantismo procesal, en una interpretación dialéctica y conjunta con el principio de juridicidad, nos permite distanciarnos coherentemente de las afirmaciones extremas del profesor Miguel Otero

Lathrop, remitiéndonos a lo que señalamos en la primera parte de nuestra investigación, a propósito de los fines del proceso y los principios.

## 2. La nulidad procesal.

Si ya hemos descartado la acción de nulidad de derecho público como medio directo e idóneo para perseguir la ineficacia de las resoluciones judiciales que vulneren el principio de juridicidad, es preciso ahora hacerse cargo de los medios impugnatorios que efectivamente franquea la ley procesal para obtener la invalidación de las resoluciones en cuestión, y en especial, de la nulidad procesal, para poder distinguirla, por especialidad, de la nulidad de derecho público.

Por su aplicación supletoria analizaremos en éste acápite, de manera general, los medios que otorga el Código Procesal Civil, y de esa manera comprender la lógica en que operan las diversas vías impugnatorias, para que en la siguiente sección nos avoquemos directamente y de manera particular a los medios contemplados específicamente en nuestro Código del Trabajo, y que serían aplicables en los procedimientos especiales regulados en dicho cuerpo normativo.

En un primer acercamiento, desde su significación natural, y conforme lo señala la Real Academia de la Lengua, impugnar equivale a combatir,

contradecir o refutar “algo”. Ahora bien, tal como señala Alvarado Velloso “[e]n el lenguaje del Derecho –y con especial referencia a un sistema procesal- ese “algo” no se circunscribe sólo a una actuación oficial sino que alcanza a todo acto jurídico que afecta de cualquier modo a una persona y que ésta considera ilegítima o injusta”<sup>235</sup>. Así, sin mayores especificaciones, se puede verificar que los actos jurídicos susceptibles de impugnación no se circunscriben a los actos oficiales o de autoridad, sino también aquellos que tienen lugar en el tráfico jurídico inter privado, y así, podría afirmarse que, por ejemplo, un contrato de mandato o alguna disposición testamentaria es susceptible de impugnación, y que procede ser alegada de forma diversa tratándose de la naturaleza o especie de acto jurídico ante el cual nos enfrentemos.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, como la materia específica a la que nos avocamos en la presente investigación se enmarca dentro de la rama del Derecho Procesal, es preciso señalar que en esta sede la expresión impugnación adquiere un significado particular. Según el profesor Maturana podemos definir impugnación como “la acción y efecto de atacar o refutar un acto judicial, documento, deposición, testimonial, etc., con el fin de obtener su revocación o invalidación”<sup>236</sup>. Por su parte, el profesor Alvarado Velloso restringe en mayor medida la utilización del concepto en sede procesal y señala que “[e]n materia procesal, la voz impugnación tiene alcances

---

<sup>235</sup>ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones... (n. 28) p. 663

<sup>236</sup>MATURANA MIQUEL, Cristián. “Los recursos”. Apuntes de curso, Universidad de Chile, 2007 P.1

restrictivos: alcanza sólo a los *actos de autoridad*, nunca de *particulares*<sup>237</sup>. Compartimos lo certera de esta última afirmación, pues aún en el caso de impugnar actos aparentemente privados, en sede procesal lo que efectivamente se hace es impugnar un acto jurídico dictado por la autoridad judicial, pues es sólo a través de su intervención mediata (o incorporación, como en el caso del ofrecimiento probatorio), que el acto privado pasa a tener cabida al interior del proceso, y llega a formar parte de la cadena procesal continua.

En consecuencia, en sede procesal la impugnación, en tanto género, comprende las diversas formas dispuestas por el legislador en favor de las partes para que estas puedan obtener el saneamiento de un determinado acto defectuoso, por *error in iudicando* o *error in procedendo*, sea ante el propio tribunal o ante su superior jerárquico.

Dentro de los diversos medios de impugnación establecidos en la ley procesal nos merecen especial atención aquellos que persiguen la declaración de la nulidad procesal, esto es, “la sanción de ineficacia respecto de los actos jurídicos del proceso por el incumplimiento de alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez”<sup>238</sup>. En ese sentido, nuevamente nos será útil distinguir, ahora, entre los recursos, en general, y el incidente de nulidad procesal, en particular. Esto debido a que en nuestra ley no se consagra la

---

<sup>237</sup>ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Ibidp.* 664

<sup>238</sup>MATURANA MIQUEL, Cristián. “Los incidentes”. *Apuntes de curso*, Universidad de Chile, 2007 p. 22



existencia de alguna acción o recurso ordinario de nulidad procesal, y por tanto ésta debe hacerse valer por diversos medios, sean estos directos, o indirectos.

Cabe destacar que centraremos nuestra atención en la nulidad procesal antes que en aquellos actos impugnatorios que busquen de manera directa la reparación de un agravio, o que tuviesen otra finalidad diversa, pues es ésta institución la que tradicionalmente se ha definido como forma sancionatoria de aquellos actos jurisdiccionales en que se produzca alguna infracción a las normas potestativas del órgano judicial en la tramitación del proceso, y tal como hemos señalado a lo largo de nuestra investigación, es precisamente a esta forma de vulneración del principio de juridicidad al que aludimos al enfrentarnos de manera crítica a las denominadas potestades jurisdiccionales atípicas o abiertas. En ese sentido, este mecanismo sancionatorio atiende, en primer lugar, a las formas de infracción objetiva de la norma, antes que a la injusticia del contenido de determinada resolución judicial; o, desde otro punto de vista, en su fijación externa primaria nos invita a analizar la configuración normativa de la potestad que permite al tribunal llevar adelante el desenvolvimiento progresivo del proceso<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> El profesor Alvarado Velloso señala: “La impugnación por nulidad [...] siempre se vincula con aspectos puramente objetivos. Además, es la que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la ilegitimidad de la decisión judicial que no le otorgó la razón o la del procedimiento previo a su decisión”. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Ibíd* p. 722. Cabe recordar a su vez que según el propio Alvarado “Ilegítimo es lo que no está de acuerdo con la ley –en el más lato sentido de ser interpretado el vocablo, comprensivo así de constitución, ley, ordenanza, reglamento, resolución administrativa, sentencia, laudo, contrato, testamento, etc.- y

La doctrina ha señalado que los medios impugnatorios para hacer valer esta sanción de nulidad pueden ser directos o indirectos. Entre los primeros, que son aquellos que atacarían directamente el acto buscando su invalidación, encontramos la declaración de nulidad de oficio por el tribunal (art. 84 CPC), la casación en la forma de oficio por el tribunal (art 776); la casación en el fondo de oficio por el tribunal (art. 785); el incidente de nulidad; las excepciones dilatorias (art. 303 CPC), el recurso de casación en la forma (art. 768 CPC); el recurso de casación en el fondo (art. 767 CPC) y el recurso de revisión (Título XX Libro III CPC).

Los medios indirectos, esto es, aquellos que sin perseguir directamente la nulidad pretenden que ella sea declarada, serían el recurso de reposición (art. 181 CPC), el recurso de apelación (arts. 186 y ss. CPC) y el recurso de queja. Respecto de éstos, permítasenos plantear que su relevancia en la protección del principio de juridicidad pasa a ser secundaria, o meramente instrumental, como queda de manifiesto en el caso de la necesaria preparación de un recurso de casación en la forma.

La elección entre uno u otro medio impugnatorio quedará sujeta principalmente a la naturaleza de la resolución que se pretenda impugnar, la

---

por tanto se mide siempre con criterios de objetividad: el acto está realizado o no conforme con los requisitos, condiciones, presupuestos, etc., previstos para el caso en el ordenamiento jurídico” En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Ibíd.* p. 663

oportunidad en que dicha impugnación se pretenda hacer valer y la trascendencia de la irregularidad<sup>240</sup>.

De la enunciación propuesta se desprende que la mayoría de los medios expuestos corresponden particularmente a los medios de impugnación conocidos como “recursos”, esto es, “el acto procesal de parte o de quien tenga legitimación para actuar mediante el cual se impugna una resolución judicial dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene ha causado su dictación”<sup>241</sup>. En todos estos casos estamos ante un acto procesal presentado por la parte litigante en contra de actuaciones judiciales, y no precisamente contra la actuación directa e una de las partes.

También existen otros medios de especial relevancia para nuestro estudio: el recurso de revisión y el incidente de nulidad. En el caso del primer mal llamado “recurso” reside esencialmente en que podrá presentarse aún después de ejecutoriada la sentencia; en el segundo, nos enfrentamos a la vía incidental que persigue la declaración de nulidad, que por su naturaleza, debe impetrarse dentro de determinado plazo mientras se encuentre en tramitación el proceso.

El recurso de revisión es en realidad una acción declarativa de competencia exclusiva y excluyente de la Corte Suprema, en el ámbito civil, y

---

<sup>240</sup>MATURANA MIQUEL, Cristián. *Ibíd.* P. 23

<sup>241</sup>MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los recursos ...* (n. 236) p. 4

que tiene como finalidad invalidar sentencias firmes o ejecutoriadas que han sido obtenidas fraudulentamente o injustamente en casos expresamente señalados en la ley (art. 810 y ss CPC). En este caso estamos en presencia de una acción, pues el proceso principal que desemboca en la sentencia a impugnar ha concluido mediante el efecto de ejecutoriedad de la sentencia definitiva, y es preciso abrir un nuevo proceso para discutir la presencia o no de las causales taxativas que dan origen a esta particularísima acción. Precisamente es la propia ley la que señala los casos excepcionalísimos en que por razones de justicia, sobre la certeza jurídica que otorgaría la cosa juzgada, estaría previsto revisar la forma en que se ha logrado dictar la sentencia en cuestión.

A diferencia de lo ya señalado más arriba por Miguel Otero Lathrop, sostenemos que precisamente la regulación legal y taxativa de las causales que permiten dar origen a este recurso de revisión, permiten sostener la excepcionalidad con que es posible abandonar la cosa juzgada en virtud de algún principio o bien jurídico superior (si se nos permite usar dicha expresión), como sería la justicia en este caso. En ese sentido, no creemos que el recurso de revisión sirva como un ejemplo paradigmático que permita extender por analogía los alcances de una supuesta acción particular de nulidad procesal de derecho público, sino más bien, ha sido el propio legislador, tal como lo encarga la constitución, el que ha velado porque el principio de juridicidad sea respetado de manera especialísima en los casos que ha considerado más relevantes. El propio legislador ha puesto de manera expresa la regulación de aquel caso en

que razones superiores de justicia primarán sobre la certeza jurídica y la cosa juzgada, más no se puede desde aquí pretender ampliar el alcance de la revisión de sentencias judiciales firmes por analogía, pues trastocaría el fundamento mismo de la función jurisdiccional del Estado, tal como señalamos en líneas anteriores.

Por último, y en el nivel más relevante en relación con nuestro estudio, abordaremos directamente el análisis de la nulidad procesal que es normalmente alegada por vía incidental en sede procesal civil, abarcando someramente sus elementos constitutivos, su naturaleza y alcance o efecto extensivo. Previo a desarrollar el estudio propuesto es necesario precisar que nuestro ordenamiento jurídico no ha consagrado una regulación general y unificada de la institución en comento, sino que por el contrario, a través de las regulaciones procedimentales contenidas en distintos cuerpos normativos (Código de procedimiento Civil, Código Procesal Penal, Código del Trabajo, etc) y también mediante la utilización de la jurisprudencia más calificada, se ha pretendido, desde la doctrina, afrontar un análisis que permita una comprensión coherente de la nulidad procesal, de sus elementos, características y alcance.

## **2.1. La nulidad procesal civil y su naturaleza jurídica.**

En primer lugar debemos aclarar que no compartimos las ideas de aquella doctrina que pretende asimilar o realizar una especie de analogía directa entre las sanciones de ineficacia a los actos jurídicos entre particulares en sede civil a los actos jurídicos procesales en sede jurisdiccional. En ese sentido, creemos que no serían aplicables las categorías de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, propias de la rama del Derecho Civil, a las sanciones en que incurre un acto jurisdiccional. Al menos no de una manera plenamente igual.

Tal como señala Julio Salas, “en doctrina se distingue entre actos inexistentes y actos nulos. Entendemos por los primeros aquellos que carecen de condiciones indispensables para ser concebidos, los que son meros hechos, o, en fin, como dice Laurent, los que no existen a los ojos de la ley. Los segundos, por su parte, si bien han sido realizados imperfectamente, las irregularidades de que adolecen no los privan de su carácter de actos jurídicos, pero impiden que puedan producir los efectos señalados en la ley”<sup>242</sup>.

Por su parte, Miguel Otero Lathrop sostiene que “la gran diferencia entre la inexistencia y la nulidad es que en la primera el acto simplemente no existe, no produce efecto legal alguno y no se requiere declaración judicial alguna que

---

<sup>242</sup>SALAS VIVALDI, Julio Enrique. Los incidentes, y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000 pp. 75-76

así lo determine. Por el contrario, en la nulidad el acto existe y produce todos sus efectos jurídicos hasta tanto la nulidad no haya sido declarada”<sup>243</sup>.

Más allá de la descripción general que realizan los autores citados, éstos coinciden en que toda nulidad procesal requiere ser declarada siempre mediante la resolución judicial pertinente, y hasta no llegar ese momento el acto es plenamente válido. La única excepción se presentaría en aquellos casos en que se encuentren ausentes los presupuestos procesales, o sea, los requisitos de la esencia para afirmar la existencia del proceso mismo, y sólo entonces podríamos afirmar que hay lugar a la inexistencia. Pero nuevamente, en tal caso, aunque puede sostenerse que tendría cabida la inexistencia en el orden procesal desde un punto de vista doctrinario, la jurisprudencia ha sido reacia a aceptar la procedencia de la inexistencia como una mera constatación de hecho, sin necesidad de resolución judicial que la declare, y por el contrario, tal vez en virtud de la certeza jurídica, ha terminado por acercarla lo máximo posible a la nulidad procesal, para luego, desde ahí, distinguir nuevamente, ahora entre actos nulos y actos anulables.

Lo dicho en el párrafo previo puede señalarse de la manera que sigue: se ha cambiado terminológica y conceptualmente el debate, desde la diferencia entre nulidades e inexistencia, a sólo una diferencia interna entre los tipos de nulidad procesal y la legitimación necesaria para su declaración. En otros

---

<sup>243</sup>OTERO LATHROP, Miguel. Op. cit. p. 22

términos, para estos efectos, se clasifica usualmente a los actos jurídicos procesales sancionables con nulidad entre aquellos que requieren solicitud previa de parte (anulabilidad) y aquellos que el juez puede decretar de oficio (nulo)<sup>244</sup>, más no se da lugar a la inexistencia..

En relación con la naturaleza jurídica de la nulidad procesal el profesor Carrasco sintetiza de muy buena manera lo que a su parecer han sido las tres principales tendencias de comprensión, o tres categorías hermenéuticas adoptadas por la doctrina a través de la historia. Más adelante nos serviremos de la misma para definir las conclusiones de nuestro estudio en particular relación con la sanción a la vulneración del principio de juridicidad al interior del Proceso.

Las posiciones doctrinarias serían las siguientes:

“a) La que tiene como base la estructura orgánica de los actos procesales y por tanto analiza los requisitos de fondo y de forma de los mismos. Cuando al acto falta un requisito, es decir, no cumple con el modelo legal, entonces está viciado. Desde esta perspectiva

---

<sup>244</sup>Una explicación más completa sobre las diversas formas en que la nulidad procesal ha sido definida y analizada por la doctrina nacional es posible de encontrar en CARRASCO POBLETE, Jaime. La Nulidad Procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 1, Coquimbo, Chile, 2011 pp. 52 y ss.



analizaremos la nulidad como una categoría intrínseca al acto, es decir, como vicio del acto procesal.

b) La que postula un alejamiento de la estructura orgánica del acto, pero que no lo excluye, y que considera a la nulidad como una sanción, como una categoría extrínseca del acto.

c) La que explica la nulidad como una técnica instrumental, como un instrumento procesal teniendo como punto de partida el fundamento valorativo de la nulidad procesal.”<sup>245</sup>

Por su parte, el profesor Alvarado Velloso, al que hemos hecho referencia como guía fundamental en nuestro estudio, define la nulidad procesal como “la sanción ([...] el vocablo se utiliza con una significación muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un acto procesal en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantías de los derechos justiciables”<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> CARRASCO POBLETE, Jaime. *Ibíd.* p. 53

<sup>246</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presupuestos de la nulidad procesal. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 04/93, Uruguay, 1993[Consultado 15 de Abril de 2014][en línea]: <<http://www.institutoderechoprosesal.org/upload/biblio/contenidos/40.pdf>> p. 41

## 2.2. Presupuestos de la nulidad procesal.

Siguiendo la línea del profesor Alvarado Velloso, pasaremos a exponer sucintamente los presupuestos de la nulidad procesal, que nos permitirán develar de manera más comprensible la idoneidad de este medio de impugnación como manifestación de la protección de la juridicidad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Los presupuestos son los siguientes<sup>247</sup>:

- Existencia de un acto irregular que se halle inserto en un proceso.
- Existencia de sanción de nulidad específicamente prevista en la ley (Principio de Especificidad). Atenuado en su rigorismo formalista principalmente por el principio del finalismo<sup>248</sup> y el principio de trascendencia.
- Debe existir un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio a alguna de las partes (principio de la trascendencia)
- Debe mediar petición de parte
- No debe alegar nulidad aquél cuya actuación concurrió a cometer el vicio o que sabía o debía saber su existencia (Principio de protección)

---

<sup>247</sup> *Ibíd.* pp. 41 y ss.

<sup>248</sup> “[...] aún cuando exista previsión de sanción en la ley, basta que el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables o esenciales en orden a la obtención de su fin, para que se considere que el juez se haya facultado sin más para declarar la nulidad” *Ibíd.* p. 42

- Principio de subsanación (que no se practique la posibilidad de reparar o remediar el defecto que vicia el acto)
- Principio de conservación (por ser la sanción de nulidad extremadamente gravosa sólo cabe aplicarla en casos extremos, como última ratio, con un alto grado de comprobación, y procurando el juez en caso de duda la conservación válida del acto)
- Declaración judicial.

De la lectura de los presupuestos enunciados es posible desprender la relación interna existente entre una comprensión garantista del proceso y el respeto al principio de juridicidad. A su vez, es posible señalar que conforme a lo expresado por el profesor Alvarado Velloso la comprensión de la nulidad procesal se encuentra cercana al tercer subgrupo expuesto por Carrasco, al que hemos hecho referencia previamente, pues no se trataría de una mera sanción al incumplimiento de requisitos formales y de fondo del acto jurídico, sino que se entiende a la institución desde su orientación teleológica, y por tanto, la abarca funcionalmente y no sólo de manera estática y objetiva en un análisis de adecuación del acto jurídico concreto a la formas normativas. A nuestro parecer, en los presupuestos enunciados se conjugan de manera perfecta el interés social representado en el desarrollo mismo del proceso como medio pacífico dispuesto por el Estado para la solución de conflictos intersubjetivos, y simultáneamente conserva el respeto a las atribuciones potestativas típicas que consagra la propia ley procesal.

La doctrina y jurisprudencia nacional han reconocido como caracteres y/o presupuestos<sup>249</sup> de la nulidad procesal la necesidad de alegación de parte, y excepcionalmente su declaración oficiosa: necesaria declaración por parte de un tribunal; la posibilidad de convalidación, y en general su saneabilidad; el efecto extensivo; el principio de la trascendencia; el principio de conservación del acto<sup>250</sup>, dejando fuera de esta enumeración el principio de especificidad que no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico, pues la nulidad procesal (al menos en su forma de alegación incidental) se encuentra consagrada de manera genérica en el artículo 83 CPC, no estableciendo causales taxativas para alegar su procedencia<sup>251</sup>. De lo descrito es posible colegir que lo expuesto por Alvarado Velloso puede servirnos plenamente a fin de desentrañar los alcances de la nulidad procesal en nuestro ordenamiento jurídico.

La caracterización expuesta por Alvarado Velloso podría merecer reparos porque pareciese confundir la eficacia del acto jurídico procesal con su validez, y abordaría indistintamente el carácter intrínseco de la nulidad (que recae sobre el análisis del acto mismo y sus requisitos formales) con su carácter extrínseco (que mira ahora más hacia la eficacia del acto en relación

---

<sup>249</sup> Ya hemos señalado al respecto que la doctrina ha sido confusa, pues unas veces las enuncia como características, otras como caracteres, y otras incluso como principios.

<sup>250</sup> SALAS VIVALDI, Julio Enrique. Op. cit. pp. 77 y ss; MATURANA MIQUEL, Cristián. Los incidentes. (n. 238) pp. 22 y ss

<sup>251</sup> Podría sostenerse que el caso excepcional se presenta a propósito del medio directo Casación en la Forma, pues el art. 768 CPC consagra taxativamente las causales por las que procede. Sin embargo, nos encontramos en esta situación sólo si enfrentamos este medio de alegación de la nulidad procesal, confirmando que la regla es su opuesto genérico en la consagración de la institución en el art. 83 CPC

con su finalidad al interior del proceso antes que a la validez formal). Sobre este punto Jaime Carrasco realiza un detallado estudio, intentando dilucidar el alcance de estas dos posibilidades hermenéuticas, sus limitaciones y eventuales contradicciones, al que nos es necesario referirnos precisamente para terminar de enlazar nuestras posiciones fundamentales descritas en la primera parte de esta investigación, esto es, la doctrina del garantismo procesal, con el respeto al principio de juridicidad.

### 2.3. La nulidad procesal desde un punto de vista intrínseco.

En primer lugar, “[a]nalizar la nulidad como un vicio del acto nos obliga a poner el punto de partida en el acto procesal sano y, por ende, comprobar si este cumple con todos los requisitos que son necesarios para que sea perfecto, es decir, para que produzca sus efectos”<sup>252</sup>. Según el autor, indefectiblemente dicho camino nos lleva a realizar una analogía entre las categorías propias de los actos jurídicos civiles y el acto jurídico procesal objeto del análisis<sup>253</sup>, cuestión que no sería para nada pacífica. Nos encontraríamos en tal situación

---

<sup>252</sup> CARRASCO POBLETE, Op. cit. p. 54

<sup>253</sup> “este intento por estudiar la nulidad como categoría intrínseca del acto procesal se hace sin base positiva en nuestro sistema, ya que no se encuentran regulados de manera general o sistemática los requisitos de los actos y, por ende, invita a utilizar figuras que corresponden a la teoría general de los actos jurídicos civiles, que atendida la autonomía y finalidad del Derecho procesal no calzan por completo” *Ibíd.* p. 56

precisamente porque no existe una teoría general de la nulidad, y a su vez, la posibilidad de una teoría particular de la nulidad procesal se ve truncada por la vaguedad y contradicción analítica que comparten doctrina y jurisprudencia, sumada a la ausencia de una consagración unitaria y sistemática en nuestros textos normativos, y que permitiese desde ahí cimentar su construcción.

El análisis del acto procesal sano (primer grupo de teorías) comenzaría por diferenciar artificialmente entre requisitos de fondo y requisitos de forma, sin clarificar en ningún caso qué elementos pertenecen a una u otra categoría, precisamente porque ni siquiera la propia ley procesal se encarga de efectuar dicha distinción. Luego, además, sólo por enunciar algunos de los problemas más relevantes que acarrea este camino hermenéutico, encontramos que: existe una falta de regulación sistemática de los actos procesales, lo que hace complejo determinar y agrupar los requisitos de aquellos; hay falta de claridad para poder establecer cuándo la ausencia de alguno de sus elementos trae aparejada la nulidad del acto o la afecta otro tipo de invalidez<sup>254</sup>, o simplemente no hay una conexión directa con un tipo sancionatorio; esta teoría excesivamente formalista, que funda a la institución en la observación de la

---

<sup>254</sup> Por ejemplo en aquellos casos en que la demanda se presente ante un tribunal que no tenga jurisdicción (en realidad no sería un tribunal) (requisito de fondo) o falte competencia (también requisito de fondo), la sanción sería diversa, o si existe falta de patrocinio en la presentación de la demanda, casos que parecen colindar más con la inexistencia, antes que con la nulidad. Ahora bien, un tema diverso es que en la práctica la jurisprudencia requiera declaración judicial previa en ambos casos descritos, pero al respecto nada señala explícita y sistemáticamente la ley procesal. La vaguedad nuevamente nos guía a valernos de la regulación civil, y los avances que en esa rama del derecho se han alcanzado, cayendo en este error simplemente porque hemos puesto un pie de inicio en falso.

estructura orgánica del acto, “no permite explicar las diversas limitaciones que actualmente existen en nuestro derecho positivo para evitar la declaración de nulidad de un acto procesal como son los principios de convalidación, subsanación, buena fe, trascendencia, extensión, etc., sino que solo atiende a la nulidad del acto por falta de algún requisito de aquél”<sup>255</sup>. Según lo señalado hasta aquí es evidente que existe la imposibilidad de sostener firmemente y de manera consistente una teoría de análisis que recaiga exclusivamente sobre la forma orgánica del acto procesal y sus requisitos de validez interna (de fondo y de forma).

Lo señalado en el párrafo previo no quiere decir en ningún caso que el análisis interno del acto se torne irrelevante ni mucho menos, sino simplemente que, atendida la naturaleza propia de la función jurisdiccional del Estado manifestada en el proceso, dicha teoría no es autosuficiente para dar por acabado el estudio sobre la nulidad procesal; no es todo lo completo que pretende ser. La única forma de salvar dicha posibilidad (si fuese posible) es encontrar regulación de carácter legal que consagre de manera completa y sistemática, como no está hecho<sup>256</sup>, una teoría general sobre los actos jurídicos procesales, cuestión ausente en nuestro particular ordenamiento jurídico, y tal vez imposible de alcanzar también a propósito de otras instituciones. En

---

<sup>255</sup> *Ibíd.* p. 57

<sup>256</sup> Recordemos que se ha señalado que en nuestro ordenamiento jurídico no tendría aplicación directa el principio de especificidad de la nulidad procesal.

resumen: el mero análisis orgánico interno del acto no basta para abordar los alcances y naturaleza de la nulidad procesal.

#### 2.4. La nulidad procesal como sanción.

La segunda lectura sobre la naturaleza de la nulidad procesal, plantea Carrasco, gira en torno a la definición de la nulidad como sanción (ya no como un defecto orgánico interno), y por ello, hace referencia al carácter extrínseco de la nulidad. Según Carrasco, “[e]sta teoría explica la nulidad como una sanción y ello quiere decir que frente a una determinada irregularidad en el ejercicio de un acto procesal, que causa un perjuicio importante a alguna de las partes, el ordenamiento reacciona y elimina los efectos del acto viciado”<sup>257</sup>. En general se trataría de la infracción de normas imperativas de cierta relevancia, y ya no velaría sólo de manera abstracta por el resguardo de la legalidad objetiva, tornando relevante en este caso incluso el elemento finalidad del acto procesal, a fin de evaluar si es susceptible de sanción o no. En palabras de Lourido Rico “aunque se trata de una sutil diferencia se pasa a distinguir la nulidad como vicio del acto a la nulidad como una sanción que la ley prevé para los actos que incurran en determinadas irregularidades desplazándose el centro de gravedad

---

<sup>257</sup>Ibíd. p. 58



del acto procesal a la ley”<sup>258</sup>. Por lo tanto bajo esta óptica ya no es indispensable abordar artificialmente el análisis del acto jurídico desde la doctrina civilista, y el rol de la ley procesal vuelve a tomar su sitio primigenio definiendo los casos en que la irregularidad amerite ser sancionada con la nulidad, lo que sin duda significa la tipificación legal de los casos considerados como graves y sancionables, y el abandono de excesivas especulaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

En este caso, la posición doctrinaria propuesta opta por volver a la ley en busca de las sanciones tipificadas, en lugar de abrir espacio al análisis especulativo sobre los requisitos propios de cada acto jurídico procesal y su intrínseca validez o nulidad. Por lo tanto, en este caso enfrentaríamos a la nulidad como “una consecuencia prevista por la ley para actos procesales que presenten desajustes importantes con el modelo normativo”<sup>259</sup>.

Esta segunda posición define la validez final del acto jurídico procesal no desde un punto de vista meramente orgánico y abstracto normativo, sino que progresa y entronca dicha aproximación con nociones de eficacia y criterios teleológicos a la hora de decidir sobre la regularidad del acto. Eso sí, el reverso negativo que encontramos en esta tendencia es que “la nulidad desde un punto de vista extrínseco no se refiere a los fundamentos de la nulidad sino que se basa en la gravedad de la irregularidad cuestión que nos dirige a las causales

---

<sup>258</sup> Ibid. P. 59

<sup>259</sup> Ibídem.

de nulidad establecidas en la ley, dejando fuera innumerables hipótesis de nulidad, perdiendo el sistema anulatorio flexibilidad y dinamismo”<sup>260</sup>. Pero hay que estar atento a lo que ciertamente se quiere significar con esto, y el rescate que creemos es útil conforme a nuestra lectura del proceso. Pues conforme a dicha distinción podríamos estar ante un acto inválido desde un punto de vista objetivo (que no haya cumplido con las regularidades orgánicas internas ordenadas por la ley) pero que sea al fin y al cabo eficaz<sup>261</sup>, y aquello da la impresión de que la eficacia buscada en buena lid permitiría incluso obviar normas potestativas e imperativas contempladas en la ley procesal. Sin embargo, desde nuestra visión, el elemento que permitirá finalmente definir la preponderancia de la eficacia del acto jurídico ante la supuesta invalidez orgánica, será precisamente un mandato legislativo, y no el mero arbitrio interpretativo; es el legislador el encargado de señalar no sólo los casos de invalidez sancionables, sino también los casos de excepción en que dichas sanciones no serían aplicables.

Sostenemos que esta defensa de la eficacia del acto jurídico procesal en aquellos casos en que no se cumpla con los supuestos requisitos orgánicos formales y de fondo, o sea en el caso de los actos jurídicos procesales en principio inválidos o irregulares, es buscada en último término siempre por el

---

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> “Por ejemplo si una notificación no cumple los requisitos entonces es irregular pero si el sujeto no alega dicha disconformidad del acto jurídico procesal y realiza otro posterior entonces convalidó el vicio ...]” *Ibid.* p. 66

legislador que no acepta la aplicación irrestricta de la sanción de nulidad a los casos en que existan defectos orgánicos del acto. Por otro lado, ésto evidentemente implica que la decisión sancionatoria no queda sujeta al mero arbitrio del intérprete de turno. En la misma dirección, es posible sostener que “los actos procesales tienen ciertas limitaciones para que se produzca la constatación o declaración de ineficacia que se fundan en el principio de conservación de los actos procesales, el logro de la finalidad del acto o también llamado principio de instrumentalidad de las formas, la convalidación, la subsanación y criterios de oportunidad, los cuales privan de fundamento a la declaración de nulidad [...] Distinguir la invalidez de la ineficacia de un acto permite explicar una serie de límites que impiden la declaración de ineficacia del acto y que hace que este sea considerado como una irregularidad sin efecto invalidante”<sup>262</sup>.

Para cerrar este acápite presentaremos la propuesta hermenéutica del propio Carrasco para superar las anteriormente expuestas y comprender ahora a la nulidad como una técnica instrumental a disposición de las partes antes que una forma de velar por la validez orgánica interna del acto o como un método sancionatorio más o menos dinámico.

---

<sup>262</sup> *Ibidem*.

## 2.5. La nulidad procesal como derecho de impugnación

Para seguir el camino que desemboca en la posición doctrinal de Carrasco, y que resulta en la tercera alternativa doctrinal de interpretación de la institución en comento es necesario pasar por Japiot. Éste sostuvo que “la nulidad no debe ser considerada como un hecho, teniendo en sí valor propio; ella no constituye una modalidad, una manera de ser del acto jurídico, (...). Se traduce prácticamente en la existencia de un derecho especial atribuido a las personas (...); un derecho de impugnación dirigido contra las consecuencias de un acto nulo”<sup>263</sup>. Desde este enfoque, la relevancia de la nulidad procesal pasa esencialmente por su instrumentalidad puesta al servicio de las partes, y se manifiesta como una expresión del derecho de impugnación en sentido amplio. Ya no basta el mero análisis objetivo y abstracto que proponía la primera postura doctrinal, ni menos el acotado listado tipificado por el legislador de manera taxativa de la segunda opción hermenéutica, sino que ahora la posición de las partes en juicio pasa a ser lo preponderante, y sería directamente el interés de éstos el que se estaría protegiendo por este medio, salvo, obviamente, los casos que son considerados de interés público, en que podría declararse de oficio por el juez.

---

<sup>263</sup> *Ibíd.* p. 67

Coincidiría esta postura con la idea de Santamaría Pastor sobre los planos a distinguir al momento de aproximarse a la nulidad procesal: "... en primer lugar la mera situación constatada de la divergencia entre la estructura real del acto y el esquema previsto por la norma (...). En segundo lugar la calificación global de la circunstancia de no producción de efectos del acto como consecuencia de su contraposición con la norma (...) Y en tercer lugar, las diferentes modalidades procesales de realización práctica de la sanción general de la no producción de efectos"<sup>264</sup>. Esta triple dimensión analítica permite agrupar y superar las nociones doctrinales previas sobre la nulidad procesal, adecuándola al funcionamiento de un Estado de Derecho moderno respetuoso de las garantías individuales, y que tiene como pilar fundamental a la persona humana.

Según la propuesta de Carrasco: "no es el acto y sus vicios lo que determina la aplicación de la categoría, sino el objeto de protección de la nulidad en cada ordenamiento y la utilidad de su aplicación"<sup>265</sup>. Ahora corresponde entonces al intérprete avocarse no exclusivamente a los requisitos del acto jurídico procesal, sino que atender de manera especial el objeto de protección de la misma norma jurídica, lo que permitirá definir de manera clara

---

<sup>264</sup>SANTAMARÍA PASTOR, La nulidad de pleno derecho en los actos administrativos (Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público). Institutos de estudios Administrativos, Madrid, España, 1975 citado en: CARRASCO POBLETE, Jaime. Op. cit. pp. 67-68

<sup>265</sup>Ibíd.p. 69

cuales son los propios límites que posee la declaración de nulidad en el caso concreto.

En la realización de la tarea expuesta el juez ha de vislumbrar y distinguir entre aquellas irregularidades que afectan el orden público de aquellas que afecten solamente el interés de los particulares en juicio, facultándole la ley sólo en el primero de los casos a declarar la nulidad de oficio, de manera absolutamente excepcional. Luego, ha de realizarse un juicio de valor por parte del juzgador para determinar si resulta idónea la aplicación de la técnica instrumental en comento, atendida la naturaleza, oportunidad, alcance, etc, del acto jurídico que es objeto de análisis, y en este paso va más allá de la simple constatación de divergencia entre la forma típica del acto jurídico y su expresión dinámica incompleta o errónea que está siendo objeto de cuestionamiento. Por lo mismo, y resguardando el interés y garantías de las partes en juicio ante eventuales arbitrariedades en la decisión decretada finalmente por el juzgador, es imperativo señalar que “el juicio de valor que el juez realiza debe basarse en los criterios que el legislador ha establecido en el ordenamiento jurídico procesal. En efecto, la norma infringida debe ser invalidante para lo cual el legislador debe atribuir dicha naturaleza expresamente en el ordenamiento jurídico a través de causales e hipótesis especiales o a través de criterios generales”<sup>266</sup>.

---

<sup>266</sup> Ibíd. p. 71

En otras palabras, la valoración última sobre la eficacia de los actos jurídicos procesales irregulares, tal como señalamos previamente, y en plena concordancia con Carrasco, se encuentra a cargo del legislador, y no en manos de la mera arbitrariedad e inventiva judicial. Tal como señala Carrasco, “[l]as causas de nulidad son fruto de una decisión política que el legislador debe determinar en atención a criterios de proporcionalidad (gravedad de la infracción), finalidad (cumplimiento del fin del acto), oportunidad (tiempo), posibilidad de subsanación, etc. Evidentemente que estos fundamentos valorativos que pueden introducirse en un sistema anulatorio deben tener un sustento en el derecho positivo [...]”<sup>267</sup>. El objeto de protección resguardado por la nulidad procesal se encuentra definidos previamente por el legislador, en tanto órgano democráticamente idóneo. Es él el encargado de definir la finalidad de la nulidad, la oportunidad, la posibilidad de subsanación, y cualquier otra faz relacionada.

La posición de Carrasco, que comprende a la nulidad como una técnica instrumental, tiene su expresión dinámica en el análisis extrínseco del acto sujeto a revisión, tal como se puede desprender de lo que hemos señalado líneas más arriba. Pero a diferencia de la segunda posibilidad hermenéutica ya enunciada, en éste caso se produce un movimiento hacia la norma jurídica procesal, que terminará por definir dinámicamente el criterio que ha de ser aplicado por el juez, en donde entran en juego interpretativo otras normas del

---

<sup>267</sup> *Ibíd.* p. 72

ordenamiento que limitarán la declaración final de ineficacia (principio de trascendencia, oportunidad, finalidad, etc) o guiarán a obtenerla. Tal como señala el mismo Carrasco “La atención se centra ahora en la función que cumple la nulidad dentro del ordenamiento jurídico el cual vendrá determinado por la norma jurídica”<sup>268</sup>.

Coincidimos plenamente con la postura de Carrasco, pues creemos que se corresponde fielmente con la dinámica fundante del principio de juridicidad y el garantismo procesal propuesta en la presente investigación. Moderniza y adapta adecuadamente la lectura que podría hacerse trasladando directamente la nulidad de derecho público al área procesal. Conjuga de manera óptima la instrumentalidad del proceso, su relación con la función jurisdiccional, y los intereses contrapuestos que se ponen en disputa ante el juzgador, a la vez que atiende a la necesaria seguridad jurídica que ha de atravesar la institución, y su manifestación natural en el principio de transitoriedad del proceso. Por lo mismo, y en relación con la nulidad procesal en sentido estricto<sup>269</sup>, compartimos lo expuesto en la propuesta de Carrasco. En sus palabras: “la nulidad protege los derechos y garantías procesales sobre las cuales se construye el proceso. La vulneración de estas (bilateralidad de la audiencia, imparcialidad, independencia, igualdad de armas, buena fe, etc.) hace imposible cumplir con

---

<sup>268</sup> *Ibíd.* p. 70

<sup>269</sup> Recordemos que previamente hemos distinguido la Nulidad Procesal en general, de ésta nulidad procesal en sentido estricto. La primera incluye a la segunda, y a otros medios de impugnación que persiguen también un fin invalidatorio.



los fines del proceso que es ser un instrumento para la función jurisdiccional. Si esto es así, lo que procura el ordenamiento es evitar que se generen situaciones de indefensión”<sup>270</sup>

Para concluir, señalaremos a modo de resumen que, si bien deseamos la posibilidad de que la acción de nulidad de derecho público tal como ha sido conocida por la jurisprudencia y doctrina administrativa tradicional tenga aplicación respecto de las resoluciones judiciales en general, sí consideramos que existe una manifestación particular en sede procesal (en tanto función estatal) denominado precisamente Nulidad Procesal, y que busca lograr la invalidación del acto dictado por el órgano jurisdiccional con vulneración del principio de juridicidad en los casos que la propia ley ha determinado, y a quien también se le ha encargado la regulación de su tramitación. La nulidad procesal, a su vez, encuentra lugar y se manifiesta a través de diversos medios impugnatorios que contiene la ley (entre los cuales encontramos a la nulidad procesal en sentido estricto), y que no son más que su expresión en un momento dinámico, pero comparten de manera general la misma raíz fundamental; la protección al principio de juridicidad.

### **3. La nulidad procesal en el Código del Trabajo.**

---

<sup>270</sup> *Ibíd.* p. 75

Ya hechas las aclaraciones previas, nos es imperativo desembocar de manera conclusiva en la regulación particular que se presenta en el proceso laboral. En ese sentido es preciso realizar una revisión genérica de los medios de impugnación de resoluciones judiciales que se encuentran contemplados en la ley procesal laboral, ya que como hemos señalado en líneas anteriores, éstos son los medios idóneos para resguardar el principio de juridicidad de manera particular en sede procesal, conforme se desprende del propio texto constitucional.

Es preciso reiterar brevemente que tradicionalmente los recursos según su finalidad, de manera genérica, se clasifican entre aquellos que buscan la declaración de nulidad de una determinada resolución de aquellos que buscan su enmienda conforme a derecho. A su vez, dentro de los primeros, y en relación directa con la nulidad procesal como medio sancionatorio idóneo a las actuaciones infractoras del principio de juridicidad, es posible distinguir entre aquellos que aparecen como medios directos para alegar la nulidad de determinada actuación, de aquellos conocidos como medios indirectos. Tal como señalamos en páginas anteriores, es la ley procesal la que define cuáles son los medios idóneos particulares para velar por el principio de juridicidad. A propósito de la relación general que se realiza en sede administrativa entre sanción a la infracción del principio de juridicidad y nulidad de derecho público, y hechas previamente las aclaraciones y precisiones necesarias al respecto, haremos en las siguientes líneas referencia a las particularidades de la nulidad

procesal (incidental) que se contempla en la ley procesal laboral. Esta breve introducción permitirá comprender de mejor manera la siguiente exposición.

El sistema recursivo en el proceso laboral se encuentra regulado principalmente en el párrafo 5° del Capítulo II, del Título I del Libro V del Código del Trabajo, artículos 474 y ss., y supletoriamente por las normas establecidas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil<sup>271</sup>.

En primer lugar haremos referencia a los denominados medios indirectos, que son aquellos que sin perseguir directamente la nulidad, pretenden, a pesar de todo, que ella sea declarada.

### 3.1. Medios Indirectos.

En ese sentido, la primera manifestación de un medio de impugnación que persigue indirectamente la nulidad procesal es el Recurso de Reposición, consagrado en el artículo 475 CT. Se trata del acto procesal de impugnación que emana exclusivamente de la parte agraviada, y tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que dictó la resolución que la modifique o la deje sin efecto. Este

---

<sup>271</sup>Al respecto puede discutirse si podríamos aplicar por especialidad el artículo 474 sobre el artículo 432, que prescribe la aplicación supletoria no sólo del Libro Primero del CPC, sino también el Segundo, siempre que no sea contrario a los principios que informan el proceso laboral. En nuestra opinión, respecto de los recursos, tal como señala expresamente la norma, sería aplicable supletoriamente sólo el libro primero del Código de Procedimiento Civil.

recurso procede en contra de autos y decretos<sup>272</sup>, y en contra de sentencias interlocutorias siempre que no pongan término al juicio o hagan imposible su continuación. Se interpondrá de forma verbal inmediatamente si la resolución que se pretende impugnar es pronunciada en audiencia, y se resolverá en el acto. Si la resolución impugnada no es dictada en audiencia la reposición se presenta por escrito dentro de tercero día de notificada la resolución que se impugna, a menos que dentro de dicho término tenga lugar alguna audiencia, en cuyo caso debe interponerse dentro de esta.

Como segundo medio de impugnación que persigue indirectamente la nulidad de una resolución judicial encontramos al recurso de apelación. Éste es el acto jurídico procesal de la parte agraviada o que ha sufrido un gravamen irreparable con la dictación de una resolución judicial, por medio del cual solicita al tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al tribunal superior jerárquico con el objeto de que éste la enmiende, con arreglo a derecho<sup>273</sup>. En el actual proceso laboral se encuentra limitada su aplicación, procediendo sólo contra: las sentencias interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución, las que se pronuncian sobre medidas cautelares, y las resoluciones que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social. Por tanto son requisitos

---

<sup>272</sup> Recordemos que previamente hemos señalado que en gran medida el medio idóneo para velar por la protección del principio de juridicidad se encuentra definido o determinado casi en su totalidad por la naturaleza de la resolución que se pretende anular o revisar.

<sup>273</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián. Los recursos... (n. 236)

copulativos para la aplicación de este recurso la necesidad de que se trate de alguna resolución que admita la procedencia del mismo, y además el necesario agravio que debe causar al apelante. Sin duda, por la referencia supletoria al Libro Primero Código de Procedimiento Civil, también es aplicable plenamente el Recurso de Hecho, conforme a la regulación que se realiza en dicho cuerpo normativo<sup>274</sup>.

Por la aplicación supletoria del Libro Primero del CPC, también podemos permitirnos afirmar que tiene aplicación el recurso de aclaración, rectificación y enmienda (arts. 182 a 185 y 190 CPC). Creemos que en este caso estamos en presencia de un recurso que sólo podría tener como finalidad indirecta la búsqueda de declaración de nulidad procesal de la resolución judicial pertinente, si es que nos es posible realizar tal afirmación, pues tal como lo denota su conceptualización dogmática, no perseguiría poner en discusión el contenido mismo de la resolución jurídica, sino que, a lo más, busca la realización de enmiendas de carácter objetivo de las mismas, o sino su simple aclaración por parte del órgano competente.

### 3.2. El recurso de Nulidad.

Ahora, como un medio de impugnación cuya finalidad es directamente obtener la declaración de nulidad de la sentencia definitiva encontramos al

---

<sup>274</sup>LANATA F., Gabriela. Manual de Proceso Laboral. Editorial Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2010 p.197

Recurso de Nulidad, consagrado en los artículos 477 y ss. CT. Su relevancia en el actual proceso laboral lo sitúa como un eje central que define el sistema recursivo que ha pretendido implementar el legislador, y con ello, la opción que ha adoptado al regular normativamente la realización dinámica del derecho al recurso, optando por dejar fuera la opción general de la doble instancia. En el proceso laboral no se prevé la presencia del recurso de casación en la forma ni el recurso de casación en el fondo por no remitirnos la ley supletoriamente, ni de manera directa, al Libro Cuarto del CPC<sup>275</sup>. Las situaciones allí sancionadas quedan en muchos casos cubiertas por el propio recurso de nulidad, tal como se desprende de su mera comparación literal.

El recurso de nulidad “es un acto jurídico procesal que otorga el legislador a aquella parte que ha sufrido un perjuicio con el pronunciamiento de una sentencia definitiva dictada en un proceso laboral para invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o solo la sentencia definitiva por las causales expresamente señaladas en la ley”<sup>276</sup>. Su especial relevancia radica en que es el único recurso que procede en contra de las sentencias definitivas dictadas en los procesos laborales (art. 477 CT), salvo, por supuesto, el recurso de unificación de jurisprudencia.

---

<sup>275</sup> Ya hicimos las observaciones pertinentes a propósito de los artículos 432 y 474 CT

<sup>276</sup> ORELLANA TORRES, Fernando- PÉREZ RAGONE, Alvaro. Derecho procesal y justicia laboral. Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2013 p. 263

Estamos en presencia de un recurso extraordinario, “por cuanto el legislador ha establecido específicamente, de manera taxativa y rigurosa las causales que hacen procedente el recurso, no siendo suficiente el solo agravio sufrido por una de las partes y, en segundo lugar, en atención a que sólo procede respecto de determinadas resoluciones judiciales, esto es, de aquellas que tienen el carácter de sentencias definitivas, dictadas en determinados procedimientos”<sup>277</sup>. Sobre este punto cabe precisar que el carácter extraordinario del recurso viene dado por la taxatividad de las causales que lo hacen procedente, antes que sobre la cuantiosa cantidad de resoluciones contra las que procedería, pues en este caso se encontrarían todos los recursos y medios impugnatorios, en general, que se consagran en nuestra legislación. Tal como señala Mella con Domínguez, “estaremos ante un recurso extraordinario cuando la competencia del tribunal del recurso se halla circunscrita a un tipo especial de agravio, el que taxativamente dispone la ley sin que corresponda al tribunal una revisión total del conflicto ni de la decisión impugnada, sino sólo de la cuestión que constituye el agravio específico de la impugnación”<sup>278</sup>.

Por otra parte, concordamos con Domínguez y Mella en la apreciación de que la característica de ser un recurso extraordinario es suficiente para señalar

---

<sup>277</sup> LANATA, Gabriela. El sistema de recursos en el proceso laboral chileno. Legalpublishing, Santiago, Chile, 2011 p. 138.

<sup>278</sup> DOMINGUEZ MONTOYA, Álvaro-MELLA, Patricio. El recurso de nulidad laboral. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 229-230 año LXXIX. (En-Dic, 2011), Concepción, Chile, 2011 p. 156

que estamos ante un recurso de derecho estricto, pero que en realidad, ambas nociones hacen referencia a lo mismo. Dicha lectura de Domínguez y Mella surge de un análisis crítico de la jurisprudencia emanada de las Cortes de Apelaciones a propósito de la admisibilidad del recurso de nulidad. En ese sentido, compartimos lo que afirman siguiendo a Cortez: “la calidad de ordinario o extraordinario de un recurso no deriva del formalismo establecido para su interposición sino porque su admisión depende de que se aleguen unos motivos de impugnación expresamente determinados por la ley, siendo errado afirmar que el Recurso de Nulidad además de ser extraordinario es de derecho estricto, ya que ambos conceptos son sinónimos y no cosas distintas.”<sup>279</sup>.

En conclusión, afirmar que estamos ante un recurso extraordinario quiere decir al mismo tiempo que estamos ante un recurso de derecho estricto, no significando esto último que ha de exigírsele al juez un criterio hermenéutico más estricto en el análisis de admisibilidad del recurso, pues el legislador ya ha cumplido con su cometido al consagrar de manera taxativa las causales de su procedencia.

En relación a las causales que permiten la aplicación operante del recurso de nulidad se ha señalado que “al igual que en el proceso penal, el legislador ha contemplado dos tipos de causas que hacen procedente el recurso de nulidad en el proceso laboral. Una causa general y otras causas

---

<sup>279</sup>Ibíd p. 157.



específicas”<sup>280</sup>. Como causa o motivo general “el fundamento de la impugnación es la infracción sustancial de los derechos y garantías constitucionales o la infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”<sup>281</sup>, tal como señala el art. 477 CT.

Las causas específicas, por su parte, se encuentran reguladas en el artículo 478 CT, y son las siguientes:

“a) Cuando la sentencia haya sido pronunciada por juez incompetente, legalmente implicado, o cuya recusación se encuentre pendiente o haya sido declarada por tribunal competente;

b) Cuando haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica;

c) Cuando sea necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior;

d) Cuando en el juicio hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre inmediación o cualquier otro requisito para los cuales la ley haya previsto expresamente la nulidad o lo

---

<sup>280</sup> ORELLANA TORRES, Fernando- PÉREZ RAGONE, Alvaro Op. cit. p. 263

<sup>281</sup> PEÑA NEIRA, Sergio. Procedimientos e impugnaciones del Libro V del Código del Trabajo. Editorial Libromar LTDA., Santiago, Chile, 2012 p. 167

haya declarado como esencial expresamente;

e) Cuando la sentencia se hubiere dictado con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 ó 501, inciso final, de este Código, según corresponda; contuviese decisiones contradictorias; otorgare más allá de lo pedido por las partes, o se extendiere a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de las facultades para fallar de oficio que la ley expresamente otorgue, y

f) Cuando la sentencia haya sido dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y hubiere sido ello alegado oportunamente en el juicio”.

Con la simple lectura de las normas citadas, tanto en las causales genéricas del artículo 477 CT como en las específicas del artículo 478 CT, nos podemos dar cuenta de que hacen referencia similar a las causales contempladas en el recurso de casación en el fondo y casación en la forma que se consagran en nuestro Código de Procedimiento Civil. Luego, además, hacen referencia directa a diversas dimensiones de la atribución potestativa legal consagrada en la ley procesal, la que hemos tratado en las secciones anteriores de este trabajo.

La apertura sancionatoria a los casos de incompetencia, la recusación y la implicancia, hacen referencia a la particular posición en que ha de situarse este agente estatal encargado de ejercer la función jurisdiccional, como es el juez, y en un análisis aún estático y previo al inicio mismo del proceso, da cuenta de la naturaleza particular del ejercicio de esta función estatal, que ha de ser ejercida por un tercero imparcial, conforme a la noción fundamental de proceso.

El resto de las causales específicas dicen relación con el ejercicio dinámico de las potestades judiciales y su regulación legal. Así, por ejemplo, la infracción de las normas sobre la apreciación de la prueba, rectificación en la calificación jurídica realizada por el tribunal a quo, la eventual infracción a las normas sobre inmediación, la infracción por omisión de determinados requisitos de la sentencia definitiva, incluyendo ultrapetita y extrapetita o la vulneración a la cosa juzgada, todas estas causales dicen relación con las formas de realización dinámica de la actividad jurisdiccional del Estado y el resguardo impugnatorio puesto a disposición de las partes, para evitar el ejercicio arbitrario o desviado de la potestad conferida al juez

El listado taxativo de causales cierra de manera lógica con la consagración de la procedencia del recurso de nulidad en aquellos casos en que se hubiese inobservado cualquier otro requisito para los cuales la ley haya

previsto expresamente la nulidad o ésta haya declarado como esencial expresamente<sup>282</sup>, sirviendo ésta como norma de cierre.

En todos los casos anteriormente descritos estamos en presencia de formas recursivas que permiten controlar el ejercicio de la actividad jurisdiccional del juez laboral, en atención al alcance de las potestades que la propia ley le ha conferido, y de esta forma, tal como señalamos en el inicio de esta sección, sirven de instrumento de garantía para las partes en juicio no sólo frente a su adversario horizontal y los intereses de ésta, sino más bien, y ante todo, opera como una vía de protección ante el ejercicio ilegal de la potestad que se le ha conferido al juez laboral.

Lo que hemos dicho hasta acá aparece de manera aún más evidente en la causal genérica contemplada en el artículo 477 CT. El recurso será procedente así contra las sentencias definitivas cuando durante la tramitación del juicio o en la sentencia misma se produzca una infracción sustancial a derechos o garantías constitucionales y contra sentencia dictada con infracción de ley, siempre que dicha infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. El ámbito de protección recursiva se amplía a través de esta norma hacia todas las garantías o derechos constitucionales procesales, lo que permitiría inclusive afirmar que abarca, vía aplicación del artículo 5°

---

<sup>282</sup> Al respecto consultar: ORELLANA TORRES, Fernando- PÉREZ RAGONE, Alvaro Op. cit. pp. 263 y ss; Manual de Juicio del Trabajo Op. Cit. pp. 164 y ss.; PEÑA NEIRA, Sergio Op. cit. pp. 166 y ss. y LANATA, Gabriela. El sistema ... (n. 277)pp. 129 y ss.

inciso 2° de la Constitución, inclusive a los tratados internacionales que contengan normas de aplicación pertinente.

En la primera causal consagrada genéricamente en el artículo 477 CT existiría una referencia indirecta a la protección del Debido Proceso. En ese sentido señalan Orellana Torres y Pérez Ragone que “se pretende con esta causal la “cautela del racional y justo procedimiento” por el cual el Tribunal Superior se pronuncia si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el procedimiento y la sentencia definitiva”<sup>283</sup>. Pero inmediatamente nos aclaran: “Sin embargo, parece que la norma es más amplia aún y comprende no sólo los derechos o garantías del debido proceso sino además la vulneración de otros derechos constitucionales que pueden ser infringidos en la sentencia”<sup>284</sup>. De esta manera, la citada norma consagrada en el artículo 477 CT amplía el ámbito de aplicación del recurso de nulidad extendiéndolo incluso más allá de las normas reguladoras del debido proceso, permitiendo comprender de manera coherente las hipótesis de su procedencia con la consagración de la protección al principio de juridicidad que vincula a todas las funciones públicas, y al garantismo procesal como instrumento idóneo de interrelación entre la sujeción general de poderes del Estado al principio de juridicidad, y el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, en particular.

---

<sup>283</sup> ORELLANA TORRES, Fernando- PÉREZ RAGONE, Alvaro Op. Cit. p. 265

<sup>284</sup> *ibíd*

De esta manera, nuestra concepción garantista del proceso se ve afianzada en la regulación legal garantista del ejercicio potestativo judicial laboral, y nuevamente nos permitimos afirmar que es posible conjugar la protección del principio de juridicidad con nuestra concepción del proceso, ya que inclusive ha sido también aquella la intención del legislador al consagrar el recurso en comento de la manera en que terminó haciéndolo.

Finalmente, hemos de atender a que el recurso de nulidad tiene como finalidad lograr la impugnación de un acto jurídico procesal particular y preciso: la sentencia definitiva. Así, si bien hemos señalado que la regulación del recurso contempla varias causales de control del ejercicio de potestad jurisdiccional, en las más diversas dimensiones, éste sólo opera si es previamente preparado, y además, sólo respecto del acto jurídico procesal sentencia definitiva, y no en contra ni de las sentencias interlocutorias, ni de autos o decretos, que como ya señalamos previamente tienen sus propios medios de impugnación idóneos (recurso de apelación, recurso de reposición, por ejemplo) que apuntan indirectamente a lograr la nulidad del acto jurídico procesal particular bajo sus formas regulatorias específicas. Lo que sucede en este caso es que la sentencia definitiva puede lograr ser invalidada no sólo por su contenido mismo, sino además porque efectivamente este acto jurídico procesal decretado por el tribunal es el resultado de la actividad jurisdiccional ejercida por el órgano competente a lo largo de todo el proceso (instrumento de la función jurisdiccional estatal), y por lo mismo, si existen vicios considerados

graves por la ley (susceptibles de sancionar con nulidad) en la tramitación dinámica del juicio, o inclusive previo a la dictación de la sentencia y la redacción de su contenido; el recurso de nulidad en este caso permitiría impugnar dicha resolución, e inclusive retrotraer el proceso al momento en que el tribunal estima que se incurrió en el vicio invalidatorio. Recordemos que el proceso y las normas procedimentales no son medios para lograr un fin superior sustantivo establecido por el Estado, sino que ante todo son garantías en sí mismas, y por ello la necesidad de su resguardo y protección durante todo el desenvolvimiento del proceso.

Por último, y a manera de resumen en este punto, es posible señalar que el recurso de nulidad es un medio de impugnación idóneo para resguardar el respeto al principio de juridicidad respecto del ejercicio de la potestad jurisdiccional, y en particular como forma de control del ejercicio finalizado de la potestad conferida, que se ve materializada en la dictación sentencia definitiva por parte del tribunal laboral.

### 3.3. Sobre el recurso de Unificación de Jurisprudencia.

Otro medio impugnatorio novedoso incluido en el Código del Trabajo es el recurso de unificación de jurisprudencia consagrado en el artículo 483. Se interpone ante el tribunal que dictó la resolución que resuelve el recurso de

nulidad para ante la Excelentísima Corte Suprema. El objeto del recurso en cuestión es unificar la interpretación respecto de una materia de derecho para lo cual el recurrente ha de valerse de las diversas interpretaciones sostenidas en uno o mas fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia.

Este recurso si bien tiene como finalidad última la unificación de jurisprudencia conforme a los precedentes de los mismos tribunales superiores de justicia, para lograr dicha finalidad ha de invalidarse obviamente el fallo que resuelva el recurso de nulidad, y que es la resolución que se ha de impugnar en el presente caso.

Sobre este recurso podríamos señalar, sin ser exhaustivos, que se trata de un instrumento puesto a disposición de las partes para velar correcta aplicación de la ley, y tiene una mayor relación con la organización jerárquica de nuestros tribunales de Justicia, la tarea hermenéutica que desarrollan y el principio de certeza jurídica, que en este caso particular trasladaría su enfoque legalista, al ámbito jurisprudencial, con la esperanza de que tanto la cultura jurídica interna, como la cultura jurídica externa, se encuentren conformes en sus expectativas al momento de someter alguna causa a conocimiento de los tribunales de justicia.

Podría afirmarse que tras la consagración del recurso de unificación de jurisprudencia existe una intención promotora de la igualdad ante la ley por parte del Estado, y desde ese punto de vista, el resguardo igualitario vendría a



ser una expresión de garantía relacionado con la certeza jurídica en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Pero ha de leerse con cautela dicha relación, pues la eventual interpretación judicial, actualmente no vinculante, podría rozar los ámbitos propios de las funciones legislativas, por su generalidad, y esto a su vez podría significar el comienzo del reconocimiento de potestades impropias al Poder Judicial, en desmedro del resguardo del Estado de Derecho.

Sin duda la inclusión del presente recurso adquiere una relevancia que trasciende nuestro análisis, y entronca con una posible discusión sobre los alcances, metas y cambios que de sufrir nuestra propia cultura jurídica civilista, y su eventual futura relación con los países pertenecientes al denominado sistema del Common Law.

#### 3.4. Sobre la nulidad procesal consagrada en el artículo 429 CT.

En este último acápite analizaremos la institución general del incidente de nulidad procesal consagrado en el artículo 429 CT. Toma especial relevancia que la nulidad procesal en el presente caso se consagre en el mismo texto normativo que se inicia precisamente con la consagración y reiteración del principio formativo impulso procesal de oficio, pues aquello parece ser la opción ideológica que pretende infundir el legislador inclusive en esta institución.

El precepto legal en cuestión, Art. 429 inc. 3° e inc. 4°, señala, en lo pertinente, lo siguiente:

“El tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento. La nulidad procesal sólo podrá ser decretada si el vicio hubiese ocasionado perjuicio al litigante que la reclama y si no fuese susceptible de ser subsanado por otro medio. En el caso previsto en el artículo 427, el tribunal no podrá excusarse de decretar la nulidad.

No podrá solicitar la declaración de nulidad la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización”.

En este precepto nos encontramos con ciertas características a las que ya habíamos hecho referencia cuando analizamos genéricamente la nulidad procesal. Así, por una parte, y sin intención de reiterar en detalle lo que ya señalamos en líneas anteriores, para que sea procedente la declaración de nulidad de algún acto jurídico procesal, ahora en sede laboral específicamente, además de la mera disconformidad entre forma descrita en la ley y el hecho sancionable, es necesario además que exista un perjuicio para el litigante que la reclama, y que dicho perjuicio sea reparable sólo con la declaración de nulidad. Estamos ante lo que se ha denominado por la doctrina como principio de trascendencia, en donde el perjuicio que ha de sufrir la parte se traduce de la siguiente manera: es necesario que “la irregularidad que afecta al acto haya

colocado a una parte en la imposibilidad absoluta de hacer valer los derechos que emanan de él”<sup>285</sup>.

Por otra parte el contenido normativo del artículo 429 no sólo se hace de la mixtura entre la nulidad procesal y el impulso procesal de oficio, sino que además hace referencia al principio de celeridad que ha de atravesar al proceso laboral. Todo ello evidencia el espíritu activista del legislador, al que ya hemos hecho referencia en líneas anteriores. La celeridad, al parecer se encontraría relacionada directamente con las posibilidades de declaración de nulidad procesal de los actos procesales, o del proceso todo. La posibilidad de que estemos en ausencia de los presupuestos de validez de los actos jurídicos procesales, y que dicha ausencia no sea sancionada inmediatamente, implicaría obviar en cierta medida la necesaria celeridad con que el tribunal ha propender actuar en el desarrollo dinámico del litigio para obtener tutela judicial efectiva. Así se explicita, por ejemplo, al señalar que “tratándose de un juicio en base a audiencias, se le ha atribuido al juez un papel director del mismo, en que corresponde a éste y no a las partes el decurso del proceso atendiendo además a su finalidad y evitar las actuaciones dilatorias de una o de ambas partes o aquellas por las que se persiga el retardo en la administración de justicia”<sup>286</sup>. A modo de resumen, el espíritu del proceso laboral queda expresado en la manera que sigue: “[...] las normas del procedimiento no resultan extrañas al

---

<sup>285</sup> SALAS VIVALDI, Julio. Op. cit. p. 87

<sup>286</sup> ACADEMIA JUDICIAL (Chile). Op. cit. pp. 44-45

derecho sustantivo que se discute y que reconoce en las partes desigualdades de hecho que pueden tener aplicación en el proceso [luego además] todo el procedimiento se encamina a un juicio rápido acorde a la naturaleza alimentaria de los derechos que están comprometidos en la controversia”<sup>287</sup>.

Sin embargo, inmediatamente, la aplicación general del principio de trascendencia previamente mencionado encuentra un lugar de excepción, y el legislador prescribe expresamente que “en el caso previsto en el artículo 427, el tribunal no podrá excusarse de decretar la nulidad”, y a su vez la norma remitida indica que “las audiencias se desarrollarán en su totalidad ante el juez de la causa, el que las presidirá y no podrá delegar su ministerio. El incumplimiento de este deber será sancionado con la *nulidad insaneable* de las actuaciones de la audiencia, la que deberá declarar el juez e oficio o a petición de parte”. Por tanto, por el directo mandato del legislador en este caso no será necesario probar el perjuicio que dé lugar a la nulidad en cuestión, sino que bastará con la presencia del presupuesto consagrado en la ley para que el tribunal se encuentre vinculado y sea su deber declarar la nulidad procesal en el caso concreto.

Ahora bien, la particular redacción del precepto en cuestión permite realizar una apreciación un tanto más quisquillosa, no por el mero ejercicio intelectual que aquello implica, sino más bien para intentar desentrañar cuál

---

<sup>287</sup> *Ibidem*.

sería la opción hermenéutica que armonice de mejor manera con la protección al principio de juridicidad y el garantismo procesal, que se sostienen en nuestra constitución política. En una primera parte señala el texto normativo que “[e]l tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento”. Suponiendo que el legislador no ha pretendido reiterar dos veces la misma idea en dicho texto normativo, y además que la conjunción copulativa “y” implica la relación de dos acciones o conceptos diversos, hemos de deducir que en dicho texto se consagran dos ideas diversas y que pasaremos a analizar a continuación.

En una primera parte se prescribe que “[e]l tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio”, hemos de interpretar dicha texto para comprender a qué podría referirse, y cuál es la norma que de ahí se desprende. Sin duda es una de las normas que vienen a realizar concretamente el principio de impulso procesal de oficio consagrado en el artículo 425 CT como principio formativo del proceso. Ya hemos expresado en su oportunidad lo que opinamos respecto de la diferencia entre un sistema dispositivo y uno inquisitivo, o un principio procesal propiamente tal, y destacamos la importancia de diferenciar entre un “sistema” propiamente tal y un “principio”. En ese contexto, en el presente caso, y realizando la interpretación al interior de un sistema dispositivo, podemos señalar que estamos ante una norma que atribuye una potestad concreta al agente que actúe ejerciendo la función

jurisdiccional del Estado; una norma potestativa que no implica de manera necesaria la consagración general de un sistema oficioso o inquisitivo. Pero he aquí una posible nueva confusión; ¿sería posible aplicar la distinción realizada por Goldschmidt entre carga, obligación y deber, a éste precepto normativo, o más bien estamos ante una norma que no aguanta dicha categorización?.

La confusión antedicha la encontramos, por ejemplo, en Sergio Peña Neira, cuando señala que “[e]l tribunal, de oficio, tiene la *obligación* de corregir los errores en la tramitación del juicio. Todos y cada uno de los actos procesales efectuados en el procedimiento deberá corregirlos *motu proprio*, de “oficio”, el tribunal. Esta es una *carga* en que se limita, e inclusive se excluye, la posibilidad de la comisión de tales nulidades entregando al tribunal un poder extremadamente importante”<sup>288</sup>. Para su favor hemos de considerar que utiliza las nociones de “carga” y “obligación” no en su uso técnico, sino más bien de manera vulgar, pues de lo contrario aparece incoherente que a la vez la consagración normativa sea carga y obligación, conceptos absolutamente diversos. Luego además, es bastante cuestionable, y lógicamente imposible, sostener la idea de que al tribunal le son impuestas cargas procesales, pues dicha categoría parece vinculada sólo a la actuaciones procesales de las partes, precisamente porque son ellas las que tienen algún tipo de interés en el resultado y desarrollo del juicio mismo, y es precisamente ésta la idea detrás de la “carga procesal”. Si en algún momento el juez se topa con las cargas

---

<sup>288</sup>PEÑA NEIRA, Sergio. Op. cit. p. 156

procesales, lo hace sólo al momento de vislumbrar una de las reglas de juicio, especialmente en aquellos casos en que no exista prueba presentada por las partes, o ésta resulte insuficiente.

Por nuestra parte creemos que el extracto normativo en cuestión dice relación más bien lo que se conoce como deber procesal. De hecho, parece que la figura verbal esconde la noción de deber tras de sí por la forma en que se encuentra consagrada en la ley. Por tanto, en virtud de éste espíritu oficioso que infunda al juez laboral, la expresión “corregirá” ha de ser comprendida como “deberá corregir”, mandato expreso dirigido al tribunal. En virtud de lo mismo, para ejercer esta potestad-deber no ha de ser necesaria la previa incitación o actividad de parte; bastaría en principio su sola “observación” o constatación, por parte del juez.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la expresión “corregir”? Para vislumbrar el alcance del precepto ha de conectarse la expresión “corregir” con el objeto de la actividad correctora: el error. Lo que el tribunal ha de corregir son los errores que observe en la tramitación del juicio, y además es preciso señalar que dichos errores no pueden ser de aquellos que acarrear como sanción la declaración de nulidad del procedimiento, porque tal como señalamos más arriba, en tal caso el legislador habría incurrido en una reiteración innecesaria en la segunda parte del texto normativo (“...y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento...”), y suponemos de buena fe que tal no

es la situación. Dicho lo anterior, ¿de qué errores hablamos entonces? Hablamos de disconformidades formales en los actos procesales que no dan lugar a la nulidad procesal directamente, como por ejemplo, aquellas resoluciones judiciales que incurren en errores matemáticos o de cálculo o meramente en errores de transcripción. Cuestiones que normalmente serían rectificadas en virtud de la presentación de un recurso de aclaración, rectificación y enmienda, por ejemplo.

Respecto de los actos susceptibles de corrección, en virtud de la potestad conferida en el precepto en comento, como la ley no distingue, ha de comprenderse tanto a los actos procesales emanados de las partes como a los actos jurídicos procesales del propio juez.

Pero aquí cabe hacer una precisión. Conforme a nuestra interpretación estaríamos en presencia de una norma potestativa de menor alcance que aquella que ordena decretar oficiosamente la nulidad procesal si estamos en presencia de todos los requisitos consagrados en la ley, y comprendidos también por la doctrina, y que representan una excepción en nuestro ordenamiento. Esto significa que, como mínimo, el tribunal no puede corregir errores que no causen perjuicio a alguna de las partes, y por tanto tiene plena aplicación el principio de trascendencia. Además, si atendemos a la totalidad del precepto contenido en el inciso tercero del artículo 429 CT, podemos comprender que éste “deber de corrección” parece ser la consagración amplia



de la forma subsidiaria de subsanar un acto jurídico procesal viciado, ante el cual no cabe la declaración de nulidad. Así, si uno de los presupuestos de la declaración de nulidad procesal es su consideración de medida de ultima ratio, y por tanto que sólo procede su declaración en aquellos casos en que el acto no fuese susceptible de ser subsanado por otro medio, precisamente uno de esos otros medios está contenido en el “deber de corregir errores”, pues éste configura la forma primera en que ha de abordar el tribunal el problema de declaración una eventual nulidad procesal.

De acuerdo a lo que hemos señalado en líneas anteriores, y en lo directamente pertinente a nuestra investigación, es imperioso observar que la norma en comento no señala las formas en que el tribunal efectivamente ha de hacer las correcciones pertinentes. Por lo mismo, nos encontramos ante lo que hemos señalado hasta aquí como una atribución potestativa atípica o innominada. Si bien se indica la finalidad de la potestad conferida no se ha señalado la forma procedimental en que el juez ha de llevar a cabo el deber que se le ha impuesto. Pareciera ser una norma incompleta, pero hemos de reiterar como lo hicimos en su oportunidad, que la referencia potestativa se ha de completar simplemente a través de otras normas expresas que consagre el propio Código del Trabajo, o supletoriamente, el Código de Procedimiento Civil.

Una vez hecha la aclaración anterior nos resulta más fácil acercarnos a la segunda parte del precepto que señala: “y adoptará las medidas que tiendan

a evitar la nulidad del procedimiento”. Con dicha expresión se hace referencia directa a la nulidad procesal, a diferencia de lo que ocurría en nuestro primer extracto del precepto. Podría indicarse, a fin de caracterizar de manera específica este apartado, y a fin de diferenciar lo aquí regulado con la sanción de nulidad procesal de los actos jurídicos procesales aislados, que en este caso las medidas que ha de adoptar el juez oficiosamente son aquellas que van orientadas a evitar la nulidad del *procedimiento* por completo, comprendido como serie concatenada de actos procesales; como conjunto de actos procesales. Por aquello, no estaría puesta la atención del juez en el acto en sí (y un eventual juicio de legalidad abstracta del mismo) sino que tendría que justificarse la medida adoptada por éste en la posibilidad y riesgo de declaración de nulidad del procedimiento comprendido como realización dinámica del proceso total.

Lo anterior encuentra íntima relación con el principio de convalidación, pues en todos los casos en que eventualmente tuviese aplicación dicho principio le queda expresamente vedado al juez decretar medida alguna para evitar la nulidad del procedimiento todo. En efecto, el legislador en el inciso tercero del art. 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente en sede laboral, realiza implícitamente la distinción entre “acto procesal nulo” y “procedimiento nulo” al señalar que “[l]a declaración de nulidad de un acto no importa la nulidad de todo lo obrado. El tribunal al declarar la nulidad, deberá establecer precisamente cuáles actos quedan nulos en razón de su conexión

con el acto anulado”. En ese sentido, pareciera que la norma regula el alcance de la nulidad procesal incidental, estableciendo como regla general que la declaración de nulidad de un acto aislado no importa la declaración de nulidad del procedimiento en su totalidad. Luego, sostenemos que la norma contemplada en el artículo 429 CT y que estamos analizando en el presente párrafo, prescribe que el tribunal laboral podrá aplicar las medidas en cuestión sólo si el vicio que se presente u observe ponga en riesgo al procedimiento comprendido como totalidad (en otras palabras, cuando se encuentre ante la posibilidad de decretar la nulidad de todo lo obrado), y no en el caso en que sólo se verifique una irregularidad trascendente en un acto procesal aislado (además, por su naturaleza, susceptible de ser convalidado por la parte perjudicada).

En relación con la utilización de la fórmula abierta por parte del legislador (“[...] adoptará las medidas[...]”) nos remitimos a lo que señalamos en el capítulo pertinente sobre la consagración de potestades atípicas, y por lo tanto pensamos que su realización por el juez se encuentra mediada previamente por la consagración expresa de las potestades judiciales consagradas en la propia ley procesal, no cabiéndole innovar al respecto, pues en tal caso nos enfrentaríamos a la paradójica situación de que intentando resguardar el “correcto desarrollo” del procedimiento el juez se encontraría vulnerando el debido proceso y el principio de juridicidad.

Haré hincapié en lo anteriormente señalado. A pesar de que la intención del legislador sea que el juez oficiosamente entre al debate corrigiendo los eventuales errores que cometan las partes, y precaviendo en todo instante que no llegase a producirse una situación que a posteriori permita declarar la nulidad del procedimiento todo, dichas potestades-deberes se encuentran definidas en la propia ley, y no es el juez el encargado de idearlas conforme a la situación en concreto. En caso contrario, el juez en ese acto diligente de cumplir con su deber excedería las potestades que le confiere la ley, por propio mandato constitucional; actuaría fuera de la esfera de sus atribuciones y vulneraría gravemente las garantías fundamentales de las partes en juicio. En consecuencia, ha de estarse precavido, pues si bien el legislador aparentemente ha tenido la intención de configurar un juez activista, el ejercicio de las potestades en cuestión encuentra su marco, fuente y fundamento en la constitución, y por tanto no ha de quedar sujeto a la especulación de cada juez particular. Esa es la única forma en que seguiremos velando por el principio de juridicidad.

Luego al proseguir con la lectura del precepto encontramos que “la nulidad procesal sólo podrá ser decretada si el vicio hubiese ocasionado perjuicio al litigante que reclama y si no fuese susceptible de ser subsanado por otro medio. En el caso previsto en el artículo 427, el tribunal no podrá excusarse de decretar la nulidad”. Tal como señalamos previamente en dicho apartado se consagra el principio de trascendencia y su particular excepción expresa

contenida en el artículo 427<sup>289</sup>. Pero si atendemos a la letra del texto normativo podemos deducir que se consagra en este apartado sólo la nulidad solicitada por una de las partes (es necesario que *el litigante que reclama* haya sufrido perjuicio).

Luego, además, “[no] podrá solicitar la declaración de nulidad la parte que ha originado el vicio o ha concurrido a su materialización”<sup>290</sup>, lo que reitera la intención del legislador de regular en el precepto sólo la nulidad que surge en virtud de petición de parte.

A modo de resumen, y aunque ya hemos hecho referencia al punto previamente, es necesario señalar que “a fin de acogerse por el tribunal la nulidad procesal se requiere cumplir con ciertos requisitos:

- a.- Ser parte
- b.- Existencia de un vicio
- c.- Reclamar del vicio
- d.- Reclamar del perjuicio

---

<sup>289</sup> Más allá de sólo significar una excepción al principio de trascendencia, podríamos afirmar, contrario sensu, que se trata de un caso de regulación expresa de la potestad anulatoria conferida al juez. Así, nuestra regla general, sobre la necesaria tipicidad de las medidas que ha de adoptar el tribunal para salvar la eventual nulidad del procedimiento, se ve reafirmada a través de la norma en comento.

<sup>290</sup> En esta parte pareciera que la legislación procesal ha pretendido relacionar la legitimación activa para alegar la nulidad procesal, con los presupuestos propios nulidad civil en general. En ese sentido, recoge lo preceptuado por el legislador en el artículo 1683 Código Civil a propósito de la nulidad absoluta (civil).

e.- Imposibilidad de subsanación del vicio por otro medio.

f.- Ausencia en el origen del vicio por la parte o de su materialización”<sup>291</sup>.

Lo anterior cobra relevancia, pues el artículo 429 CT pareciera regular sólo la nulidad declarada en virtud de la solicitud de uno de los litigantes, más no regula de manera expresa la supuesta potestad conferida al juez para declarar la nulidad de un acto jurídico, o del procedimiento todo, de manera oficiosa. De hecho, el juez debe corregir errores en la tramitación del juicio y debe adoptar las medidas tendientes a evitar la nulidad del procedimiento, ambas actividades que se realizan precisamente previo a la declaración de nulidad de un acto procesal. En otras palabras, dicho precepto no consagra la facultad del juez de decretar la nulidad de un acto jurídico procesal de oficio, sino que más bien, y en plena concordancia con el espíritu activista del legislador, se refiere a actuaciones que puede realizar en un momento anterior a la declaración de nulidad procesal, pues ésta tiene el carácter de institución de última ratio.

3.4.1. Sobre la posibilidad de declarar la nulidad procesal de oficio.

---

<sup>291</sup> PEÑA NEIRA, Sergio. Op. cit. p. 159

A pesar de lo indicado en el párrafo anterior, esto es, que no existe una consagración expresa de la facultad del juez de declarar la nulidad procesal de oficio, por aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil se salvaría dicha omisión legislativa. En efecto, el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil señala “la nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos en que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad”. El precepto señala que la nulidad puede ser declarada indistintamente de oficio o a petición de parte, señalando como causales aquellas a las que ya hemos hecho referencia al tratar el incidente de nulidad procesal (casos que la ley disponga, y aquellos que sólo son reparables con la declaración de nulidad).

Ahora bien, tal como expusimos previamente, al comprender la nulidad no desde una concepción formalista y de análisis abstracto del vicio en la correlación norma jurídica abstracta-hecho, sino más bien como una garantía procesal puesta a disposición de las partes, hemos restringido al mínimo las posibilidades de declaración oficiosa de nulidad procesal por parte del juez. Esta limitación estaría dada por el lugar que ocupa la nulidad procesal dentro de nuestra comprensión garantista del proceso, en concordancia con la protección del principio de juridicidad. Los actos procesales no tienen un valor que trascienda el propio interés de las partes en llevar adelante el desenvolvimiento dinámico del proceso, con la finalidad de llegar a una solución que otorgue

certeza, tanto en su contenido como en su ejecutoriedad. Por lo mismo, previamente hemos hecho referencia al principio de convalidación y trascendencia, que evidencian en gran medida el carácter que ha otorgársele a la nulidad procesal en relación con los intereses propios de las partes. Pensemos en una de las aristas que acarrea lo afirmado y enfoquémonos en el aforismo que señala que “sin perjuicio no hay nulidad”. ¿Quién es el agente idóneo para calificar o reconocer el perjuicio en determinado vicio procesal?. Creo que la respuesta es un tanto evidente a la luz de los principios que acompañan la regulación procesal en nuestra legislación procesal civil y laboral vigente: la parte agraviada es el agente idóneo para su calificación. Sólo aquella tiene la aptitud para evaluar y alegar el perjuicio que ha sufrido en virtud del acto susceptible de ser declarado nulo, y en el caso de no hacerlo o se convalida el acto, o precluye<sup>292</sup> simplemente la facultad que se ha puesto a su disposición, precisamente porque la legislación procesal cautela que el proceso siga desenvolviéndose, y no se ancle ante la inactividad de una de las partes. A lo anterior podemos sumar que la protección de la certeza y seguridad jurídica son unos de los pilares fundamentales no sólo del proceso judicial, sino del Estado de Derecho mismo, y dejar abierta a la incertidumbre la validez de un determinado acto jurídico procesal que se presente en medio de una cadena

---

<sup>292</sup> Al respecto Julio Salas señala: la mera omisión de reclamar la nulidad por el perjudicado en las oportunidades dispuestas por la ley con mayor razón durante el curso del proceso, da lugar a la forma de subsanar el acto viciado que en doctrina se conoce como convalidación por conformidad” En: SALAS VIVALDI, Juilo. Op. cit. p. 93



continúa atenta precisamente contra la garantía particular que tienen las partes sobre la resolución del proceso y la ejecutoriedad de las resoluciones judiciales.

Corresponde mencionar aquellas situaciones en que el tribunal sí podría decretar directamente la nulidad procesal de oficio, por aplicación supletoria del artículo 83 CPC. En primer lugar, encontramos un ejemplo claro de un caso en que la ley prescribe expresamente la nulidad como sanción, y es un supuesto de declaración oficiosa de la misma. En efecto, señala Sergio Peña, “existe un caso en que el tribunal debe decretar la nulidad y es en el caso del artículo 427 del Código del Trabajo. El único que puede conocer del asunto durante la audiencia es el juez de la causa y su ausencia produce nulidad insaneable de pleno derecho”<sup>293</sup>. Ya hemos hecho referencia a esta norma en líneas anteriores, por lo que nos limitaremos a su enunciación como ejemplo paradigmático del ejercicio de la potestad anulatoria oficiosa.

En lo que respecta al resto de las eventuales hipótesis de aplicación de la potestad anulatoria oficiosa entregada al juez laboral, coincidimos con la opinión que emite Julio Salas al exponer las posiciones mayoritarias en doctrina y jurisprudencia a propósito de la potestad anulatoria de oficio otorgada en sede civil. Ésta opinión esencialmente señala que el juez podría decretar la nulidad procesal de oficio sólo respecto de “aquellas actuaciones del proceso que miran al orden público o el interés social y que el Estado está obligado a cautelar y

---

<sup>293</sup> PEÑA NEIRA, Sergio. Op. cit p. 159

proteger a través del juez”<sup>294</sup>. Luego, ¿cuáles serían aquellas actuaciones?. Nos señala que son aquellos actos que se han “denominado esenciales del proceso, vale decir, los presupuestos procesales indispensables para que el proceso, vale decir, los presupuestos procesales indispensables para que el proceso sea un medio idóneo para resolver los juicios”<sup>295</sup>. Por tanto se trata de aquellos actos que son considerados estrictamente esenciales para la existencia misma de un proceso, y tal como señala el mismo Julio Salas, “[c]omo ellos se refieren a la relación procesal, a la estructura misma del juicio, su realización normal no sólo interesa a los litigantes , sino a la sociedad toda [...] En lo que respecta a los demás actos del proceso, están establecidos en beneficio de los intereses individuales de los litigantes y solamente miran a su defensa, de manera que si ejecutan en forma incorrecta, los efectos que de ello se originen menoscabarán únicamente sus derechos particulares”<sup>296</sup>, y por consiguiente sólo les atañe a ellos, los interesados, impetrar su reclamación.

Tal como señalamos en su oportunidad, el interés público que encontramos presente en el proceso no es más que el interés sobre la efectividad de su desarrollo para servir como un mecanismo pacífico de solución de controversias intersubjetivas. En ese sentido es la existencia misma del proceso y sus presupuestos lo único que ha de resguardarse por la propia autoridad judicial de manera oficiosa. Intentar justificar alguna atribución

---

<sup>294</sup> SALAS VIVALDI, Juilo. Op. cit. P. 119

<sup>295</sup> Ibidem

<sup>296</sup> Ibid. p.120

oficiosa más amplia pone en riesgo el respeto al debido proceso, y en última instancia, el principio de juridicidad que ordena el funcionamiento general de la institucionalidad estatal.

## **CONCLUSIONES.**

El principio de juridicidad tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, y encuentra su consagración vinculante en la norma suprema. Cubre por completo las actuaciones de absolutamente todos los órganos del Estado, sin excepción alguna. Por ello nos permitimos concluir que también los tribunales de justicia se encuentran sujetos al contenido de dicho principio regulador de la actividad estatal, y en especial los Tribunales del Trabajo.

La noción sobre los fines del Proceso que aparece más coherente con nuestra Carta Fundamental de espíritu eminentemente libertario es la doctrina del Garantismo Procesal, y por lo mismo, debemos abordar la institución del proceso de manera simultánea desde dicha doctrina y el principio de juridicidad.

De la conjunción anterior se deduce, entre otras consecuencias, la imposibilidad de atribuir potestades innominadas o atípicas al juez laboral, pues él, en tanto órgano del Estado que ejerce la función jurisdiccional, también se encuentra sujeto al principio de juridicidad, y en especial al criterio de vinculación positiva.

El Código del Trabajo regula el Proceso inspirado en un espíritu eminentemente activista e inquisitivo, contrariando en muchos casos lo contenido en disposiciones constitucionales de rango superior. En particular hemos descubierto una serie de atribuciones potestativas que pueden parecer

otorgar un poder amplio al juez, en favor de una comprensión oficiosa del proceso. Así, por ejemplo, en las normas específicas que tratamos en nuestra investigación: artículos 430, 432, 444 y 495.

El juez, con la finalidad de no vulnerar las garantías procesales fundamentales, debe procurar interpretar de manera restrictiva las disposiciones que permiten discutir la posibilidad de auto atribuciones potestativas, puesto que en caso contrario vulneraría el principio dispositivo, y el supremo principio de juridicidad de las actuaciones de los órganos del Estado. En caso contrario, su actuar sería ilegítimo, y la noción de proceso sería de tal forma desvirtuada que aparecería desnaturalizada por completo, a lo sumo transformándose en un mero procedimiento unilateral de carácter oficioso, en que las partes más que sujetos de derecho cuyos intereses merecen protección, pasan a ser instrumentalizados en favor del desarrollo mismo de la actividad pública, transformándose de esa forma el juez en el actor central del litigio, desplazando a los particulares y el desarrollo dialéctico contradictorio a un papel secundario; en el fondo, vulnera el principio de primacía de la persona humana consagrado en nuestra Constitución, y con ello, desarmoniza por completo la comprensión de nuestro ordenamiento jurídico.

## BIBLIOGRAFIA.

- ACADEMIA JUDICIAL (Chile). Manual de juicio del trabajo. Academia Judicial, Santiago, Chile, 2008
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La constitución monárquica del Poder Judicial. En: XXXII Jornadas de Derecho Público, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XXII, vol. I, 2001
- ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés. Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, Chile, 2000
- ALONSO MAS, María José. La solución justa de las resoluciones administrativas. Tirant lo Blanch, Universitat de València, 1998
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La independencia judicial: aproximación teórica, consagración constitucional, y crítica. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XVI, 1995
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Cautela Procesal (crítica a las medidas precautorias). Editorial Iuris, Rosario, 2008
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. En: Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, Vol 2, 2001. [en línea]  
<<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>>  
[Consultada el 21 Junio de 2011]

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. En: Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo código procesal civil. Coordinador; Paulo de la Fuente Paredes. Librotecnia, Chillán, Chile, 2010
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de derecho procesal civil. BOTTO OAKLEY, Hugo (Adaptador). Punto Lex, Thompson Reuters, Santiago, 2011
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presupuestos de la nulidad procesal. Revista Uruguay de Derecho Procesal 04/93, Uruguay, 1993 [en línea]: Disponible en:  
<<http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/40.pdf>>  
> [Consultado 15 de Abril de 2014]
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Los sistemas procesales. En su: ALVARADO VELLOSO, Adolfo y ZORZOLI, Oscar (Directores).El debido Proceso. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal: Garantía de la Libertad. RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2009
- APPES, Jorge. Principio de congruencia. En: AGUILA GRADOS, Guido-CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. "La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso", EGACAL, 2008, [en línea] Disponible en: < <http://egacal.e->

educativa.com/upload/AAV\_JorgeAppes.pdf> [Consultado el 05 de Agosto de 2012]

- ATRIA LEMAITRE, Fernando. Jurisdicción e Independencia Judicial: el poder judicial como poder nulo. En: Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N°5, Santiago, 2004
- BELADIEZ ROJO, Margarita. La vinculación de la Administración al Derecho. En: Revista de administración pública, N° 153, 2000
- BENABENTOS, Omar. Los cambios a finales del siglo XX y la autonomía científica del derecho procesal laboral. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ,N° 25, Volumen II, Colombia,1999
- BENABENTOS, Omar. Teoría General Unitaria del Derecho Procesal. Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2001
- BENABENTOS, Omar. Teoría General del Proceso. Tomo I, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2002
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común. En: Revista de Derecho público, Universidad de Chile, Volumen 70, Chile, 2008
- BORDALI SALAMANCA, Andrés. La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.30, 2008, [En línea]. <



<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n30/art04.pdf>> [Consultado 20 de Marzo de 2012

- BORDALI SALAMANCA, Andrés. Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil. Rev. derecho (Valdivia), dic., vol.12, no.2, 2001
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. Los poderes del juez civil. En: De la Oliva Santos - Palomo Vélez (coordinadores), Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007
- BORDENAVE, Leonardo. La regla de congruencia y su flexibilización. En: AGUILA GRADOS, Guido- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. "La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso", EGACAL, 2008, [en línea] Disponible en: < [http://egacal.educativa.com/upload/AAV\\_LeonardoBordenave.pdf](http://egacal.educativa.com/upload/AAV_LeonardoBordenave.pdf)> [Consultado el 05 de Agosto de 2012]
- BOTTO OAKLEY, Hugo. Límites o alcances del debido proceso conforme a la constitución, desde la óptica de la iniciativa probatoria. En: Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo código procesal civil. Coordinador; Paulo de la Fuente Paredes. Librotecna, Chillán, Chile, 2010
- Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. de SentisMelendo, Buenos Aires, 1945

- CALDERA DELGADO, Hugo. Sistema de la responsabilidad extracontractual del estado en la constitución política de 1980. Editorial Jurídica de Chile, 1982
- CALDERA DELGADO, Hugo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Ediciones Parlamento, Santiago, 2001
- CARMONA SANTANDER, Carlos. La Responsabilidad del Estado-Juez. Revisión y Proyecciones. Revista de Derecho Público, N° 66, 2004
- CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía constitucional de la defensa procesal, Ediciones jurídicas Olejnik y J.M.Bosch editor, Santiago, Chile, 1998
- CARRASCO POBLETE, Jaime. La Nulidad Procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 1, Coquimbo, Chile, 2011
- CAZOR ALISTE, Kamel-PFEFFER URQUIAGA, Emilio. La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile. [en línea] *Ius et Praxis*, vol.15, n.1, Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000100006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100006&lng=es&nrm=iso)> [Consultado 10 de Abril de 2012]
- CAZOR ALISTE, Kamel. Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución. *Revista de derecho (Valdivia)*, vol.8, no.1, Diciembre 1997, p.92-96 [En línea]. Disponible en:

<[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09501997000200005&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200005&lng=es&nrm=iso)> [Consultado el 10 de Noviembre de 2011]

- CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Eds. Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2° Edición, Santiago, Chile, 2008
- CERDA MEDINA, Mario. El Estado al servicio de la persona humana. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 57-58, Chile, Enero-Diciembre 1995
- CIFUENTES, Pablo. El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática. En: Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Vol.1 nº2, Santiago, Chile, 2011.
- DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000
- DEVILLAIN, Franco- PALAVECINO CÁCERES, Claudio."Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral", en La Semana Jurídica, N° 382, Noviembre, 2008 pp. 6-7
- DÍAZ DE VALDÉZ BALBONTÍN, Rodrigo. "Improcedencia de la acción de nulidad de derecho público respecto de actos jurisdiccionales". Ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público,

organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007. [en línea]

Disponible en:

<<http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/IMPROCEDENCIA%20DE%20LA%20ACCION%20DE%20NULIDAD%20DE%20DERECHOS%20PUBLICOS%20RESPECTO%20DE%20ACTOS%20JURISDICCIONALES.pdf>> [Consultado 10 de Marzo de 2014]

- DOMINGUEZ MONTOYA, Álvaro-MELLA, Patricio. El recurso de nulidad laboral. En: Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 229-230 año LXXIX. (En-Dic, 2011), Concepción, Chile, 2011
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo. Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 49, 1991
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo. La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 10, Chile, 1986
- GAMONAL, Sergio, El procedimiento de tutela de derechos laborales. LegalPublishing, 2ª edición, Santiago, 2008
- GARCIA MALGAREJO, Flavia. Idea de Verdad y regla de la congruencia. En: AGUILA GRADOS, Guido- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. "La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El

Mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso", EGACAL, 2008 [en línea] Disponible en: < [http://egacal.educativa.com/upload/AAV\\_FlaviaGarcia.pdf](http://egacal.educativa.com/upload/AAV_FlaviaGarcia.pdf)> [Consultado el 05 de Agosto de 2012]

- GODOY, Mario Rodolfo. Garantismo y activismo: posiciones encontradas. Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, Vol 14, 2008 [en línea] <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>> [Consultada el 03 de Septiembre de 2011]
- HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006
- JARA, Jaime. La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia. Editorial Libromar, Santiago, Chile 2004
- LANATA, Gabriela. El sistema de recursos en el proceso laboral chileno. Legalpublishing, Santiago, Chile, 2011
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Manual de proceso laboral. Editorial AbeledoPerrot, Santiago Chile, 2010
- LARROUCAU GARCÍA, María Matilde. La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales. En: Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Santiago, Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Vol.1 1, 2010

- MARÍN, Urbano. Algunos aspectos de la nulidad de derecho público. Aproximación práctica al tema. En: Seminarios de derecho procesal: Reforma Orgánica al Proceso Civil : La Defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia: Una Aproximación Particular a la Nulidad de Derecho Público. Cuadernos de análisis jurídicos, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 2004
- MARÍN, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 8, Santiago, Chile, Año 2006
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Algunas reflexiones sobre la nulidad de derecho público. [en línea] Documento de Trabajo N° 56, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2003. [En línea] Disponible en: <<http://biblioteca.uandes.cl/documentos/DesplegarTesis.asp?nombre=C:/www/biblioteca/documentos/JIMartinez.xml>> [Consultado 03 de Julio de 2012
- MARZI, Daniela. ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la reforma laboral. Anuario de Derechos Humanos, No. 6, 2010
- MATURANA MIQUEL, Cristián. “Los incidentes”. Apuntes de curso, Universidad de Chile, 2007
- MATURANA MIQUEL, Cristián. “Los recursos”. Apuntes de curso, Universidad de Chile, 2007

- MEROI, Andrea A. Iuranovit curia y decisión imparcial. Ius et Praxis, vol.13, (n.2), 2007, pp. 379-390 .[En línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200015&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200015&lng=es&nrm=iso)> [Consultado el 25 de Julio de 2011]
- MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil. En: MONTERO AROCA, Juan (Coord.) “Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006
- MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. En:MONTERO AROCA, Juan (Coord.) “Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006
- MORENO VALENCIA, Fernando. Consideraciones sobre el Estado: su servicialidad. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 57-58, Chile, Enero-Diciembre 1995
- NUÑEZ OJEDA, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático Deliberativo. Ius et Praxis. vol.14, (n.1), 2008 [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art08.pdf>> [Consultada el 01 de Marzo de 2012]
- ORELLANA TORRES, Fernando- PÉREZ RAGONE, Alvaro. Derecho procesal y justicia laboral. Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2013

- OTERO LATHROP, Miguel .*La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2010
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. Doctrina del Garantismo procesal. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Volumen 2, N° 4, 2011
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno. En: Revista Latinoamericana de Derecho SocialNúm. 13, julio-diciembre de 2011
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. Sistemas procesales e ideologías. [en línea] Revista Derecho Y Humanidades, (17), 2012. <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewArticle/16973/17699>> [consulta: 01 Junio 2012]
- PANTOJA, Rolando. El principio de juridicidad. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Vol. 62, 2000
- PANTOJA, Rolando. Del principio de la legalidad al principio de la juridicidad. En: La administración del Estado de Chile: decenio 1990-2000. Editorial Jurídica Cono Sur, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2000
- PEÑA NEIRA, Sergio. Procedimientos e impugnaciones del Libro V del Código del Trabajo. Editorial Libromar LTDA., Santiago, Chile, 2012



- PEREIRA ANABALÓN, Hugo. Derecho procesal del Trabajo. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1984
- PEYRANO, Jorge. El juez distribuidor de la justicia versus el juez dador de paz. [En línea]  
<[http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/EL\\_JUEZ\\_DISTRIBUIDOR\\_DE\\_LA\\_JUSTICIA.doc](http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/EL_JUEZ_DISTRIBUIDOR_DE_LA_JUSTICIA.doc)> [Consultado el 22 de Agosto de 2011]
- PEYRANO, Jorge. Activismo Judicial. En: AA.VV. Activismo y Garantismo. Instituto de la Academia en la Región Centro. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XLVII, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina. 2009 [en línea] <  
[http://www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/at_download/file)> [consultado 15 de Marzo de 2012]
- PEYRANO, Jorge. El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil. [En línea] <  
<http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/Eljuezylaverdad.pdf>>  
[consultado 25 de marzo de 2012]
- PFEFFER URQUIAGA, Emiliano. La nulidad de derecho público: tendencias jurisprudenciales. Revista de derecho público / Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, No. 67, Santiago, Chile, 2005
- PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal [en línea]  
Disponible en:

<<http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Juno.pdf>> [consultado 10 de marzo de 2012]

- PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. En: MONTERO AROCA, Juan (coord.). Proceso Civil e Ideología., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006
- RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. A propósito de la justicia material. (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material). Opinión Jurídica, (6), 2007, [en línea]  
<<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=94501209>> [Consultado el 15 de Septiembre de 2011]
- REYES RIVEROS, Jorge. El principio de juridicidad y la modernidad. En: Revista chilena de derecho, Vol. 25, Nº 1, 1998
- REYES RIVEROS, Jorge. Los principios aplicables respecto del papel instrumental del Estado frente a los derechos y deberes de las personas. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Vol. 62, 2000
- REYES RIVEROS, Jorge. Reflexiones y bases acerca de la Nulidad de Derecho Público. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, XVII, Valparaíso, Chile, 1997

- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional. Editorial Netbiblo, España, 2008
- ROMERO SEGUEL, Alejandro. Comentario: La improcedencia de la acción de nulidad de derecho público para revisar resoluciones judiciales, como precedente judicial. Revista chilena de derecho, Vol. 30, Nº 2, Santiago, Chile, 2003
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo Vol. I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, España, 2002
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro –SILVA GALLINATO, María Pía. El Estado al servicio de la persona humana. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Nº 57-58, Chile, 1995
- SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo: Bases fundamentales. Tomo II: El Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996
- SOTO KLOSS, Eduardo. La nulidad de derecho público: su actualidad. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 18 (1997)
- SOTO KLOSS, Eduardo. En la forma que prescriba la ley: notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales. Revista chilena de derecho, Vol. 20, Nº 2-3, Valdivia, Chile, 1993

- SOTO KLOSS, Eduardo. La primacía de la persona humana. Principio fundamental del Derecho Público Chileno. En su: Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009
- SOTO KLOSS, Eduardo. La servicialidad del Estado, base esencial de la institucional. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 57-58, Chile, Enero-Diciembre 1995
- SOTO KLOSS, Eduardo. Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional (notas para un enfoque unitario de la responsabilidad extracontractual del Estado). Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 10, N° 1, 1983
- TARUFFO, Michelle. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba, en: VERA ALVAREZ, Nicolás (coord.). La Prueba, Artículos y Conferencias, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile 2009
- TARUFFO, Michelle, Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial, en: VERA ALVAREZ, Nicolás (coord.), La Prueba, Artículos y Conferencias, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, 2009
- UGARTE CATALDO, José Luis. Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Legalpublishing, 2009
- VALDIVIA, José Miguel. Sobre la nulidad en derecho público. En: MARTINEZ ESTAY, José Ignacio-ARANCIBIA MATTAR, Jaime. "La

primacía de la persona : estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss” Editorial Legalpublishing, Santiago, Chile, 2009

- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Año IX, Nº 18, Santiago, Chile, 2008 p. 257
- SALAS VIVALDI, Julio Enrique. Los incidentes, y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000