



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

***DERECHO AL RECURSO EN CHILE: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERNACIONAL
DE DERECHOS HUMANOS***

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RAFAEL NUMI CAPRA
Profesor Guía: Matías Insunza Tagle
Santiago de Chile

2018

ÍNDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I. CONCEPTOS ESENCIALES.....	7
1. El proceso.....	7
1.1 Naturaleza jurídica del proceso.....	8
2. El procedimiento	10
3. El debido proceso	12
3.1 Extensión del derecho al debido proceso.....	15
3.2 Conceptualización.....	16
3.3 Características.....	17
4. Recursos.....	19
4.1 Conceptualización.....	19
4.2 Principios aplicables al sistema recursivo.....	20
4.3 Fuentes de los recursos	22
4.4 Clasificación de los recursos.....	24
CAPÍTULO II. DERECHO AL RECURSO: ASPECTOS GENERALES, LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS PRINCIPALES DISCUSIONES	27
1. Generalidades.....	27
2. Debido proceso, tutela judicial y derecho al recurso. Consideraciones del Tribunal Constitucional chileno.	29
2.1 Reglas generales aplicables al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.	31
2.2 Garantías relacionadas al derecho a la tutela judicial efectiva	33
2.3 Garantías relacionadas al derecho a un debido proceso.....	37
3. Estándares y parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	43
4. El problema de la extensión	47
4.1 La extensión externa	47
4.2 La extensión interna. Su relación con la doble instancia, la apelación y el doble conforme....	57
CAPÍTULO III. DERECHO AL RECURSO EN CHILE. ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES.....	71
1. El recurso de nulidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	71
2. El recurso de apelación en los procedimientos reformados.....	77
3. La crisis de la casación	82
CONCLUSIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	95

RESUMEN

Este ensayo intenta resolver -mediante un estudio y razonamiento argumental en base a convenciones internacionales (con especial atención en la Convención Americana de Derechos Humanos), la legislación chilena vigente, la jurisprudencia tanto internacional como nacional y las opiniones de la doctrina más autorizada en el tema; interrogantes muy debatidas en las últimas décadas en América Latina, tales como la existencia o no de un derecho al recurso, la posibilidad de aplicar las garantías judiciales mínimas de las convenciones internacionales a materias extra sancionatorias, la compatibilidad de los valores de la oralidad e intermediación con los recursos ordinarios, o la eventual vulneración de las normas internacionales procesales en nuestros procedimientos reformados, para, finalmente, determinar qué figura recursiva se adapta mejor a las exigencias del debido proceso y el juicio justo.

INTRODUCCIÓN

El derecho a un proceso racional y justo (o derecho a un debido proceso, como se le ha denominado siguiendo la terminología anglosajona del *due process of law*), parte integrante de los derechos y deberes constitucionales que establece el capítulo III de nuestra Carta Magna, está lejos de ser un tema pacífico. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han debido realizar un incansable esfuerzo por determinar qué derechos y garantías integran lo que entendemos por “debido proceso”, considerando la escueta y vacía mención de este macroderecho que hace nuestra Constitución Política en su artículo 19 n° 3 inciso sexto. Si bien el derecho a recurrir no se señala de forma textual en la Constitución Política de la República, el artículo 5° de este cuerpo normativo lo hace plenamente vinculable y exigible por la ciudadanía, toda vez que establece como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero en su artículo 14 y la segunda en sus artículos 8° y 25 consagran los postulados esenciales del debido proceso y señalan como parte fundante de éste el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior¹.

La existencia de un derecho a recurrir las resoluciones judiciales agraviantes como parte del debido proceso resulta poco discutida, radicando la problemática en determinar aspectos tales como la calidad de los arbitrios procesales para ante tribunales superiores, el ámbito de aplicación (tomando en cuenta el lenguaje penal que utiliza la CADH), si la configuración de éstos (*nomen iuris*, plazos, requisitos formales, etcétera) responde más bien a técnicas legislativas o a exigencias constitucionales. Se cuestiona, también, si deben los recursos otorgar la facultad de alzarse de forma amplia contra aspectos *de iure*, *de facto* y probatorios, o basta con un simple mecanismo de impugnación para ante un tribunal superior. Asimismo, se discute si existe la exigencia de que estos mecanismos sean recursos ordinarios (es decir, si pueden interponerse sobre la mayoría de las resoluciones judiciales, ante todo agravio) o extraordinarios (procediendo ante determinadas resoluciones judiciales y por causales taxativamente establecidas en la ley), qué tan sencillos y accesibles deben ser para los justiciables y qué requisitos formales son absolutamente necesarios, así como la finalidad y rol que deben jugar en nuestro Derecho (considerando su función pública como privada), entre otros aspectos. Ni el Pacto de San José de Costa

¹ Artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: *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: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

Rica ni la Convención Europea de Derechos Humanos se hacen cargo de estos detalles, limitándose a señalar la existencia de un derecho a recurrir ante un tribunal o juez superior, siendo la jurisprudencia continental (principalmente la interamericana) la que se ha encargado de delimitar las características generales que deben poseer los mecanismos recursivos para no vulnerar los derechos humanos de los justiciables.

Son pocos los sistemas legislativos continentales que respetan cabalmente las exigencias que la jurisprudencia internacional lleva señalando desde hace ya un tiempo, y Chile no queda fuera de este juicio. Abundante ha sido la discusión en relación al reciente establecimiento de los recursos extraordinarios y formalistas de nulidad como recursos principales en materia penal y laboral, haciendo caso omiso a las exigencias recursivas de amplitud, sencillez, eficacia y a la necesidad de un recurso ordinario procedente ante la generalidad de las resoluciones vulneratorias que respete el principio del doble conforme, principalmente bajo el argumento de la incompatibilidad existente entre las reglas técnicas procesales de la oralidad e intermediación y la centralidad del juicio oral con un sistema impugnatorio que permita una revisión integral de lo resuelto por el juez de la instancia, poniendo a nuestro país en una posición de total susceptibilidad ante juicios internacionales futuros en la materia. El problema se ahonda aún más si consideramos la constante postura de nuestro Tribunal Constitucional que, si bien ha aceptado el derecho al recurso como parte integrante del derecho a un racional y justo procedimiento, no ha escuchado las exigencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lleva señalando en la materia, como tampoco lo hacen nuestros tribunales superiores tras la advertencia realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reciente caso *Norín Catrimán vs. Chile*².

Algunos de los cuestionamientos que se efectuarán en este trabajo son los siguientes: ¿Existe un derecho al recurso en áreas extra sancionatorias? ¿Exige la Corte interamericana de Derechos Humanos el establecimiento de un recurso determinado? ¿Son efectivamente incompatibles la oralidad y la intermediación con los recursos ordinarios amplios? ¿Cumple nuestro ordenamiento procesal con los estándares internacionales en materia recursiva? ¿Hay un recurso teóricamente ideal o perfecto? Este ensayo buscará, mediante un análisis dogmático y jurisprudencial integral, resolver dichos cuestionamientos, determinando los conceptos esenciales para abordar el tema, analizando los principales instrumentos internacionales en la materia, la jurisprudencia internacional que se ha venido

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y Otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 29/05/14.

dando con fuerza en las últimas décadas, como la que ha generado nuestro Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, las principales discusiones doctrinarias y la legislación chilena vigente en materia recursiva.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS ESENCIALES

1. El proceso

El proceso presupone la existencia de una controversia de relevancia jurídica. Estas deben ser resueltas exclusivamente por el Estado mediante la función jurisdiccional radicada en el Poder Judicial, proscribiendo la autotutela. El medio para acceder y poner en marcha la jurisdicción es la acción procesal, concepto cuya definición variará dependiendo del prisma mediante el cual se estudie (posee definiciones diferentes en Derecho Civil, Penal y Comercial). Desde un punto de vista exclusivamente jurídico procesal, la palabra acción se ha entendido en cuatro sentidos principales³: como sinónimo de derecho subjetivo deducido en juicio; asimilada a la demanda judicial (erróneo parangón, toda vez que la demanda es el vehículo material de la acción); como sinónimo de pretensión (concepto en el cual se ahondará *infra*); y, finalmente, el concepto técnico procesal auténtico, este es, “el poder o la facultad de provocar la actividad jurisdiccional del Estado”⁴.

El concepto “proceso” en la actualidad posee distintas y variadas acepciones. En primer lugar, encontramos su noción más genérica y la más comúnmente utilizada en el habla castellana, entendiéndose como el “estado dinámico de cualquier fenómeno”. La Real Academia de la Lengua Española (RAE) nos otorga distintas definiciones dependiendo del contexto como, por ejemplo, “acción de ir hacia adelante” (derivada de la locución latina “processus”, que a su vez incluye dos voces: pro, cuyo significado es “ir hacia adelante”; y caedere, que significa caer, caminar), “transcurso del tiempo”, “conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial” y, finalmente, una definición que se acerca más al objeto de nuestro estudio, cual es, el “conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada”⁵.

En la doctrina jurídica encontramos definiciones bastante difundidas, v.gr., la definición del maestro uruguayo Eduardo COUTURE, que nos es recordada por el profesor Fernando ORELLANA⁶, definiéndolo como la “secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto

³ ORELLANA, Fernando. 2008. Manual de derecho procesal. Tomo II. Procedimientos civiles ordinarios y especiales. 4ª ed. Santiago de Chile, ed. Librotecnia. 27p.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Real Academia Española. (s.f.) Internet [artículo nuevo]. En Diccionario de la lengua española (avance de la 23.a ed.). Recuperado de http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=internet

⁶ ORELLANA, Fernando. Op. Cit. Tomo IV. Recursos procesales. 11p.

de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión”. De esta conocida definición podemos sacar algunas conclusiones como, por ejemplo, la condición teleológica del concepto en cuestión, ya que el proceso sin un fin determinado, no es proceso. En consecuencia, su fin principal es obtener se dicte una sentencia que resuelva el conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica que se somete a la decisión del órgano jurisdiccional. Asimismo, se deduce de esta misma definición su condición de estar ligado inescindiblemente al ejercicio de la función jurisdiccional.

La utilización del concepto “proceso” nunca ha sido pacífica ni uniforme, debiendo mencionar que incluso la ley lo confunde con otros conceptos relacionados. Tal es el caso del artículo 159 n° 6 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) el cual lo confunde con el concepto de “pleito”; el artículo 92 del CPC lo hace con el concepto de “autos” en el incidente de acumulación de autos y la ley chilena, producto de su fuerte influencia española, lo relaciona con el concepto de juicio, siendo que dicho concepto se relaciona más con el “acto de juicio”, más cercano al concepto de sentencia que al de proceso. A mayor abundamiento, también se le ha relacionado con el concepto de “litigio” (conocida definición posee este concepto también, conceptualizado como el “conflicto intersubjetivo de intereses, jurídicamente trascendente, reglado por el derecho objetivo, caracterizado por la existencia de una pretensión resistida”⁷) que, como bien sabemos, generalmente es parte integrante del proceso (tal como la enfermedad está en la curación, nos decía CARNELUTTI⁸). Sin embargo, pueden darse situaciones en que encontremos procesos sin litigios, como en los asuntos no contenciosos o voluntarios. La noción de proceso no es banal, toda vez que de ésta se derivan consecuencias de la mayor relevancia tales como la determinación de lo que se entiende por “debido proceso”, concepto que se verá con mayor profundidad *infra*.

1.1 Naturaleza jurídica del proceso

Para entender qué es el proceso, la doctrina ha utilizado las formas jurídicas tradicionales para explicarlo y entenderlo mejor. Estas distinciones cobran importancia inmediata cuando nos enfrentamos a situaciones jurídicas tales como el tratar de entender desde qué momento se puede decir que existe relación procesal, o qué instituciones podemos aceptar dentro o fuera del mismo concepto y, por supuesto, qué legislación debemos aplicar. Así, encontramos distintas teorías sobre su naturaleza jurídica, ninguna aceptada de forma unánime hasta ahora. Tales son:

⁷ HOYOS HENRECHSON, Francisco. 2001. Temas fundamentales de Derecho Procesal. Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur. 177p.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Composición del Proceso. 1ª ed. Buenos Aires, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA). 3p.

- a) Teoría del Contrato (POTHIER, AUBRY y RAU, DEMOLOMBE): Encuentra su nacimiento en el Derecho Romano Arcaico (contrato de *litis contestatio*, que era simplemente una fase del sistema procesal romano arcaico [*lege agere*], predecesor del *agere per formula*). Se decía que al dejar a la voluntad de las partes la relación procesal, la *auctoritas* del juez se vería disminuida. Ya en el siglo XIX renace bajo la tradición francesa, principalmente derivadas del famoso concepto de contrato social (ROSSEAU principalmente), en que el juicio nacía en virtud de una convención entre las partes, quienes aceptaban la futura decisión del conflicto por parte del juez⁹.
- b) Teoría del Cuasicontrato (DE GUÉNYVEAU): La idea del *Quasi-Contrat Judiciaire* también nace en Francia mediante un análisis de exclusión de las fuentes de las obligaciones, considerando al proceso como un “acto voluntario y lícito que genera obligaciones”. Esta tesis fue bastante aclamada en nuestro país durante la primera mitad del siglo XX¹⁰.
- c) Teoría de la Relación Jurídica (BÜLOW, KHOLER, HELLWIG, WACH): Los autores germanos parten del concepto de la “relación jurídica”, tomada como “toda vinculación intersubjetiva regulada por la ley”. Es así que la relación jurídica procesal generaría derechos y obligaciones recíprocos, toda vez que exista este vínculo interpersonal reglado por la ley. La importancia de esta teoría es que nos permite identificar cuándo surge la relación procesal, es decir, cuándo se puede actuar válidamente en la causa y cuándo se entiende que existe el estado de Litis Pendencia, entre otras consecuencias. Sin embargo, nunca ha habido consenso sobre cuándo se entiende perfecta la relación procesal. Para algunos surge con la notificación válida de la demanda (fundados en los artículos 1605 inciso 5° sobre el pago por consignación y 1911 del Código Civil sobre la cesión de derechos litigiosos); mientras que para otros surge verificado el emplazamiento, es decir, cuando concurren sus dos elementos: la notificación válida y el transcurso del término de emplazamiento¹¹.
- d) Teoría de la Situación Jurídica (GOLDSCHMIDT): En respuesta a la teoría de la relación jurídica GOLDSCHMIDT señala que no existe dicha relación, sino que nos encontramos ante algo de menor jerarquía, una “mera situación”, caracterizada por la ausencia de obligaciones del juez para con las partes, y una ausencia de obligaciones entre las mismas partes a su vez. De esta forma el autor señala que el proceso simplemente constituye “un conjunto de expectativas, meras posibilidades de obrar y cargas”. El concepto de “carga procesal” es probablemente el mayor aporte de esta teoría al estudio

⁹ MONROY GÁLVEZ, Juan. 1996. Introducción al proceso civil. 1° ed. Bogotá, Editorial Temis. 105p.

¹⁰ Ibid. 107p.

¹¹ Ibid. 108p.

jurídico, contraponiéndose al concepto de “obligación procesal”, con la esencial diferencia de que en este último el interés esencial es ajeno, mientras que en la carga el interés es propio, es decir, nos encontramos ante una “facultad que de no ejercerse conllevaría un riesgo para su titular”, entre otras distinciones. Gracias a este concepto se pudo solucionar una discusión de larga data sobre la institución de las “rebeldías” que las teorías anteriores a ésta abordaron infructuosamente, arribando a la conclusión de que en ningún caso constituye obligación para su titular, sino una simple carga procesal. En torno a esto el maestro italiano Francesco CARNELUTTI nos dice que “(...) [e]n tal caso, el interés en litigio se pone al servicio del interés en cuanto a la composición del litigio, mediante una relación por cuya virtud la satisfacción de aquél no puede obtenerse sino mediante la satisfacción de éste”¹²¹³.

- e) Teoría del Proceso como Entidad Jurídica Compleja (CARNELUTTI): El autor creía que el proceso es un conglomerado de varios elementos diferentes, es decir, la “unidad en el caos”, quienes coordinan para la concreción de su fin¹⁴.
- f) Teoría de la Institución Jurídica (GUASP): El autor gallego Jaime Guasp señalaba que el proceso constituye una entidad material permanente y de carácter objetivo, donde las partes acuden a solucionar sus litigios, de carácter temporal en comparación con la continua administración de justicia por parte del Estado¹⁵.

2. El procedimiento

Tal como ocurre generalmente en la búsqueda de definiciones jurídicas precisas en la ciencia del Derecho, no existe unanimidad respecto a qué, exactamente, debemos entender por procedimiento. Es más, hasta podríamos llegar a pensar que la distinción entre proceso y procedimiento es infructuosa. Al igual que el maestro italiano Francesco CARNELUTTI¹⁶, no es esta nuestra opinión, tal como pasamos a explicar.

La diferencia entre procedimiento y proceso, claramente cualitativa, puede expresarse incluso de manera cuantitativa. Así, hipotéticamente podemos plantearnos un proceso que se desarrolla en dos

¹² CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Composición del Proceso. 1ª ed. Buenos Aires, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA). 619p.

¹³ *Ibid.* 110p.

¹⁴ *Ibid.* 118p.

¹⁵ *Ibid.* 118p.

¹⁶ “Aun cuando sea tenue, por no decir capilar, a diferencia de significado entre los dos vocablos, y por muy extendida que se halle la costumbre de usar/os indistintamente, invito a los estudiosos a tener en cuenta la distinción, sin cuya ayuda se hace casi imposible poner en orden en el montón de fenómenos que la teoría del procedimiento debe enseñar a conocer”. CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit. Tomo IV. 2p.

grados jurisdiccionales; en cada grado tiene lugar un procedimiento, los cuales se suman en un solo proceso, en una relación de contenido a continente¹⁷. Esto nos lleva a la inevitable conclusión de que, para estudiar la teoría del procedimiento, o para abordar el estudio del procedimiento en sí, es necesario relacionarlo con la institución del proceso. Es que están íntimamente vinculados: tradicionalmente se han relacionado ambos conceptos de manera que la suma de los actos para la composición del litigio sería el proceso, y el orden de su secuencia o sucesión vendría a ser, a su vez, el procedimiento¹⁸. Sin embargo, dichas visiones tradicionales, bastante útiles desde el punto de vista teórico, han sido abandonadas por juristas que intentan adjudicarle al concepto una función estructural e institucional a través de su principal función: la teleológica, ya que la principal finalidad del proceso es la composición y resolución del litigio o conflicto de relevancia jurídica. Así, el jurista brasileño Paulo Lúcio NOGUEIRA nos señala que “(p)roceso es el medio de que se vale el Estado para ejercer su jurisdicción y su finalidad es obtener la composición del conflicto o litigio, que son palabras sinónimas. Entiéndase por procedimiento la forma por la cual los actos del procedimiento se forman y se desenvuelven. Proceso es la forma extrínseca, procedimiento es la forma intrínseca”¹⁹. Finalmente, encontramos concepciones que visualizan al procedimiento incluso desde ámbitos extra procesales, como el maestro español Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, quien nos señala que “(e)l proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una frase o fragmento suyo (v.gr. procedimiento incidental o impugnativo)”²⁰.

Es así, que la relevancia entre ambos conceptos escapa del puro ámbito teórico. Se expresa transversalmente en el estudio de la ciencia procesal, y expresan dos etapas históricas trascendentales de los estudios procesales. Como expone MONROY GÁLVEZ, “está el tiempo de los estudios clásicos, casuísticos, en donde la actividad procesal es solo la expresión dinámica de los derechos materiales afectados, sin mayor alcance como para ser el objeto de un estudio distinto. Esta es la fase del procedimiento. Por otro, está la época de la reflexión inicial sobre la existencia de derechos distintos de los materiales o sustanciales, destinados a lograr su efectividad. La época de la

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. 1991. Curso completo de Proceso Civil. Sao Paulo, Ed. Saraiva. 28p.

²⁰ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1947. Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso). Ciudad de México, Ed. Imprenta Universitaria. 46p.

multiplicación de las explicaciones científicas o pseudocientíficas sobre las instituciones procesales. Esta es la fase del proceso”²¹.

3. El debido proceso

Para que el proceso pueda cumplir su función de solucionar el conflicto *sub lite* y restablecer el imperio del Derecho, debe ajustarse ceñidamente a las normas del procedimiento, para que éste pueda considerarse como “debido”. El concepto de Debido Proceso (*due process of law*, traducible a “debido proceso legal”) nace con la Carta Magna inglesa de 1215 y es propio del Derecho Anglosajón (también conceptualizado en dicha cultura jurídica como *fair trial*, o juicio justo). Sin embargo, su alcance ha sido internacional, principalmente desde su implementación en los instrumentos internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, v.gr. la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, en adelante PIDCyP), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, 24 y 25, en adelante CADH o Pacto de San José) y la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 6, en adelante CEDH), convenciones que han ayudado a desarrollar y enriquecer lo que entendemos por garantías mínimas de un proceso justo.

Si bien no encontramos su mención textual en nuestra norma constitucional, se considera consagrado en el artículo 19 número 3 inciso 6° de nuestra Constitución Política (en adelante CPR). La mencionada norma fundamental establece que “(t)oda 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”. A pesar de que no se menciona la expresión “debido proceso” de forma textual, es sabido que los constituyentes tenían en mente el concepto al momento de crear la norma en comento, tal como señalan las actas constituyentes comentadas por el profesor Raúl TAVOLARI: “(...) el señor Evans expresa que si se emplea escuetamente la expresión debido proceso, tiene el temor -aunque es partidario de un texto escueto- de obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente, como lo ha señalado el profesor Bernal, de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona (...)”. Será pues, precisamente, por sendas proposiciones de los señores Bernal y Evans, que se introducen al debate las ideas de “justo proceso” (Bernal) y “racional” (Evans). Con todo, también los comisionados repararon en la dificultad de definir el debido proceso y, en sus debates, se limitaron a apuntar a elementos que lo conforman, aun cuando uno de ellos dirá que

²¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. Cit. 121p.

la esencia del debido proceso está en una frase que expresase ‘previo oportuno conocimiento y adecuada defensa’... porque ahí está todo el asunto”²².

Diversas han sido las críticas respecto a esta determinación por parte del constituyente, debido (entre otras razones) a que no se define ni conceptualiza lo que debe entenderse por debido proceso y, en abundancia, se deja a cargo del legislador determinar lo que es racional y justo en un procedimiento, lo que no garantiza *a priori* su racionalidad y justicia, sumado a que la determinación de las garantías de un debido proceso debiesen ser determinadas al menos en forma general por el constituyente y no por el legislador. Se genera un derecho de textura abierta que contiene derechos implícitos y que permite una interpretación extensiva y variable según las circunstancias específicas de cada caso en particular. Sin embargo, se ha entendido por los constituyentes (de acuerdo al estudio de las actas mencionadas) que son garantías mínimas del debido proceso al menos: a) permitir el oportuno conocimiento de la acción (debido emplazamiento), b) la adecuada defensa (contradictoriedad y bilateralidad) y c) la producción de la prueba que corresponda²³. A pesar de estas vagas consideraciones, existen garantías mínimas derivadas de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por Chile que son parte integrante de lo que debe entenderse por debido proceso (se ahondará en ellas *infra*). Entre éstas podemos encontrar:

- a) Juez imparcial, independiente y competente.
- b) Juez natural: relacionado a su predeterminación, tal como encontramos en el artículo 19 número 3 inciso 4º: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.
- c) Derecho de acción y defensa.
- d) Derecho a un procedimiento que propenda a una pronta resolución del litigio.
- e) Derecho a rendir prueba (una excepción a esto la encontramos en la prueba conseguida por medios ilícitos).
- f) Derecho a obtener una sentencia que zanje el litigio.
- g) **Derecho a un recurso** que permita impugnar dichas sentencias (énfasis nuestro).

Tradicionalmente se ha afirmado²⁴ que el debido proceso podría ser dividido en dos, conformando el debido proceso procesal (o formal) y el debido proceso sustantivo. De la misma forma

²² TAVOLARI, Raúl. 1994. Tribunales, jurisdicción y proceso. 1ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 49p.

²³ *Ibid.*

²⁴ GARCÍA LEAL, Laura. El debido proceso y la tutela judicial efectiva. [en línea] <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682003000300005> [consulta: 05/06/18]

teorizó el constituyente, ya que es sabido (gracias a las actas constituyentes) que el concepto de “racional” se deriva de la racionalidad de las leyes en relación al debido proceso formal, mientras que el concepto de “justo” se relaciona directamente con el debido proceso sustantivo, en la faceta de la justicia que debe emanar de los derechos fundamentales en vista de la igual protección de las leyes en el ejercicio de sus derechos.

En el objeto de análisis de este trabajo cobra vital importancia la consideración del debido proceso en tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile (aplicables de forma directa en la jurisdicción nacional gracias al artículo 5° de la CPR), como es la Convención Americana de Derechos Humanos. En su artículo 8° (titulado “Garantías Judiciales”) encontramos diversas garantías procesales mínimas generalmente enmarcadas dentro del concepto de debido proceso, señalando que:

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

Asimismo, vale la pena señalar lo expresado por el artículo 25 de la CADH, el único que menciona literalmente la palabra recurso, al señalar en su numeral 1° que “(t)oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Eso sí, hay que tener en consideración que esta norma recoge el concepto “recurso” desde un prisma más amplio, entendido como mecanismo o acción judicial (v.gr. el recurso de amparo o *habeas corpus*), más que como medio de impugnación de resoluciones judiciales agraviantes.

3.1 Extensión del derecho al debido proceso

Pareciera que las garantías procesales del numeral 2° del artículo 8° de la CADH son de exclusiva aplicación penal debido al lenguaje utilizado en la norma. Sin embargo, dicha concepción ha sido bastante resistida por un gran sector de la doctrina que considera que la norma en comento es de aplicación a todas las áreas del Derecho, fundados esencialmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o simplemente la Corte) y en una interpretación amplia del tratado²⁵. Esto deriva, esencialmente, del principio de integralidad, que considera al sistema jurídico como un todo indivisible, aplicable a toda persona humana *per se*, es decir, no por ser nacionales de un Estado en particular, sino por su misma condición de humanidad. La Corte ya ha señalado que a pesar de su referencia al sistema penal, es incorrecto reducirlo solo a este ámbito, siendo aplicable a todas las garantías procesales, ya sean civiles, penales, laborales, fiscales u otra (“*Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal*”²⁶). En esta discusión se ahondará *infra* en el apartado sobre la extensión del derecho al recurso (artículo 8.2.h de la CADH).

²⁵ V.gr., TAVOLARI, Raúl. 2017. En: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ed. DER.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de fecha 31/01/01, párr. 70. También en este sentido Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de fecha 08/03/98, párr. 149.

Luego, surge la duda sobre si la Convención va dirigida simplemente al “juez o tribunal competente” (artículo 8.1 de la CADH), o se extiende al resto de los organismos y funcionarios públicos correspondientes. En relación a esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, o “la Corte”) también fue clara al señalar en el “*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*” que “*cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona de ser oída por juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones para las personas*”²⁷.

Esta importante declaración de principios que hace la CADH en su artículo 8° de forma bastante lata, ha llevado a la doctrina y los tribunales a preguntarse si dicha enumeración es taxativa o no. Dada su extensión pareciese como si las declaraciones del artículo en comento fuesen esas, y solo esas. Mas luego se advirtió, incluso por la jurisprudencia de la misma Corte, que los derechos garantizados por este artículo son más bien de textura abierta y flexible, y que pudiesen llegar incluso a ser ampliados en algunas circunstancias, considerando también el rápido avance que ha tenido el estudio de los Derechos Humanos en nuestro último siglo. Es así como la Corte en el *caso Lori Berenson Mejía vs. Perú* estableció que “[e]l concepto de debido proceso en casos penales debe incluir, por lo menos, las garantías mínimas a que hace referencia el artículo 8 de la Convención. Al denominarlas mínimas ésta presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”²⁸. Como mencionamos anteriormente, esta aplicación no se restringe solo al ámbito penal, sino que es extensiva a todo tipo de procedimiento.

3.2 Conceptualización

La definición de debido proceso, como se puede dilucidar, nunca ha sido pacífica. Dentro de las conceptualizaciones más autorizadas encontramos la de los profesores Maturana y Montero, quienes nos recuerdan que “(...) el debido proceso más bien refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de fecha 31/01/01, párr. 71.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva, OC-11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana de Derechos Humanos), de fecha 10/08/90, párr. 24; también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de fecha 25/11/04, párr. 176.

*social. Así entendido, podemos aventurar señalar que el debido proceso es aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de derecho, y como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de las partes, pudiendo ambas rendir su prueba y **el derecho a recurrir la sentencia emanada de éste**” (énfasis nuestro)²⁹. Dentro de la doctrina más moderna encontramos definiciones como la del autor argentino Federico G. THEA, quien señala que el “*debido proceso legal es una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas, que al establecer límites y condiciones al ejercicio del poder de los distintos órganos estatales frente a los individuos, representa la protección más fundamental para el respeto de sus derechos*”³⁰. Asimismo, encontramos definiciones en el ámbito de la justicia constitucional, siendo definido este derecho por el Tribunal Constitucional como “(...) *aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho*”³¹”.*

3.3 Características

A pesar de que muchos aspectos y elementos del debido proceso son parte de airadas discusiones doctrinarias³², hay ciertas características elementales uniformemente aceptadas que nos ayudan a entender la naturaleza y aplicación de este derecho procesal fundamental³³.

En primer lugar, podemos afirmar que el debido proceso es un derecho *complejo* desde el punto de vista de sus componentes al ser un conjunto de garantías mínimas o de condiciones necesarias para hablar de un juicio justo, resultando fácil evidenciar a primera vista la complejidad de determinar todos y cada uno de los elementos necesarios para lograr el fin deseado.

²⁹ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. 2012. Derecho procesal penal. 2ª ed. Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot. 29p. 2

³⁰ THEA, Federico. 2013. *Garantías Procesales*. En: REGUEIRA, Enrique et al. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derechos Argentino. Buenos Aires, ed. La Ley, departamento de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). 130p

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1130, de fecha 07/10/08

³² Vid: PALOMO, Diego (director). 2017. Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ed. DER.

³³ DUCE, Mauricio et al. 2008. Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En: Justicia civil. Perspectivas para una reforma en América Latina. Santiago de Chile, CEJA. 19p.

En seguida, podemos identificar que el debido proceso está compuesto por *estándares* y no por reglas precisas, lo que involucra la necesidad de determinar casuísticamente su aplicación de acuerdo principalmente a un *criterio de razonabilidad* y adecuación al particular, no olvidando que el gran objetivo es arribar al *juicio justo* y no al *juicio perfecto*. En virtud de lo señalado es que jamás podremos entender al debido proceso como un conjunto de reglas detalladas y rígidas para todo evento, sino como un conjunto de requerimientos, márgenes y mínimos que corresponde al Estado dentro de su potestad y discrecionalidad determinar con el único límite de la Constitución y los tratados internacionales.

Luego, podemos señalar que este macroderecho admite distintos grados de aplicación en virtud de su característica de *proporcionalidad*. Muy relacionado con el criterio de razonabilidad mencionado anteriormente, se afirma que mientras más graves sean las potenciales consecuencias para el justiciable, más garantías de un juicio justo necesitaremos, es decir, se tomarán resguardos proporcionales a la importancia que se le dé al asunto. Un ejemplo clarificador (dentro de los muchos niveles de cuidados que podemos encontrar en las distintas áreas del Derecho) lo encontramos en la convicción necesaria del tribunal para juzgar, elemento del debido proceso. Mientras en materia penal se necesitará llegar a una convicción “más allá de toda duda razonable”, en materia civil el estándar probatorio será menor, en algunos casos bastando la simple preponderancia de una prueba sobre la otra.

Finalmente, encontramos dentro de sus características que la determinación particular del contenido esencial del debido proceso es de carácter *dinámico* (evoluciona con el tiempo) y nunca estático, debiéndonos concentrar en la naturaleza del procedimiento, en las necesidades mismas de cada conflicto, los momentos sociales, económicos o culturales de una sociedad en particular, en la misma evolución del estudio y aplicación del Derecho, entre tantos otros factores. La Corte IDH no ha sido ajena a este punto señalando que “*el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales*”³⁴. Es por esto que se entiende al debido proceso como un macroderecho continente de *derechos implícitos*, cuya determinación en el tiempo y en el espacio depende de los más diversos factores (he ahí la necesidad de su determinación casuística).

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 de fecha 01 de octubre de 1999, párrafo 117.

4. Recursos

4.1 Conceptualización

El término proviene del latín *recursus*, que etimológicamente quiere decir “vuelta o retorno de alguna cosa” o “*regreso al punto de partida*”³⁵. El concepto de recurso tal como lo conocemos (muy ligado al concepto de doble instancia) se da luego de la Revolución Francesa³⁶ y fruto justamente de la desconfianza hacia los jueces, otorgando la posibilidad de que el superior jerárquico (en algunos casos las mismas autoridades políticas) conocieran de las injusticias que se pudiesen generar con las providencias dictadas por parte de los tribunales inferiores. Su variante jurídica moderna se entiende como “*el acto jurídico procesal de parte o de quién 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 le ha causado su dictación*” (COUTURE)³⁷. De esta conocida definición se pueden extraer diversas conclusiones que permiten delimitar las características esenciales de un recurso y le otorgan independencia por sobre otros conceptos relacionados:

- a. Tanto su existencia, como su procedimiento y el tribunal que debe conocer de él, **deben estar establecidos por ley**. A mayor abundancia y acorde al artículo 77 de nuestra CPR, el tribunal competente para conocer del recurso debe ser establecido por Ley Orgánica Constitucional.
- b. El acto debe **emanar de parte** o de quien esté legitimado para actuar, de modo que difícilmente se podría considerar recurso aquellos actos similares pero que emanan de órganos jurisdiccionales, v.gr., las casaciones de oficio.
- c. Debe existir un **agravio** (representante de la justicia/injusticia en los elementos recursivos) o gravamen que emane del acto recurrido. A pesar de la falta de definición legal de este concepto, doctrinariamente se ha señalado que existiría agravio cuando se produzca una diferencia entre lo pedido por una parte al juez y lo concedido al peticionario, es decir, no haberse acogido íntegramente lo solicitado. Puede en algunos casos existir agravio para ambas partes, para lo que se ha encontrado como solución la institución de la “*adhesión*” (por ejemplo, en el recurso de apelación o de nulidad). A pesar de que la ley no define en que situaciones nos encontramos ante un agravio, tradicionalmente se ha utilizado el artículo 751 del CPC, ubicado dentro de las normas del juicio de hacienda

³⁵ ORELLANA, Fernando. Op. Cit. Tomo IV. Recursos procesales. 15p.

³⁶ UBAL, Nicole. Necesidad del recurso de apelación para la satisfacción del derecho al recurso en el debido proceso laboral. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2014. 64p.

³⁷ VÁSQUEZ GOERLT, Cristián. ¿Cumple nuestro sistema recursivo laboral con asegurar el debido proceso? Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2(4): 174p. 2011.

(interpretación bastante criticable toda vez que la norma pertenece a un procedimiento extraordinario), para determinar en qué ocasiones hay agravio, señalando la norma que existirá:

- i. Cuando no se acoge íntegramente la demanda,
 - ii. Cuando no se rechaza íntegramente la demanda,
 - iii. Cuando no se acoge íntegramente la reconvención,
 - iv. Cuando no se rechaza íntegramente la reconvención.
- d. Se debe impugnar **dentro del mismo proceso** en que se dictó. Al presentarse un recurso no se inicia un nuevo proceso ni se ejercita nuevamente el derecho de acción, simplemente se da inicio a una nueva fase dentro del mismo proceso, tomando en cuenta todas las limitaciones que la ley pueda imponer, v.gr. los términos legales o la institución de la cosa juzgada.
- e. El acto judicial impugnado debe ser una **resolución judicial**. Por resolución judicial entendemos todo acto jurídico procesal que emana de los agentes de la jurisdicción, y mediante el cual se da curso al proceso, se resuelven los incidentes promovidos dentro de él o se decide la causa o asunto sometido a su conocimiento (artículo 158 del Código de Procedimiento Civil). Cualquier otra impugnación a un acto jurídico procesal diverso no constituirá recurso.
- f. Finalmente, el objetivo principal de la actividad recursiva es eliminar el agravio generado por la resolución antijurídica, es decir, la **revisión** de la misma. Esto se puede conseguir mediante al menos dos vías jurídicas: en primer lugar, la *reforma* de la resolución judicial, que de forma genérica procede cuando, a pesar de cumplirse los requisitos legales, se estima por la parte agraviada que el conflicto no se ha dirimido de manera justa (v.gr. la reposición y la apelación); y, en segundo lugar, mediante la promoción de su *nulidad*, cuando se ha dictado sin cumplir los requisitos legales (v.gr. la casación y el recurso de nulidad). Es menester señalar que nuestro sistema no contempla una acción ordinaria de nulidad para invalidar sentencias por regla general, como señala también el mensaje del CPC, siendo la amplitud recursiva en nuestra regulación la regla general.

4.2 Principios aplicables al sistema recursivo

Nuestro sistema recursivo ha adoptado desde antiguo ciertas máximas que guían el andamiaje procesal en esta área y que manifiestan el fundamento y existencia de las instituciones de la impugnación y del recurso procesal, los cuales con el tiempo se han transformado y asumido como verdaderos principios procesales. Dentro de éstos destacamos, en primer lugar, el *principio jerárquico*, que encuentra sus raíces en la propia revolución francesa, fruto de la desconfianza que se

tenía de los jueces en aquél entonces, para que quien en definitiva aplicara la ley de forma correcta fuese el mismo ejecutivo, “devolviéndole” (he ahí el origen del concepto del *efecto devolutivo* del clásico recurso de apelación) la competencia que se habría delegado en los tribunales a quien representa el punto originario, es decir, la propia cabeza de Estado. Se encuentran excepciones a este principio en recursos tales como el de reposición y el de nulidad penal “*per saltum*”. En segundo lugar reconocemos el principio de la *doble instancia* o del *doble conforme*, en virtud del cual se entiende como parte integrante del derecho a recurrir (y por ende del debido proceso) que se pueda revisar al menos una vez más tanto los elementos fácticos, probatorios y jurídicos, teniendo su origen este concepto nuevamente en la fuerte relación jerárquica de superioridad que históricamente ha existido desde las Cortes de Apelaciones hacia las de primera instancia, más que por técnicas de política legislativa que tiendan a crear sistemas procesales adecuados. Así también lo ha entendido en su jurisprudencia la Corte IDH³⁸. Finalmente queremos señalar el *principio de preclusión*, encontrando esta figura jurídica en sus tres modalidades o tipos principales de forma relevante en el ordenamiento recursivo. Es así que la preclusión por *inoportunidad* o por *falta de oportunidad* resulta un elemento de vital importancia en la estructura procesal de los recursos en general, estando íntimamente vinculadas la institución de los plazos con la de los recursos, pudiendo ser declarados inadmisibles de plano cuando no se respete el elemento mencionado. En nuestro Derecho encontramos ciertas excepciones, v.gr. el recurso de aclaración, rectificación y enmienda, que no posee plazo fijo toda vez que lo que se busca es una mera corrección formal; en el recurso de reposición extraordinario del artículo 181 del Código de Procedimiento Civil, que no tiene limitación de tiempo, pero que exige como condición *sine qua non* que se hagan valer nuevos antecedentes que fundamenten su interposición; y a su vez el recurso de revisión en materia penal tampoco tiene un plazo de tiempo fijo para su interposición, pudiendo inclusive interponerse por los herederos del condenado en salvaguardia de su memoria. Luego encontramos la preclusión por *incompatibilidad* como un relevante elemento a la hora de interponer formalmente un recurso, v.gr. la reposición interpuesta de forma simplemente conjunta con la apelación, sin embargo, el Derecho Procesal resuelve este problema teórico mediante la institución de la interposición en subsidio. Finalmente, la preclusión por *consumación* es un elemento de no menor importancia que los anteriores, ya que la facultad de recurrir se agota una vez ejercida, v.gr., si se apela contra una sentencia definitiva, difícilmente se podrá volver a apelar dicha resolución nuevamente.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Abella y otros vs. Argentina*, sentencia de fecha 18/11/97. También Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mohamed vs. Argentina*, sentencia de fecha 23/11/12.

4.3 Fuentes de los recursos

Como hemos señalado *supra*, los recursos en nuestro ordenamiento nacional no están regulados de forma unívoca y analítica, sino más bien de forma amplia e inorgánica en diversos cuerpos legales, desde la Constitución misma hasta leyes especiales. Sus diversas fuentes pueden dividirse de la siguiente manera:

a. ***Constitución Política.***

Podemos considerarla, según el recurso que analicemos, fuente directa o indirecta.

i. Fuente directa:

Si bien sometidos a una ley (en la práctica también por autoacordados de cuestionable constitucionalidad) posterior, contempla recursos (generalmente considerados acciones, debido a la carencia de uno de los elementos del recurso, como es la impugnación de una resolución judicial, ya que las acciones contempladas en la Constitución en ciertos casos buscan atacar actos procesales diversos a las resoluciones judiciales) tales como el mal llamado recurso de protección (más precisamente, acción constitucional de protección de derechos fundamentales), el recurso de amparo, recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y el recurso de reclamación de nacionalidad.

ii. Fuente indirecta:

Se transforma en fuente recursiva al regular de forma general circunstancias como la limitación de competencias de los organismos estatales (artículo 7º) o al establecer instituciones como el debido proceso (artículo 19 nº3 inciso sexto, entendido como el “racional y justo procedimiento”, toda vez que la CPR no contempla el concepto “debido proceso” de manera expresa) o la facultad de conocer las causas civiles y criminales otorgada al Poder Judicial (artículo 77).

b. ***Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT).***

También se podría considerar al COT como fuente directa e indirecta:

i. Fuente directa:

En la reposición y apelación sobre calificación de los jueces (artículo 278) y en la regulación del recurso de queja (artículo 545) que procede cuando se dicta una resolución con grave falta o abuso, teniendo la resolución el carácter de sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, sin proceder otros recursos. Es más bien de carácter disciplinario que jurídico.

ii. Fuente indirecta:

Se vuelve fuente de este tipo al señalar las reglas generales de la competencia, determinar qué tribunales deben conocer en cada caso y al consagrar el principio jerárquico, que determina en buena medida la actividad recursiva en nuestro país, no respetándose dicho principio solo excepcionalmente, como lo es en el caso de la competencia *per saltum* de la Corte Suprema cuando concurren ciertos requisitos en el recurso de nulidad penal.

c. ***Código de Procedimiento Civil.***

Regula en sus libros I y III recursos tales como el de reposición ordinario y extraordinario (artículo 181), aclaración, rectificación y enmienda (artículo 182), apelación (artículos 186 y siguientes), casación (título XIX del libro III) y revisión (título XX del libro III).

d. ***Código Procesal Penal.***

En su libro III se realiza una reglamentación orgánica de los recursos, estableciéndose en su título I las disposiciones generales aplicables a todo recurso, en el título II la reposición, en el título III la apelación, en el título IV el recurso de nulidad, y en el párrafo III del título VIII del libro IV la acción de revisión de sentencias firmes condenatorias. Es menester mencionar que se regula también la existencia de una acción de amparo ante el juez de garantía distinto al recurso de amparo constitucional.

e. ***Leyes que regulan Procedimientos Especiales.***

Podemos encontrar recursos especiales y variantes a los regulados de forma general en el CPC en procedimientos como los de Derecho del Trabajo, Derecho de Menores, Procedimientos de Policía Local, Derecho Tributario, Derecho de Aguas, Derecho Sanitario, *inter alia*.

f. ***Procedimientos arbitrales.***

Ante *árbitros de Derecho* proceden los mismos recursos que procederían ante un tribunal ordinario de primera instancia. La casación en el fondo por su parte solo procede cuando la resolución haya sido pronunciada por árbitros de Derecho conociendo en segunda instancia. Para los *árbitros arbitradores* el sistema recursivo es bastante más acotado, procediendo la apelación solo en casos excepcionales (cuando se haya hecho reserva del recurso y se haya determinado árbitros de segunda instancia en el compromiso), la casación en la forma por omisión de trámite esencial (regulados por la ley, a falta de disposición expresa de las partes) y el recurso de queja (considerado por la Corte Suprema como irrenunciable).

4.4 Clasificación de los recursos

Es necesario tomar en cuenta que los recursos pueden adoptar muchas formas de acuerdo a su finalidad perseguida, el tribunal que deba conocer de ellos, el tipo de resoluciones impugnables o incluso su misma fuente. Es por esto que podemos clasificar los recursos de la siguiente manera:

- *De acuerdo a su finalidad:*
 - i. Recursos de nulidad: como son los recursos de casación de forma y fondo y la nulidad en el nuevo proceso penal. Podemos agregar también la acción de revisión de sentencias, tradicionalmente considerada recurso y que persigue la nulidad de las mismas, pero que no sería considerada recurso por proceder contra sentencias ejecutoriadas fuera del mismo proceso en que se dictaron.
 - ii. Recursos de enmienda: no buscarían la nulidad de la resolución sino más bien su corrección, como han sido considerados los recursos de apelación y de reposición. Tanto los recursos de nulidad como los de enmienda emanan de las *facultades jurisdiccionales* de los jueces.
 - iii. Recursos de protección de garantías constitucionales: Si bien no atacan necesariamente resoluciones judiciales, se les ha considerado (obviamente de forma errónea) como recursos por la doctrina nacional, siendo esencialmente las acciones de protección de garantías constitucionales (vulgarmente conocido como recurso de protección) y la acción de amparo.
 - iv. Recursos que persiguen la declaración de determinadas circunstancias: en este ámbito encontramos el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tanto los “recursos” de protección de garantías constitucionales (recursos de protección y de amparo) como los que persiguen la declaración de determinadas circunstancias emanan de las *facultades conservadoras* de los jueces.
 - v. Recursos que persiguen finalidades disciplinarias: En esta sede el principal exponente es el recurso de queja.

- *De acuerdo al tribunal a quo y ad quem:*
 - i. Recursos en que el tribunal que dictó la resolución es el mismo que conocerá de éste: Son conocidos como “*recursos de retractación*”, encontrando, v.gr., los recursos de aclaración, rectificación y enmienda y el de reposición.

ii. Recursos en que el tribunal que falla el recurso es el superior jerárquico directo de quien dictó la resolución: Es la regla general, y encontramos los recursos de apelación, de casación de forma y por regla general la nulidad en el nuevo proceso penal.

iii. Recursos que se interponen ante el tribunal que dictó la resolución para que lo conozca y falle “per saltum” el tribunal de mayor jerarquía: El principal ejemplo lo encontramos en la nulidad penal, cuando concurren determinados supuesto establecidos en la ley (artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal).

iv. Recursos que se interponen directamente ante el tribunal que establece la ley para que este mismo los conozca y falle: Aquí encontramos recursos como el de queja, el de hecho y la acción de revisión de sentencias firmes.

- *De acuerdo a su procedencia en contra de una mayor o menor cantidad de resoluciones:*

En este sentido se pueden clasificar como ordinarios y extraordinarios, aunque esta consideración en Chile tiene un doble sentido. En primer lugar, el ordinario procedería contra la mayoría de las resoluciones judiciales, mientras que el extraordinario procedería solo contra determinadas resoluciones establecidas en la ley. En segundo lugar, se consideran las causales que hacen procedente el recurso, v.gr., los ordinarios procederían solo ante la existencia de agravio, mientras que los extraordinarios procederían solo ante causales específicas expresadas taxativamente en la ley. Es así que la doctrina ha señalado diversas diferencias entre ambos tipos de recursos procesales³⁹:

a. los recursos ordinarios permiten el remplazo o modificación de cualquier vicio del que padezca la resolución judicial en particular, mientras que los extraordinarios deben atenerse a los vicios establecidos taxativamente en la ley;

b. por regla general, el juez que conoce de la resolución impugnada mediante un recurso ordinario tendría las mismas facultades que el juez *a quo*, mientras que el juez concedor del recurso extraordinario solo podría atenerse a los caracteres de la investigación jurídica definidos por la ley;

³⁹ VALENZUELA, Williams. 2015. Derecho al recurso. Desde el sistema interamericano a la situación de Chile. El juicio oral como paradigma. 1ª ed. Ciudad de México, Ed. Porrúa. 30p.

c. finalmente, los recursos ordinarios por regla general suspenderían la ejecución de la resolución impugnada, salvo se trate de las sentencias que causan ejecutoria, es decir, que por expresa disposición de la ley pueden ejecutarse a pesar de la procedencia de recursos procesales en su contra; por su parte los recursos extraordinarios por regla general no suspenderían la ejecución de los fallos, salvo expresa disposición de ley.

CAPÍTULO II. DERECHO AL RECURSO: ASPECTOS GENERALES, LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS PRINCIPALES DISCUSIONES

1. Generalidades

El derecho a impugnar o recurrir resoluciones judiciales que generen un perjuicio integra el debido proceso, entendido en nuestra Constitución Política como el *racional y justo procedimiento* (artículo 19 n° 3 inciso 6°). Si bien el derecho a recurrir no se señala de forma textual en el Capítulo III de nuestra Carta Magna (“*de los derechos y deberes constitucionales*”), el artículo 5° de la señalada norma fundamental lo hace plenamente vinculable y exigible por la ciudadanía, toda vez que establece como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica. El primero en su artículo 14 y el segundo en sus artículos 8° y 25 consagran los postulados esenciales del debido proceso y señalan como parte fundante de éste el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. A pesar de que el enunciado de ambas normas tiene claros ribetes penales, se ha establecido por gran parte de la doctrina y jurisprudencia internacional que no es relevante el área del Derecho que esté involucrada, sea esta civil, fiscal, laboral, administrativa, penal, u otra⁴⁰. Es así como el artículo 14.5 del PIDCyP señala que “(*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*)”, enriqueciendo y complementando (junto a las ya mencionadas normas pertenecientes a la CADH) el escueto concepto de racional y justo procedimiento contemplado en nuestra Constitución, formando un verdadero conjunto jurídico inescindible llamado Derecho al Recurso. Es así que parte de la doctrina ha señalado que “(*... el derecho al recurso, consagrado desde nuestra Constitución, deriva de la aplicación de los principios favor persona y de progresividad en materia de interpretación de derechos fundamentales, puesto que viene a nutrir y dotar de contenido la expresión racional y justo procedimiento (proceso) del numeral 3° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, transformándose en una verdadera garantía del justiciable*)”⁴¹. Asimismo lo ha entendido nuestro máximo tribunal, señalando que “(*... toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en su inciso quinto (hoy sexto) del numeral 3° del artículo 19, confiere al legislador la*

⁴⁰ Tal como se analizó *supra* respecto a la extensión del debido proceso (I.3.1). Se vuelve a esto *infra* en la discusión sobre la extensión del derecho al recurso (II.4.1).

⁴¹ *Ibid.* 49p.

*misión de establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo; en cuanto a los aspectos que comprende el derecho al debido proceso, no hay discrepancias en que, a lo menos lo conforman, el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, de que la decisión sea razonada y la **posibilidad de recurrir en su contra**, siempre que lo estime agravante, de acuerdo a su contenido”⁴² (énfasis nuestro).*

Más allá de la consagración del debido proceso y de sus garantías en tratados internacionales, no se puede negar que la posibilidad de revisión de una resolución judicial siendo parte agraviada permitiendo una segunda opinión por un tribunal superior en jerarquía, poniendo coto a los perjuicios que puedan emanar de los primeros y falibles grados jurisdiccionales, es una de las más importantes aspiraciones procesales humanas. Esta necesidad encuentra reconocimiento desde antiguo en recopilaciones que han servido de fuente formal a nuestras actuales regulaciones procesales, tal como las Siete Partidas, la que expresaba en su Partida III, Ley Segunda, Título 23º: “*(e)t decimos que de todo juicio afinado se puede alzar cualquier que se toviere por agraviado dél*”, entendiéndose que se permitía la impugnación de las resoluciones judiciales perjudiciales ante el puro agravio⁴³. No queda más que concluir que un recurso que permita el acceso a un segundo grado jurisdiccional es siempre una garantía para el justiciable que legitima las decisiones de los tribunales en el marco de su función jurisdiccional. Es necesario esclarecer que, el derecho al recurso, bajo los parámetros estudiados por este trabajo, se entiende como un derecho procesal básico procedente ante toda resolución que causare agravio o un perjuicio antijurídico a una parte determinada del proceso. En definitiva, y ocupando el lenguaje de nuestro Código de Procedimiento Civil, podemos afirmar que dicha garantía procedería ante sentencias definitivas y/o interlocutorias que establecen derechos permanentes a favor (o en contra) de las partes⁴⁴, toda vez que cualquier otra resolución judicial, *a priori*, no causaría agravio alguno.

Antes de analizar estos conceptos, se hace indispensable entender cuál es la finalidad y fundamento base del derecho a recurrir de una resolución agravante. Considerando las convenciones

⁴² Corte Suprema, Rol N° 873-10, sentencia de fecha 28 de abril de 2010, Considerando décimo.

⁴³ PALOMO, Diego y LORCA, Nelson. 2017. Sistema recursivo en los modelos reformados de la justicia chilena: ¿un avance o un retroceso? *En*: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ed. DER. 39p.

⁴⁴ Artículo 158 del Código de Procedimiento Civil:

Las resoluciones judiciales se denominan *sentencias definitivas*, *sentencias interlocutorias*, *autos* y *decretos*.

Es *sentencia definitiva* la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

Es *sentencia interlocutoria* la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

Se llama *auto* la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior.

Se llama *decreto*, *providencia* o *proveído* el que, sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirven de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso.

internacionales, las voces más autorizadas en el tema⁴⁵ y la jurisprudencia tanto de Cortes Internacionales como de nuestros tribunales superiores nacionales⁴⁶, podemos determinar a todas luces que el derecho a recurrir de una resolución agravante ante un tribunal superior corresponde a una garantía del justiciable, un derecho fundamental parte de tratados internacionales ratificados por Chile que dotan de contenido a la institución del debido proceso, macroderecho no definido por nuestro legislador ni constituyente, pero que posee derechos implícitos en él, en constante evolución, de acuerdo a las necesidades de cada nación en un espacio y tiempo determinado, y de carácter dinámico, es decir, se determinará su estructura de acuerdo a cada naturaleza de los procedimientos, sin que exista un recurso tipo que siempre garantice un proceso justo, quedando a determinación del legislador (como expresa nuestra CPR en su artículo 19 n° 3 inciso sexto) el arbitrio procesal necesario para solventar este derecho fundamental, y que permita alzarse contra todo error agravante a los derechos de los justiciables, ya sea fáctico, probatorio o jurídico, permitiendo un análisis efectivo, sencillo, integral, amplio, eficaz y accesible, quedando a libre determinación de la política legislativa simplemente lo que dice relación con los plazos, requisitos formales y *nomen iuris*.

2. Debido proceso, tutela judicial y derecho al recurso. Consideraciones del Tribunal Constitucional chileno.

La relación entre este derecho (parte del debido proceso) y la tutela judicial efectiva es de vital importancia. Vale destacar que tanto la tutela judicial (o jurisdiccional, como la define también parte de

⁴⁵ V.gr.: Diego PALOMO (PALOMO, Diego (director). 2017. Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ed. DER.), Raúl TAVOLARI (Ibid.), Mauricio DUCE (DUCE, Mauricio et al. 2008. Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En: Justicia civil. Perspectivas para una reforma en América Latina. Santiago de Chile, CEJA), Cristián MATURANA (MATURANA, Cristián. 2012. Los recursos ante los tribunales colegiados en un procedimiento oral. Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile (22)), inter alia (vid Bibliografía).

⁴⁶ V.gr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22/11/05; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de fecha 30/05/99; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y Otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 29/05/14; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de fecha 02/07/04; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de fecha 23/11/12; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Miller vs. Suecia*. Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de fecha 08/02/05; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Bakker vs. Austria*. Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de fecha 10/04/03; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Steel and Morris v. The United Kingdom*. Sentencia de fecha 15/05/05; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de fecha 02/02/01; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Sentencia de fecha 03/05/16; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de fecha 23/11/10; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de fecha 14/05/13; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de fecha 31/01/01; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*. Sentencia de fecha 08/03/98; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Abella y otros vs. Argentina*. Sentencia de fecha 18/11/97.

la doctrina⁴⁷) efectiva y el derecho al debido proceso (o a un proceso justo según algunos, se podría criticar al respecto la asociación que se la haría este concepto al *debido proceso sustantivo*, dejando el *debido proceso formal* aparte) no encuentran consagración expresa en nuestra legislación constitucional, configurando lo conocido como *derechos implícitos*, en constante evolución y con frecuencia en la palestra constitucional, como lo confirma la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) en el tema. Se han entendido los derechos implícitos como la *expansión natural del contenido de un derecho expreso por aplicación a supuestos fácticos nuevos*⁴⁸. De la misma forma lo ha entendido el TC al expresar que “(...) *las disposiciones sobre bases de la institucionalidad, los tratados internacionales y los derechos constitucionales expresamente reconocidos permiten extraer otros derechos que gozan de protección implícita de la Constitución, como el derecho de acceso a la información, el derecho a la identidad personal y el derecho a la presunción de inocencia*”⁴⁹. No obstante la Constitución no haga referencia expresa a la tutela judicial efectiva o al debido proceso, se debata respecto a la frontera entre ambos conceptos (la tutela judicial efectiva como concepto tiene origen en el derecho español, sin embargo en el derecho latinoamericano se ha abordado de forma distinta, trazando fronteras entre ambos) y considerando la natural confusión que se genera entre los derechos que se desprenden de estos macroconceptos, la doctrina ha intentado trazar una línea divisoria entre ambos con mayor o menor eficacia, señalando casuísticamente qué derechos se desprenden de uno u otro concepto.

Se ha sostenido por la comunidad jurídica que la relación entre estos conceptos es de carácter indisociable e interdependiente, representando por uno la *efectividad* que debe tener el proceso en la satisfacción de las pretensiones de los justiciables, desde el acceso mismo a la jurisdicción hasta la completa ejecución de lo resuelto (tutela judicial efectiva), y por el otro la *seguridad* que el Estado debe dar al garantizar la racionalidad y justicia en los conflictos de relevancia jurídica que se sometan a la jurisdicción nacional (debido proceso). En definitiva, son ambas caras de la misma moneda de lo que debe ser la *adecuación del proceso a las exigencias constitucionales y de derechos fundamentales*, abandonando la añeja visión de éste como un instrumento funcional de realización o materialización del derecho al caso concreto, para abordar la problemática ponderando el valor intrínseco de las normas, entendiendo el Derecho como un todo indivisible, donde no solo se debe perseguir dictar sentencias conforme a la ley, sino la producción de decisiones justas, racionales y efectivas.

⁴⁷ DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. 2009. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 22(1): 185-201.

⁴⁸ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *En: Estudios constitucionales* 11(2): 5p

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 634, c. 9 y 10. En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1340, c. 9 y Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1443, c. 13.

La mayor concreción material de la tutela judicial efectiva en nuestro país se ha dado en sede constitucional mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, toda vez que no existe en nuestra legislación una acción o recurso directo al Tribunal Constitucional, estando entregada dicha facultad a la justicia ordinaria en primera instancia mediante el Recurso de Protección de competencia de las Cortes de Apelaciones, apelable ante la Corte Suprema. Es así que desde el 2005 se permite dejar inaplicable para el caso concreto una ley cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución, lo cual puede ser concretado mediante dos vías. En primer lugar, por las partes estando pendiente el asunto (que la cuestión no haya sido resuelta por sentencia ejecutoriada). En segundo lugar, por el juez hasta antes de pronunciar sentencia. He aquí su gran importancia, si consideramos que tanto el juez como las partes pueden solicitar al TC pronunciamiento respecto a la adecuación constitucional del precepto legal incoado en cualquier momento del proceso hasta la ejecutoriedad de la sentencia definitiva. Es por esto que nos presenta especial relevancia la categorización realizada casuísticamente por el TC en la gran cantidad de consultas relacionadas a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso complementándose, claro está, con lo que la doctrina nos pueda aportar.

Parte de la doctrina ha intentado sistematizar las garantías (dentro de las cuales encontramos el derecho a recurrir de una resolución agravante ante un tribunal superior) que integran el derecho a la tutela judicial (o jurisdiccional) efectiva y el debido proceso, ya sea de forma doctrinaria o esquematizando las resoluciones del TC⁵⁰. En definitiva, se pueden distinguir las diferentes garantías asociadas a los derechos en comento dentro de tres pilares fundamentales: sus elementos comunes, las garantías que se asocian primordialmente a la tutela judicial efectiva y las asociadas al derecho al debido proceso, donde encontraremos el derecho a recurrir de resoluciones judiciales agravantes.

2.1 Reglas generales aplicables al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

I. MANDATO AL LEGISLADOR.

El constituyente evitó crear una categoría típica de garantías relacionadas al debido proceso al redactar la Carta Magna, prefiriendo otorgar un mandato amplio al legislador para que éste determinara siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos (artículo 19 n° 3

⁵⁰ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. Op. Cit. 6p.

inciso sexto de la CPR), dejando constancia igualmente en las actas de la comisión que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y el debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo establecido con anterioridad por el legislador. La intención principal en este sentido, aplicable a ambas garantías, es establecer la regla general de no obstaculizar la determinación de garantías procesales reduciéndolas a una categoría en particular y, *plus ultra*, imponer al legislador la obligación de generar de forma dinámica las garantías procesales tanto de la tutela judicial efectiva como del derecho al debido proceso, siempre respetando los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el contenido esencial de los derechos y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile.

II. APERTURA AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Es natural la aplicación en materia penal de las garantías en cuestión debido a lo sensible y delicado de los valores en juego en esta sede. Sin embargo, el TC ha establecido la extensión de estas garantías a procedimientos que pueden ser incluso no jurisdiccionales, relacionados a su vez con la otra cara del *ius puniendi* estatal, cual es el derecho administrativo sancionador, señalando que “(...) aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso⁵¹”.

III. ADAPTACIÓN A LA NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS.

La condición dinámica de las garantías en cuestión se debe condecir, a su vez, con la naturaleza de los procedimientos, v.gr., habrá procedimientos donde las formas de solución de conflictos cedan más en favor de principios o reglas generales abstractas (como el principio *pro operario* en sede laboral) y otros donde las reglas deberán propiciar más bien valores de igualdad *inter partes* (en materia comercial, por ejemplo). Así también el Tribunal Constitucional ha fallado, señalando que las garantías integrantes del debido proceso y la tutela judicial ceden ante la naturaleza del procedimiento, dejando un amplio espectro de determinación al legislador⁵².

IV. INEXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO TIPO.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 766, de 26/06/08.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 481, de 04/06/06.

En directa relación con el elemento anterior, el TC en ciertos fallos ha dejado patente la inexistencia de un procedimiento tipo que contenga todas las garantías que puedan desprenderse del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Asimismo, la ausencia de algún elemento en un determinado procedimiento puede ser irrelevante, mientras que en otro puede ser parte integrante del debido proceso, siendo de adaptación flexible y volviéndose un lugar común en la argumentación del TC ante los requerimientos de inaplicabilidad, señalando por ejemplo que “(...) *quedó patente que no existe un modelo único de garantías integrantes del debido proceso en Chile*”⁵³.

V. INTERPRETACIÓN AMPLIA Y CARÁCTER SUPLETORIO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE LA JUSTICIA ORDINARIA.

Esta consideración es consecuencia directa de la inexistencia de un formato tipo de procedimiento con sus respectivas garantías procesales mínimas, lo que no puede impedir en ningún caso que se recurra a las modalidades ordinarias como reglas supletorias. De esta manera, hay garantías básicas que podrían vulnerarse de no tener presente este elemento, como es, v.gr., el acceso a la jurisdicción. Así se ha pronunciado el TC al señalar que “*las normas del Código del Trabajo, que excluye la competencia de los Tribunales del Trabajo en materias como la declaración de invalidez o el pronunciamiento sobre el otorgamiento de licencias médicas, es constitucional, en el entendido que las materias que quedan excluidas del conocimiento de los Juzgados del Trabajo son de competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia (...)*”⁵⁴.

2.2 Garantías relacionadas al derecho a la tutela judicial efectiva

Cuando hablamos de tutela judicial efectiva entendemos la existencia de un derecho de carácter prestacional (es decir, depende de un actuar positivo estatal para poder ser disfrutado) que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales⁵⁵ y que nace de nuestra Carta Magna en su artículo 19 numeral 3º inciso primero que garantiza “*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*” a todas las personas⁵⁶.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1838, de 07/07/11.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 463, de 09/12/05.

⁵⁵ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. Op. Cit. 12p.

⁵⁶ Así se ha expresado el TC al señalar que “(...) *el artículo 19, número 3 inciso quinto de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la*

Podemos analizar la tutela judicial desde un punto de vista adjetivo y otro sustantivo. El primero dice relación con la función de tutela que practica este derecho con respecto a otros intereses distintos al meramente procesal, como lo son los derechos civiles, comerciales, laborales, etcétera. Por su parte, la dimensión sustantiva de la tutela judicial efectiva es considerada por la justicia constitucional como un derecho fundamental autónomo, el cual tiene como finalidad esencial que las personas accedan al proceso como el mecanismo principal de solución de conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica, evitando la autotutela, lo que resulta un presupuesto base de todo Estado de Derecho moderno⁵⁷. Sin embargo, esta tutela judicial para que sea plenamente efectiva no se satisface simplemente otorgando el acceso a la jurisdicción (derecho a la acción), sino cuando se cumplan, a su vez, los requisitos de que la respuesta jurisdiccional sea *pronta y adecuada*, respondiendo los principales problemas de fondo que se planteen mediante una resolución fundada y pública, con efectividad de cosa juzgada y otorgando garantías reales de un cabal cumplimiento.

Es por estas consideraciones que no se puede restringir la tutela judicial efectiva en un par de derechos bases, sino que es necesario distinguir todos los aspectos que la justicia constitucional ha destacado en los últimos años y que se asocian a este macroderecho, análisis que pasaremos a desarrollar a continuación.

I. EL DERECHO A LA ACCIÓN.

Entendemos por acción la *facultad que tienen las personas de traspasar conflictos de relevancia jurídica al proceso, para lograr una solución jurisdiccional*⁵⁸. Este derecho es de carácter amplio, constitucional (artículo 19 n° tercero inciso primero de la CPR) y con pocas limitaciones, principalmente en el ámbito penal, donde el ejercicio de la acción penal se transforma en un monopolio estatal, pero cediendo en favor de los ofendidos y las demás personas que determine la ley (véase el artículo 83 inciso segundo de la Constitución Política). El derecho a la acción es un presupuesto básico de todo Estado de Derecho, en esencia que toda persona pueda acudir a la judicatura en demanda de justicia, toda vez que la autotutela está estrictamente prohibida. Es por esto, tal como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional⁵⁹, que tiene dos facetas de gran relevancia, una *privada*,

legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva. En Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1130, de 07/10/08.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 815, de 19/08/2008.

⁵⁸ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. Op. Cit. 12p.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 205, de 02/02/95.

correspondiente a la satisfacción de los intereses subjetivos de los involucrados, y otra *pública*, en que opera el derecho objetivo de forma general y efectiva para mantener la observancia de la ley.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN (O JUSTICIA).

No basta con el simple derecho a accionar, si no hay jurisdicción a la que se permita acceder mediante dicha acción. Por muy tautológico que suene, lo cierto es que el debate constitucional en el tema ha sido abundante. El derecho de acceder a la jurisdicción (o de acceder a la justicia, como se ha definido igualmente, sin embargo, preferimos la primera toda vez que el concepto de justicia posee características más axiológicas que ontológicas) se funda en la consonancia entre los artículos 19 numeral 3° y 76 inciso primero de nuestra Constitución Política. De especial relevancia resulta esta última norma que describe uno de los elementos esenciales del concepto de jurisdicción, a saber, “*(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 ley*”.

Es conocida por la comunidad jurídica la importancia y amplitud que tiene el concepto de jurisdicción, ejercicio fundamental de soberanía, este poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efectividad de cosa juzgada los conflictos de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y territorial de la República, se debe entender en términos amplios para que cumpla efectivamente su verdadera función, entendiendo de manera amplia tanto la *materia* a la que se debe abocar (v.gr., cuando se exprese “causas civiles”, se debe incluir todas aquellas controversias jurídico-administrativas que se puedan suscitar⁶⁰), como *quién* debe ejercerla (no se ejerce simplemente por los tribunales, sino por todos aquellos autorizados por la ley a ejercer la potestad pública), y la *extensión* misma del concepto⁶¹”.

III. DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

De gran importancia para nuestro asunto resulta el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, el cual incluso lo encontramos como parte esencial de la función jurisdiccional delegada

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 176, de 22/11/93

⁶¹ En este último sentido nuestro Tribunal Constitucional ha expresado que “(...) *carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho a todas personas a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente.* En Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1470, de 27/10/09.

exclusivamente en los tribunales nacionales, al artículo 76 inciso primero de nuestra Carta Fundamental expresar que la facultad de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. De esta manera podríamos llegar a considerar que la ejecución de las resoluciones, en virtud de principios tales como el de economía procesal (en miras de evitar el desgaste innecesario de la jurisdicción), no debiera ser una atribución exclusiva de carácter constitucional de los tribunales de justicia, pudiendo ser ejercida por entes administrativos o auxiliares de la administración de justicia, considerando a su vez la hermenéutica de dicha norma, que señala el “*hacer ejecutar lo juzgado*”, expresión bastante amplia que abre el debate jurídico sobre si del espíritu de la norma efectivamente resulta que la ejecución sea potestad exclusiva de los tribunales o si es posible ampliar el espectro de sujetos potestados para llevar a cabo dicha función. He aquí un ámbito donde el derecho a la tutela judicial efectiva opera en toda su dimensión, conceptualizado como el *derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes para hacer ejecutar lo juzgado con fuerza de cosa juzgada estableciendo la tutela efectiva*, tal como ha señalado nuestro TC⁶².

IV. DERECHO A LA COSA JUZGADA.

Estrechamente vinculado a la efectividad de las resoluciones, el derecho a la cosa juzgada resulta ser parte importante de la definición misma de jurisdicción, incluso asociado por nuestra justicia constitucional a la definición misma de debido proceso (*vid supra*). Podemos entenderlo como *el derecho a que los efectos del proceso se traduzcan en una verdad única, intangible e inamovible resolviendo, definitivamente, el conflicto de relevancia jurídica planteado*. Sin embargo, es bien sabido que este derecho no opera de la misma forma en todas las resoluciones, debiendo tomar en especial consideración la naturaleza del procedimiento. Es así que encontramos la *cosa juzgada material* cuando se impida del todo la revisión de la resolución, y *formal* en el evento que se admitan modificaciones posteriores, como sucede en el recurso (o más bien acción) constitucional de protección de garantías fundamentales o en ciertos procedimientos de familia. Finalmente, cabe mencionar que el TC ha entendido este derecho como parte integrante de la efectividad de la tutela judicial⁶³.

V. DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1535, de 28/01/2010.

⁶³ Señala que “(s)in la aplicación del efecto de cosa juzgada, el conflicto no queda resuelto, con lo cual el proceso no cumple su función, reconociéndose como única excepción a ello la acción de revisión de sentencias firmes, contemplada expresamente en la legislación procesal civil y penal. En Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 821, de 01/04/08.

Podemos entenderlo como el *derecho que tiene toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un tiempo (o plazo) razonable y sin dilaciones indebidas*⁶⁴. La encontramos expresa en tratados internacionales ratificados por Chile como el PIDCyP en su artículo 14.3 letra c), que asegura el derecho a ser juzgado “*sin dilaciones indebidas*” y en la CADH en su artículo 8.1, al expresar que “*toda persona tiene derecho a ser oída, con todas las garantías y dentro de un plazo razonable*”. El TC ha entendido esta garantía como un mandato al legislador, como una obligación constitucional que determina la reserva de ley en materia procesal, y que sería un límite material a los procedimientos, estableciendo que “*(...) el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (...) es parte de la efectividad y justicia de todo procedimiento*⁶⁵”.

VI. DERECHO A LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES.

La publicidad es uno de los pilares de las bases de la institucionalidad en nuestro país, estableciendo el artículo 8º inciso segundo primera parte que “*(s)on públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen*”. Así encontramos dos niveles de publicidad: uno *genérico*, en cuanto órgano estatal, y otro *específico*, en cuanto órgano revestido de la función jurisdiccional. El primero posee características amplias en cuanto derecho objetivo, sin limitaciones ni restricciones, en relación con el principio de probidad, mientras que el segundo, el más importante para nuestro estudio, posee limitaciones tanto en la legislación interna como en los tratados internacionales⁶⁶.

2.3 Garantías relacionadas al derecho a un debido proceso

Habiendo abordado el derecho al debido proceso *supra*, nos abstendremos a simplemente realizar un análisis de las garantías que históricamente nuestro Tribunal Constitucional ha entendido como parte integrante de este macroderecho. No han sido pocas las referencias a este derecho generalmente esbozado desde la definición constitucional del artículo 19 numeral tercero inciso sexto en relación al racional y justo procedimiento, señalando el TC que “*el procedimiento legal debe ser*

⁶⁴ NOGUEIRA, Humberto. 2003. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. 1ª ed. Ciudad de México, Ed. UNAM. 100p.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1838, de 02/07/11.

⁶⁶ El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su numeral primero señala que “*la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores*”.

*racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad, y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso*⁶⁷. Este es el concepto constitucional que generalmente se maneja para hacer referencia al derecho al debido proceso, más allá de su amplia determinación que, como ya hemos señalado, involucra un mandato expreso al legislador. Por lo tanto su alcance jurídico debe determinarse caso a caso, determinando el conjunto de garantías procesales, penales u orgánicas que pueden subsumirse dentro de este derecho, ya que no existe un único modelo iusfundamental de debido proceso y tampoco puede haberlo si consideramos la necesidad de que, como se señaló anteriormente, la determinación de este derecho sea dinámica y no estática.

I. DERECHO A UN JUEZ PREDETERMINADO POR LEY.

Esta garantía ha sido también conceptualizada como derecho a un juez natural (que no preferimos por su asociación al ámbito territorial) o a un juez ordinario (tampoco resulta apta por su relación con la especialización de los órganos judiciales, que no va al caso), debiendo establecerse previamente tanto su *existencia*, como su *competencia* y su *investidura* jurisdiccional. Este derecho tiene dos facetas: una *formal*, en que la ley se eleva como el único instrumento de organización judicial y jurisdiccional y que, *plus ultra*, es materia de ley orgánica constitucional⁶⁸, e incluso va más allá señalando que previamente a su establecimiento o reforma debe ser oída la opinión de la Corte Suprema; y una faceta *material*, implicando que además de la organización y atribuciones, debe previamente determinarse tanto su competencia como su investidura jurisdiccional. Asimismo, la Constitución en su artículo 19, numeral tercero, inciso quinto nos agrega que “(n)adie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”⁶⁹.

II. DERECHO A UN JUEZ O TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL.

Aunque parezca un pleonasma, ha sido definido (tomando en cuenta los artículos 14.1 del PIDCyP y el artículo 8.1 de la CADH) como *el derecho a un proceso sustanciado por un tribunal o*

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL 1838, de 07/07/11.

⁶⁸ Tal como señala la CPR en su artículo 77, inciso primero, primera parte: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.”

⁶⁹ Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido por comisión especial a “todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a Derecho”, sancionándolas tanto en sede del derecho a un juez predeterminado como dentro de la garantía a un juez o tribunal independiente e imparcial que pasaremos a abordar a continuación. En Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 184, de 07/03/94.

juez que reúna objetiva y subjetivamente las condiciones de independencia e imparcialidad, y por mucho que se las estudie conjuntamente, la independencia e imparcialidad son conceptos bien delimitados. Mientras la *independencia* se entiende como la inexistencia de relación alguna con órganos de otros poderes, la *imparcialidad* se relaciona con la ausencia de vínculos o intereses con las partes del conflicto intersubjetivo. La garantía a un tribunal o juez independiente está establecida de forma negativa (mediante reglas de no intromisión) en el artículo 76 de nuestra Constitución Política en su parte final, cuando señala que “(n)i el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”, consagrando la independencia del Poder judicial respecto a los otros dos poderes del Estado⁷⁰.

III. DERECHO A LA DEFENSA JURÍDICA Y A LA ASISTENCIA LETRADA.

El derecho a la defensa jurídica puede ser analizado desde un punto de vista *sustantivo* (entendido como interdicción de la indefensión) y *formal* (principio de contradicción de los actos procesales), y se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna en su artículo 19, numeral segundo, primera parte, donde se expresa que “(t)oda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”. Por indefensión debemos entender la *privación o limitación de los medios de defensa producida dentro de un proceso por una indebida actuación de los órganos judiciales y por una aplicación inequitativa del principio contradictorio o de igualdad de partes*⁷¹. Sin embargo, no cualquier situación de indefensión calza con el tipo de garantía en análisis, ya que debe ser causada por un órgano judicial en ejercicio de sus funciones, que no haya sido provocada o consentida por la parte afectada y que dicha limitación o privación del derecho a defensa sea sustancial y definitiva. Una buena parte de las garantías que emanan de este derecho pueden ser encontradas en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como por ejemplo

⁷⁰ Respecto a nuestro país, se hace fundamental señalar un extracto de la sentencia del caso *Palamara Iribarne v. Chile* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se pronuncia latamente respecto a esta garantía infringida por el Estado chileno, demarcando las aristas esenciales de este derecho al señalar que “se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22/11/05. Serie C N° 135, párr. 145-147.

⁷¹ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. Op. Cit. 23p

la concesión de tiempo y de medios adecuados para la preparación de la defensa del inculpado, su derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, entre otros de índole diversa. La garantía, claro está, no se agota con la simple accesibilidad inicial a un medio de defensa, sino que debe materializarse en todos los diversos estadios del procedimiento, de otra manera la igualdad de armas pasaría a ser pura poesía⁷².

IV. DERECHO A ASESORÍA Y DEFENSA GRATUITA PARA LAS VÍCTIMAS

En julio de 2011, mediante la ley de reforma constitucional número 20.516, se modificó el artículo 19, numeral tercero, de nuestra Carta Magna, disponiendo que: *“(l)a ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”*. Se entiende dicho numeral como parte integrante del derecho genérico de defensa jurídica, parte a su vez del mencionado derecho a un proceso justo y racional, sin que exista a la fecha jurisprudencia específica por parte del Tribunal Constitucional chileno. Sin embargo, se puede apreciar que al encomendar a la ley la determinación de los medios para asegurar un adecuado asesoramiento y defensa a quienes no puedan procurárselos por sí mismos, lo que busca el constituyente es que esta materia tan relevante no sea modificada mediante vía administrativa u otro mecanismo alterno.

V. DERECHO DEL IMPUTADO A SER ASISTIDO POR UN DEFENSOR PÚBLICO

Encontramos en el nuevo inciso cuarto del artículo 19 numeral tercero de nuestra Constitución la consagración de la Defensoría Penal Pública, al establecerse que *“(t)oda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley”*. Se trata sobre todo de un cumplimiento de los

⁷² Nuestro Tribunal Constitucional no ha restado importancia a esta garantía sosteniendo que *“el derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso y pertenecen a las más antiguas tradiciones de la justicia y el Derecho”*. Además, ha hecho notar la importancia que reviste este derecho en la concreción del derecho fundamental de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y, en definitiva, con la propia tutela judicial efectiva. En Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 621, de 29/05/07.

compromisos internacionales asumidos por el Estado chileno al explicitarse constitucionalmente la regla general del derecho a defensa en el marco penal, en concordancia con lo exigido por el artículo 8.2 letra d) de la CADH.

VI. DERECHO DEL IMPUTADO A SER GRATUITAMENTE ASESORADO POR UN TRADUCTO O INTÉRPRETE.

Si bien no lo encontramos consagrado a nivel constitucional (sí a nivel legal en los artículos 98 inciso final y 291 incisos tercero y cuarto del CPP), en virtud del artículo 5° de nuestra Constitución el artículo 8.2 letra a) de la CADH se vuelve plenamente aplicable y exigible, que señala el “*derecho del inculgado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal*”.

VII. DERECHO A LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA

Este derecho se vuelve consustancial al derecho a un proceso justo y racional, formando parte integrante de los principios formativos del procedimiento, y se podría compactar señalando que corresponde al *oportuno conocimiento sobre el proceso seguido en contra del justiciable*. Surge de la misma igualdad ante la justicia y está estrechamente relacionado con el derecho a defensa jurídica, siendo unánimemente aceptada su pertenencia al derecho a un debido proceso. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional al señalar que “*entre las bases del debido proceso, se incluye el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir la prueba*”⁷³. Sin embargo, y como ya se manifestó en las reglas aplicables tanto a la tutela judicial efectiva como al derecho a un debido proceso, se debe tomar en cuenta la naturaleza de la acción ejercida. Esto se evidencia en la gradación del derecho dependiendo del tipo de procedimiento, v.gr. su aplicación aparecerá postergada en las acciones propiamente cautelares en comparación con los juicios de lato conocimiento.

VIII. DERECHO AL DEBIDO EMPLAZAMIENTO.

Constituye fundamentalmente el derecho del demandado al conocimiento oportuno de un proceso seguido en su contra, que puede defenderse y que la sentencia le será oponible directamente. Es más bien una ritualidad transformada en derecho a ser notificado y disponer de un plazo

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1200, de 10/03/09

determinado para exponer lo que se estime conveniente. Tradicionalmente se le ha considerado un requisito de validez del proceso y por ende, causal de nulidad del mismo. Tanto nuestro Tribunal Constitucional como la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución lo consideraron parte integrante del debido proceso y muy excepcionalmente las resoluciones judiciales producirán efecto sin notificación hecha con arreglo a la ley (artículo 38 del CPC).

IX. DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES.

Se ha considerado tradicionalmente como *el igual trato dentro del proceso para la debida protección de los derechos involucrados*. Sin embargo, consideramos que el término igualdad no es el más preciso, toda vez que las partes ocupan posiciones distintas en el proceso, tiene distintos intereses y por lo tanto no poseen idénticos derechos procesales. Es por esto que apreciamos que la terminología apropiada puede ser el derecho al “equilibrio” procesal entre las partes, ya que la ley no prohíbe hacer diferencias, sino la arbitrariedad en el trato procesal, esto es, sin fundamento razonable y expreso que permita justificarlas. Además, hay que considerar, como lo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional⁷⁴, que los criterios diferenciadores deben ser acorde a parámetros objetivos y nunca subjetivos, como podrían serlo la raza, la edad, el sexo, el origen nacional o social, *inter alia*.

X. DERECHO A PRESENTAR E IMPUGNAR PRUEBAS.

Consustancial al derecho a una adecuada defensa jurídica, este derecho se traduce en la facultad de presentar pruebas para acreditar o desacreditar los hechos expuestos por las partes, impugnar aquellas que vulneren las pretensiones de manera antijurídica, generar certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y en definitiva, que la magistratura pueda fundamentar adecuadamente sus decisiones. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, dirigiéndose directamente al legislador y a su obligación de “*permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten*”⁷⁵.

XI. DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN MOTIVADA SOBRE EL FONDO.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 977, de 08/01/08.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1411, de 07/09/2010.

Se trata del derecho constitucional relativo a acceder, tramitar y obtener del tribunal una sentencia de fondo motivada sobre el objeto sometido a su conocimiento, previo respeto de un proceso justo y racional. No implica la obligación de acoger o no el interés reclamado, sino el pronunciamiento fundado acerca del fondo del asunto, y se relaciona estrechamente con el deber de fundamentación de las decisiones judiciales. Es así que una resolución sin razonar viola este derecho, y una resolución carente de motivación viola el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales. Esto posee gran interés para el objeto de este trabajo, ya que en base a dicha fundamentación y motivación se producirá el posterior control del tribunal superior, garantizando la *interdicción de la arbitrariedad*.

XII. DERECHO DE REVISIÓN JUDICIAL POR UN TRIBUNAL SUPERIOR

Objeto principal de este trabajo, el derecho al recurso, también conceptualizado como derecho a revisión judicial por un tribunal superior, es unánimemente considerado como parte integrante del debido proceso. Nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a dicha apreciación⁷⁶. En esta sede los debates no han sido pocos, tomando en cuenta la consagración de este derecho en tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 14.5 del PIDCyP y artículo 8.2 letra h) de la CADH), en general las discusiones han estribado sobre si es aplicable simplemente a materias penales o posee aplicación amplia, si el derecho a recurrir equivale al derecho a la doble instancia o al doble conforme, o sobre la función y fines que debe cumplir un recurso judicial. No adelantaremos dichas discusiones, toda vez que son parte fundamental de este trabajo.

3. Estándares y parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos regula el derecho a recurrir de un fallo agravante de una manera más amplia que su par europeo, mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa y obtener un reexamen del asunto controvertido, lo que se ha visto replicado en la jurisprudencia de ambos sistemas. Mientras el sistema americano ahonda en el concepto creando estándares mínimos exigibles por todo ciudadano que vea vulnerado sus derechos por un fallo de primera instancia agravante, el sistema europeo genera una protección similar, pero desde la óptica del *fair trial* como concepto informador de todos los aspectos del debido proceso (artículo 6.1 de la CEDH). Los parámetros generados por la Corte IDH no son menores, toda vez que han servido para

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1448, de 07/09/10. Así también: Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1443, de 26/08/10.

sustentar doctrinas jurídicas por todo el continente y enriquecido los conceptos de la tutela judicial efectiva, del debido proceso y del derecho a recurrir. El contenido esencial del derecho al recurso para la Corte IDH se puede sistematizar de la siguiente forma:

- i. La necesidad de **existencia** de arbitrios procesales para ante un tribunal superior⁷⁷.
- ii. Los arbitrios son de libre configuración por el legislador en lo que dice relación con el *nomen iuris*, plazos y requisitos formales.
- iii. El recurso debe permitir alzarse contra todos los agravios de hecho, probatorios o jurídicos debatidos por el tribunal inferior, debiendo ser un recurso **sencillo, ordinario, eficaz, amplio y accesible**.

Es fácilmente perceptible por cualquier letrado que el recurso más asimilable a estas exigencias es la tradicional apelación, más allá del *nomen iuris* que reciba en distintas legislaciones o si garantiza una apelación amplia o limitada. Mientras exista un recurso que satisfaga los estándares fijados por el derecho internacional de derechos humanos, que la herramienta entregada por la legislación sea eficaz y eficiente al impugnar un fallo agravante ante un tribunal superior independiente e imparcial que pueda revisar tanto los hechos como el Derecho, el *nomen iuris* devendrá irrelevante.

Se entiende, además, por parte de la Corte IDH que el recurso debe permitir un análisis **amplio**, es decir, de todos los agravios tanto de hecho, de Derecho y probatorios. Esto parte del supuesto de que la actividad fáctica es inescindible de la actividad jurídica, siendo una división más teórica que práctica, por lo que una errada determinación de los hechos involucrará una correlativa errada determinación del Derecho. Solo mediante un examen amplio de estos supuestos puede darse el cabal cumplimiento del principio recursivo del *doblo conforme*⁷⁸.

Bien sabemos, como se expresó *supra*, que la clasificación de los recursos atendiendo si son ordinarios o extraordinarios tiene en nuestro país dos acepciones, de acuerdo a la cantidad de resoluciones recurribles y a las causales establecidas por el legislador para permitir su interposición⁷⁹.

⁷⁷ La configuración del recurso es libre, pero no basta con la mera existencia de un recurso que permita acceder a un tribunal superior, especialmente si dicho tribunal no cuenta con los requisitos de naturalidad o independencia. *In re* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, sentencia de fecha 30/05/99.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y Otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 29/05/14.

⁷⁹ En primer lugar respecto a la calidad o tipo de resolución en contra de que procede, atendiendo que el recurso ordinario procede en contra de la mayoría de las resoluciones judiciales, mientras que el extraordinario se restringe a resoluciones determinadas taxativamente o que cumplan las características establecidas específicamente en la ley, en segundo lugar se toma en consideración el motivo considerado por el legislador para permitir la interposición del recurso, si basta el agravio o perjuicio para su interposición será ordinario (v.gr. apelación), mientras que si el legislador ha establecido causales específicas y taxativas para su interposición, será extraordinario (v.gr. casación).

Si entendemos al recurso como garantía del justiciable, se vuelve imperativo aceptar que el recurso no puede limitarse a un análisis de tipo nomofiláctico, ni de mera legalidad, debiendo primar el *ius litigatoris* (derecho de los justiciables a obtener una correcta aplicación de la ley en la solución de conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica, prohibiendo el *non liquet*, preponderando el interés privado, conforme a un racional y justo procedimiento) por sobre el *ius constitutionis* (estrechamente vinculado con el *certiorari*, consiste en la función pública generalmente entregada al máximo tribunal en que discrecionalmente puede revisar resoluciones de sus inferiores tomando en cuenta el interés del Derecho y su correcta interpretación y aplicación por sobre el interés privado de las partes), debiendo garantizarse un recurso **ordinario** tanto respecto de la resolución recurrible como de las causales exigidas (debiese bastar con el simple agravio o perjuicio), tal como lo ha entendido la Corte IDH, incluso en casos donde Chile ha sido parte recurrida, como el caso *Norín Catrimán y Otros vs. Chile*, y en casos de conocida fama tales como *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, señalando la Corte que “(...) *de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho*”⁸⁰ (énfasis nuestro).

A su vez, se ha hecho énfasis por la Corte IDH en diversa jurisprudencia⁸¹ que para que el recurso cumpla su función garantista es necesario que presente características de **sencillez y accesibilidad** tales que permita a toda persona poder recurrir de forma simple en contra de los agravios producidos por la resolución, sin mayores complejidades o formalidades que obstaculicen el ejercicio del derecho a recurrir, volviéndolo meramente una ilusión. Finalmente, y muy relacionado con la característica relacionada a la amplitud recursiva y con la finalidad exigida a cada recurso, la Corte IDH ha estimado en virtud de la normativa internacional que el recurso debe ser **eficaz**⁸², sin que baste su mera existencia formal, debiendo poder permitir el arribo al resultado para el que fue previsto, constituyéndose en el medio adecuado y necesario para la corrección de una sentencia errónea o viciada, entendiendo que si no se cumple, se vulnera profundamente no solo el derecho a recurrir (y con ello el derecho a un juicio justo), sino que de la misma forma la tutela judicial efectiva y el mismo acceso a la jurisdicción entendido como un acceso de fondo, íntegro, adecuado y efectivo, y no como un mero acceso formal a un tribunal superior.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y Otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 29/05/14 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de fecha 02/07/04. Serie C n° 107, párrafo 161.

⁸¹ V.gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de fecha 23/11/12.

⁸² *Ibid.*

De la misma forma en que se establecen requisitos de manera positiva para establecer un sistema recursivo acorde a la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile, se pueden identificar ciertas limitaciones al legislador, quien tiene la potestad de establecer la forma y requisitos del acceso a la jurisdicción y al derecho al recurso, pero siempre considerando la prohibición de transformar en irrealizable el derecho, desnaturalizándolo, limitándolo desproporcionadamente y, en definitiva, volver en utopía el derecho a la revisión de las sentencias por un tribunal superior. Sí, es lícito por el legislador limitar el acceso al recurso, pero como destaca el profesor Humberto NOGUEIRA, *siempre deben ser interpretadas en clave de derechos humanos*⁸³, es decir, no deben limitar más allá de lo permitido la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Dentro de estas condiciones procesales, plenamente aplicables a la conformación recursiva, encontramos:

a) Proscripción de formalismos exagerados como requisitos procesales, lo que devengaría ilusoria el acceso simple y eficaz a la jurisdicción.

b) El requisito debe estar establecido por ley. Esto lo podemos dilucidar de diversas disposiciones constitucionales, como por ejemplo el artículo 19 n° 3 inciso sexto que delega al legislador el establecimiento de las garantías de un procedimiento racional y justo, siempre considerando el n° 26 del mismo artículo, el cual expresamente nos señala que “(...) *los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”. Diáfano como el agua.

c) El requisito *pro actione* (o *pro requirente* en este caso). De acuerdo a esta máxima, se debe preferir siempre la admisión por sobre la inadmisión, ya que de otra forma se puede llegar a vulnerar derechos constitucionales tales como el derecho a la justicia y acceso a la jurisdicción, la acción procesal misma, el derecho a un juicio justo y el *derecho a petición*, que encontramos consagrado en nuestra Carta Magna en su artículo 19 n° 14, el que nos señala que todos tenemos “(e)l derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, **sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes**” (énfasis nuestro).

d) La declaración de inadmisibilidad de los recursos solo puede ser expedida o declarada de oficio por el tribunal ante defectos o vicios insubsanables.

⁸³ En VALENZUELA, Williams. Op. Cit. 75p.

4. El problema de la extensión

Respecto a la extensión mínima que debe abarcar un recurso en particular de acuerdo a los estándares internacionales, encontramos discusiones desde dos perspectivas. En primer lugar, lo que definimos como *extensión externa*, es decir, si existe un derecho al recurso en áreas extrasancionatorias o si simplemente encontramos dicha garantía en áreas penales y administrativo sancionatorias. En segundo lugar, la *extensión interna*, esto es, si el recurso necesario para satisfacer los estándares internacionales debe permitir alzarse contra todo agravio (ya sea fáctico, probatorio o jurídico) o si se puede restringir su amplitud en pos de otros bienes jurídicos, lo cual tiene un gran vínculo con los conceptos de doble instancia y doble conforme.

4.1 La extensión externa

Cuando hablamos sobre debido proceso, entendemos una garantía que debe regir con carácter general, permitiendo la concreción del juicio justo en todo proceso, sin restringirse a un procedimiento en específico. Parte de la doctrina ha asociado directa y exclusivamente la garantía informadora del debido proceso del artículo 8° de la CADH estrictamente al ámbito penal⁸⁴. Aunque la Corte IDH en más de alguna jurisprudencia haya establecido que las garantías del artículo 8.2 de la CADH no se reducen simplemente al ámbito sancionatorio, señalando expresamente su extensión a áreas fiscales, laborales o **cualquier otro ámbito** (énfasis nuestro), las voces que señalan la no obligación de los Estados partes del sistema interamericano de otorgar un recurso apto que garantice un juicio racional y justo en todas las materias no cesan, doctrina que llamaremos de la *extensión reducida*.

Las opiniones que reducen la aplicación del artículo 8° de la CADH a un ámbito netamente sancionatorio basan sus postulados principalmente en la interpretación literal de las normas convencionales internacionales (toda vez que tanto la CADH, la CEDH y el PIDCyP usan un lenguaje penal para determinar las debidas garantías procesales), en la no existencia de jurisprudencia internacional sobre derecho al recurso en materia civil (y si es que ha habido algún tipo de reconocimiento, ha sido hacia las garantías mínimas del artículo 8.2 en general y nunca respecto al artículo 8.2.h. en particular) y en otras manifestaciones de la Corte IDH, principalmente la Opinión Consultiva N° 11 de 1990.

⁸⁴ Vid: DUCE, Mauricio et al. Op Cit. También: FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián. 2017. El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: PALOMO, Diego (director) Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1° ed. Santiago de Chile, ed. DER.

La interpretación de las normas convencionales internacionales es un tema de la más absoluta trascendencia y, para abordarlo correctamente, es necesario entender desde un comienzo la naturaleza misma del *debido proceso*. Si analizamos este concepto desde el prisma de la Teoría General del Proceso, por mucho que su aplicación sea por grados (no se aplicará de la misma manera a distintas materias de acuerdo a su relevancia o potenciales consecuencias) debemos visualizarlo como un concepto unitario, la garantía de las garantías procesales, la mayor arma de los justiciables contra las arbitrariedades que puedan sufrir en la *litis*, el cual jamás podrá ser desmembrado o dividido a capricho para proteger otros derechos considerados relevantes, aunque formen parte a su vez de este macroderecho. Por mucho que le espante a nuestra tradición positivista y legalista, en la interpretación de normas internacionales se ha afirmado por la doctrina más autorizada que “el Derecho no está en las normas (escritas)”⁸⁵, es decir, el Derecho no se “constituye” en la norma, ella solo lo asegura, protege y garantiza⁸⁶; potenciado aún más si recordamos que el debido proceso es continente de lo conocido como *derechos implícitos* (normas del todo necesarias y que se desprenden de conceptos constitucionales sin necesidad de una referencia explícita, mucho más si consideramos la escueta e imprecisa consagración del debido proceso en nuestra Carta Magna, muy criticada, entre otras cosas, por delegar la facultad de determinar las garantías de un procedimiento racional y justo al legislador). Esto no significa una interpretación *a piacere* respecto de cuáles son derechos y cuáles no, sino que dicha determinación sea de acuerdo al espíritu del sistema mismo, de su tradición, sus principios rectores, nunca reduccionista, siempre pensando en la persona humana. Por lo tanto, en la determinación de lo que entendemos por debido proceso como garantía procesal mínima, debemos dirigir su determinación hacia la *unidad e indivisibilidad*, ya que en un sistema democrático coherente no se pueden poner vallas ni obstáculos a las fuentes internacionales. La resolución número 32/130 de la Asamblea General de la ONU (1977) ha sido bastante elocuente al expresar que “*todos los Derechos Humanos son indivisibles e interdependientes*”.

La Convención Americana de Derechos Humanos (en general las convenciones internacionales) no debe ni puede ser interpretada de manera literal. Hacerlo de esta manera sería no entender sus principios formadores y hermenéuticos, tales como el principio *pro homine* o el principio de interpretación dinámica, en virtud de la cual la aplicación de la Convención pueda evolucionar con el tiempo sin necesidad de modificar el tratado⁸⁷. Ejemplo de esta situación se ha dado en la misma

⁸⁵ BIDART, Germán. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. [en línea] <http://angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod02/02-065_L1-Bidart-Campos.pdf> [consulta: 27 de diciembre de 2017] 98p.

⁸⁶ NOGUEIRA, Humberto. Op. Cit. 94p.

⁸⁷ Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de

aplicación del artículo 8.2, al entenderlo no como un catálogo expreso y taxativo de garantías penales para los Estados partes, sino como *norma convencional informadora del debido proceso y el juicio justo*, ya que más allá de la política legislativa de los Estados partes (relativa libertad para establecer la forma de sus procedimientos), es un derecho humano sin consideración de ser connacional de ningún país, interpretación que se condice más aptamente con el principio *pro homine* y el artículo 29 de la CADH.

Como se mencionó *supra*, no solo la CADH nos ofrece normas informadoras del debido proceso, también lo hacen el PIDCyP y la CEDH, teniendo estas convenciones estructuras similares en lo que a la determinación de las garantías judiciales mínimas se refiere: una primera parte genérica (artículos 8.1 de la CADH, 14.1 del PIDCyP y 6.1 de la CEDH) de aplicación directa a todo tipo de procedimientos (“(...) *determinación de derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*, expresa la CADH en su artículo 8.1); y una segunda parte expresiva de un catálogo de garantías que *a priori* parecieran ser de aplicación exclusivamente penal. Respecto a la primera parte de estas normas casi no ha habido oposición (por parte de la doctrina de la extensión reducida) respecto a entenderlos como principios generales, estándares y garantías mínimas que todo ordenamiento jurídico debe respetar, más allá del ámbito de aplicación (incluso llegando su influencia a áreas no jurisdiccionales), debiendo atemperarse de acuerdo a cada situación o caso particular. Estas exigencias pueden clasificarse en cuatro subdivisiones: en primer lugar la necesidad de que todo juicio se realice con las “debidas garantías”, traducción un poco esquiva si consideramos que la versión anglosajona habla del derecho a un *fair trial* (*juicio justo* sería quizás la mejor traducción); en segundo lugar el derecho de toda persona a “ser oído” (nos referiremos más adelante a esta consideración); en tercer lugar una serie de principios básicos que giran en torno a la imparcialidad e independencia del juez o tribunal; y finalmente la exigencia temporal, expresada bajo la consigna del “plazo razonable”.

Es de gran importancia la relación que juegan las garantías de la primera índole con las específicas de la segunda para entender el análisis que la doctrina de la extensión reducida realiza, la cual interpreta de forma divisoria y literal las garantías procesales mínimas. Esta doctrina le otorga una importancia fundamental a la centralidad del juicio oral, público e inmediato, situación que definirá sustancialmente el sistema recursivo a aplicar, entre muchas otras particularidades. Si bien no encontramos los mal llamados principios de la oralidad e intermediación de forma textual en el catálogo de garantías procesales mínimas que establecen las convenciones internacionales en comento, su

cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

aplicación resulta esencial para materializar el *derecho a la publicidad del proceso judicial*, que sí encontramos patente en estas convenciones, empero, no de manera absoluta (artículo 8.5 de la CADH: *salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*). Esto sumado al argumento de que el derecho a “ser oído” habría sido fruto de una mala traducción cultural (basado principalmente en el poco desarrollo que tenía el concepto de debido proceso en la época de su traducción al castellano), y que realmente expresaría un derecho humano a una audiencia oral, de acuerdo a lo establecido en la supuestamente mejor versión del tratado en el idioma inglés, el cual manifiesta: *hearing with due guarantees* (traducible a una *audiencia con las debidas garantías*), e incluso el PIDCyP sería más expresivo aún, el cual expresa en su versión anglosajona que *everyone shall be entitled to a fair and public hearing*, es decir, textualmente exige una audiencia pública y justa para todo proceso judicial. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11 párrafo 1 expresa de forma clarificadora la situación, expresando que la culpabilidad del acusado debe ser demostrada en un *juicio público*. En esta sede no se ha tenido problemas para afirmarse que la exigencia de un juicio oral, público y contradictorio se aplica tanto en materia penal, civil o de cualquier otra índole, a pesar del claro sentido penal que tienen las normas convencionales, sumado a que la garantía de la publicidad de los procesos judiciales la encontramos en el segundo ámbito de garantías, es decir, en el mismo catálogo donde encontramos el derecho a recurrir ante un tribunal superior, que cierta doctrina estima de férrea aplicación sancionatoria⁸⁸. Es decir, la doctrina de la extensión reducida apostaría por la extensión y ampliación de algunas garantías del artículo 8° (derecho a ser oído, ubicada dentro de la “primera categoría”; o la publicidad, ubicada en la “segunda categoría” de garantías procesales), mientras que otras garantías, en pos de favorecer aquéllas maximizadas para obtener ventajas no establecidas en los tratados (v.gr. la inmediación, calidad de la información o simples metas cuantitativas), resultan reducidas o eliminadas⁸⁹.

El derecho internacional de los derechos humanos le entrega a cada país relativa autonomía para determinar de acuerdo a su cultura jurídica como debe ser la audiencia de juicio oral y la forma de los procedimientos en general, siempre respetando las exigencias mínimas recogidas en las convenciones internacionales ratificadas por estos países. Este tema no es menor, ni en materia de oralidad, publicidad y contradictoriedad del proceso judicial, ni en materia de determinación recursiva, ya que en la medida que un recurso permita la revisión completa de los hechos sin la misma calidad de

⁸⁸ FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián. Op. Cit.

⁸⁹ Así también se ha expresado la jurisprudencia internacional (respecto a la amplitud del concepto de *juicio justo*) en casos tales como *Bakker v. Austria* [Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de fecha 10/04/03], en donde la autorización para el ejercicio de la profesión en tribunales administrativos fue conocida por la Corte Administrativa de dicho país germánico sin una audiencia pública, lo que la Corte Europea estimó como vulneratorio del artículo 6.1 de la CEDH. De la misma forma encontramos un pronunciamiento similar en el caso *Miller v. Suecia* [Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de fecha 08/02/05], donde se negó la posibilidad de debatir en audiencia pública y oral la procedencia de ciertos derechos de seguridad social en la Corte Administrativa del país escandinavo.

información que la percibida en el juicio oral, podría generarse una cierta incompatibilidad entre tal sistema recursivo y el “debido proceso”, entendido desde la mirada de la centralidad del juicio oral y público⁹⁰. Esta visión llega al punto de privilegiar de forma tal el derecho a la publicidad de los procesos judiciales y el derecho a ser oído, fundados principalmente en la importancia y centralidad que juegan el juicio oral y la contradictoriedad para las garantías del debido proceso, que se llega a afirmar que al ser el juez de primera instancia el único que tiene contacto personal con la prueba, y al ser su acceso a la información de la causa de mucho mejor calidad de la que tendrían los tribunales de alzada, se podría restringir y eliminar el derecho a un recurso amplio, sencillo y eficaz, toda vez que sería incompatible con los “principios” de inmediación y oralidad, estimando (de forma un tanto peligrosa) que no todas las garantías del artículo 8° de la CADH son aplicables a materias extrasancionatorias, abriendo la puerta a la determinación arbitraria de qué derechos fundamentales son aplicables a ciertas áreas y cuáles no, postulado que a nuestro juicio atenta contra el espíritu mismo de la convención (entendida como cuerpo de principios y estándares más que como catálogo de reglas estrictas) y contra uno de sus principios interpretadores mencionados *supra*, el de visualizar las normas internacionales de forma interdependiente e indivisible (principio de indivisibilidad), evitando su desmembramiento para la prosecución de fines diversos.

El lenguaje penal utilizado por las convenciones internacionales nunca tuvo como razón de ser su férrea aplicación a este único ámbito, y encuentra su fundamento histórico en la gran importancia y gravedad que las decisiones en materia penal juegan en los derechos de los justiciables. Un análisis *ab absurdo* de las otras normas de la CADH puede ser bastante clarificador: que el artículo 4° de la CADH establezca los requisitos de la pena de muerte en lenguaje penal no significa que la pena de muerte pueda establecerse sin dichos requisitos en otras áreas. Negar la aplicación de las garantías procesales en áreas no penales solo basándose en la menor importancia jurídica de otras áreas o en su estricto lenguaje penal sería a nuestro parecer un craso error. No hace falta mencionar la gran importancia para las personas que pueden llegar a tener los juicios laborales, de familia, reivindicatorios, o de cualquier otra materia. También vale la pena recordar las características doctrinarias del debido proceso en tanto derecho fundamental, tales como su composición por estándares y no por reglas *fijas* (de ahí la necesidad de determinar casuísticamente su aplicación precisa de acuerdo a criterios de razonabilidad); su continua evolución (es un concepto dinámico y nunca estático) y apertura a nuevas garantías de acuerdo al desarrollo jurídico social y la generación de nuevas situaciones no previstas por los estándares previos generales; y su aplicación por grados y proporcionalidad, referido a que el nivel de exigencia variará de acuerdo al tipo de procedimiento y las

⁹⁰ DUCE, Mauricio et al. Op. Cit. 42p.

necesidades determinadas de cada caso, es decir, mientras más graves puedan ser las consecuencias de la decisión judicial, más resguardos procesales se debe tener. Sin embargo, esto no significa que se puedan reducir o eliminar las exigencias del debido proceso, ya que según la generalidad de los principios hermenéuticos internacionales y al sentido común, simplemente será necesario adecuarlas a cada necesidad de acuerdo al caso y procedimiento en particular, siempre buscando el equilibrio y la armonía entre las garantías y no su eliminación. Dicho de otra forma, el legislador tiene cierta libertad para determinar la forma de los procedimientos judiciales, e incluso tendrá mayor latitud en materias extrapenales, pero siempre respetando mínimos que quedan fuera de la discrecionalidad estatal, y que nacen del derecho a un debido proceso y a un juicio justo. En consecuencia, no podemos entender las garantías mínimas de este macroderecho como un contenido estático y rígido, ni menos excluirlo por atentar contra los beneficios de la inmediatez, metas cuantitativas o fines de economía procesal⁹¹.

En consecuencia, estimamos que una correcta interpretación integradora de las garantías procesales que establece el artículo 8º de la CADH debe realizarse desde los principios interpretativos reconocidos en las normas convencionales internacionales y en las doctrinas más autorizadas, y nunca realizarse una interpretación literal basada en el estricto lenguaje penal o en una división categórica interna de la misma norma, llegando al peligroso y arbitrario límite de la determinación de qué garantías del debido proceso se aplican, o no, en ciertos casos, visión que para nosotros desvirtúa el concepto unitario e indivisible de juicio justo, y atenta contra la optimización, coherencia y plenitud de nuestro sistema procesal. Para una correcta interpretación e integración de esta norma debemos tener en vista el principio *pro homine* (artículo 29 de la CADH) y *pro libertatis*, el cual informa todo el derecho de Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de proteger derechos reconocidos por las convenciones; el principio de *interpretación dinámica y de progresividad*, en que el contenido sustantivo del tratado puede variar y evolucionar a lo largo del tiempo sin necesidad de modificar el mismo, siempre en dirección a ampliarlo y no a restringirlo⁹²; el principio *pro actione* y su relación con la tutela judicial efectiva, en virtud del cual las normas deben ser interpretadas en pos de preferir siempre el efectivo acceso a la justicia y excluir toda interpretación que niegue dicho propósito; el principio de la *fuerza expansiva de los derechos fundamentales*, en virtud del cual los límites a los derechos fundamentales no pueden afectar el contenido esencial del mismo, en nuestro caso, limitar el acceso a los recursos y consecuentemente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la jurisdicción; el principio

⁹¹ Respecto a este punto, podemos afirmar que aunque sea de relevancia fundamental la necesidad de que el proceso se desarrolle en el menor tiempo, con la menor cantidad de actuaciones y con el menor gasto posible, no se puede llegar hasta el extremo de reducir o eliminar garantías fundamentales (como el derecho a recurrir ante un tribunal superior) en virtud del gran costo económico que involucraría su protección para el poder judicial, es decir, ningún Estado puede abstraerse de la protección de los derechos humanos de sus súbditos por razones económicas.

⁹² NOGUEIRA, Humberto. Op. Cit. 70p.

de *proporcionalidad*, el cual nos señala que al momento de limitar los derechos fundamentales es preciso determinar si el fin buscado (v.gr. celeridad, inmediación, calidad de la información, etcétera) es proporcional al medio (limitación del derecho al debido proceso) utilizado; el principio de *concordancia práctica*, según el cual al solucionar un problema de conflicto de derechos fundamentales debemos propender a que cada derecho mantenga su entidad, que ninguno prevalezca sobre otro, que se logre la armonía entre los bienes jurídicos protegidos; entre otras visiones interpretativas que en general tienen en común la preferencia por la amplitud y expansión de los derechos fundamentales, y nunca su restricción⁹³.

Vale la pena reconocer la escasez de jurisprudencia internacional en materia de derecho al recurso en ámbitos estrictamente civiles. Sin embargo, creemos que esta situación no justifica el postulado de que no existiría una garantía llamada derecho al recurso en dicho ámbito. Algunos fallos tanto de la Corte EDH como de la Corte IDH son bastante clarificadores. En el viejo continente, la lógica jurídica ha tendido a extrapolar desde la garantía general al *fair trial* (artículo 6.1 de la CEDH) a garantías procesales específicas en ámbitos civiles. Un caso que no dice relación con el derecho al recurso, pero que nos permite entender las características del debido proceso mencionadas *supra*, en virtud de ser un concepto en constante evolución y cuya aplicación debe ser casuística, siempre como un estándar general, más que como regla estricta, es el caso *Steel and Morris v. The United Kingdom*⁹⁴, tratándose de un procedimiento civil por difamación en que se negó a los demandados asistencia letrada gratuita, a pesar de estar establecida para la generalidad de las cuestiones civiles. De acuerdo a lo razonado por la Corte Europea, la situación fue vulneratoria del derecho de defensa de los demandados, veredicto al cual se llegó mediante una interpretación amplia del derecho a un *fair trial*, sin que la garantía invocada se encuentre de forma expresa en el artículo citado por la Corte Europea (artículo 6.1 CEDH). El ejercicio interpretativo que realiza la Corte EDH es relevante asimismo en nuestro continente, ya que por mucho que algunos estimen la divisibilidad de las garantías procesales del artículo 8.2 de la CADH, siempre se podrá informar y llenar de contenido el concepto de debido proceso desde una coherente interpretación del derecho a un *juicio justo* consagrado en el artículo 8.1 de la CADH y, como ya hemos adelantado, el derecho a un recurso que permita impugnar resoluciones agraviantes es parte inescindible de éste.

En nuestro continente el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido aún más explícito, incluso en materia recursiva, en casos tales como *Baena Ricardo y otros vs.*

⁹³ CARPIO, Edgar. 2004. La interpretación de los derechos fundamentales. 1ª ed. Lima, Palestra editores. pp 463 – 530.

⁹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Steel and Morris v. The United Kingdom*. Sentencia de fecha 15/05/05.

Panamá⁹⁵, sobre la destitución de 270 trabajadores de una empresa estatal, señalando que “(...) *el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’*. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”⁹⁶ (énfasis nuestro). En virtud de este y otros fallos de similares pronunciamientos⁹⁷, no cabe duda de que la Corte IDH expresamente realiza una toma de postura respecto a la amplitud que deben tener las garantías procesales del artículo 8 de la CADH en el ámbito material. Sin embargo, la doctrina de la extensión reducida mediante una interpretación excesivamente estricta de la jurisprudencia de la Corte ha señalado al respecto que “*el reconocimiento del criterio general antes enunciado en ningún caso justifica la aplicación de la letra h) del N° 2 del artículo 8 a materias no penales*”⁹⁸. ¿Cómo se llega a semejante y categórica conclusión? En primer lugar, debido que a RIEGO y FUENTES⁹⁹ no les basta que la Corte haya expresado que los individuos tenemos derecho al debido proceso entendido en todos los términos del artículo 8° de la CADH, tanto en materia penal como en todos los otros órdenes, sino que exigen un pronunciamiento expreso y particular respecto a la garantía del artículo 8.2.h. de la CADH, y que se señale “*de qué forma, en qué casos y con qué intensidad dicha dimensión del debido proceso opera en otro tipo de materias*”¹⁰⁰. Nos parece que una ideología que visualice de una manera tan estricta, taxativa y reduccionista el rol de la Corte IDH, su relación con la determinación de las garantías procesales y la interpretación de la misma CADH, no puede ser sino errada (no olvidemos, además, que *qui potest plus potest minus*). En segundo lugar, la materia del caso, que trata sobre la ausencia de garantías procesales básicas en un proceso administrativo laboral sancionatorio. La

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de fecha 02/02/01.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de fecha 02/02/01. Párr. 125.

⁹⁷ Así también el caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala* (Corte IDH, sentencia de fecha 3 de mayo de 2016), cuyo párrafo 74 presta bastante ayuda para la comprensión del sentir de la Corte IDH respecto a este tema, cuando señala que “(...) *la Corte se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la aplicabilidad del artículo 8.2 de la Convención Americana, entre otros, en el marco de dos casos relacionados con un juicio político y la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú por el Congreso* (Corte IDH, sentencia de fecha 31 de enero de 2001), *y un juicio político contra vocales del Tribunal Constitucional ecuatoriano, así como en el ámbito del desarrollo procesos administrativos y laborales conducidos por el poder ejecutivo en contra de funcionarios públicos y ciudadanos. Además, en el caso Vélez Loor Vs. Panamá* (Corte IDH, sentencia de fecha 23 de noviembre de 2010), *la Corte aplicó el artículo 8.2.h respecto a la revisión de una sanción administrativa de privación de libertad, considerando que el “artículo 8.2.h de la Convención [...] consagra un tipo específico de recurso que debe ofrecerse a toda persona sancionada con una medida privativa de libertad, como garantía de su derecho a la defensa”*. En estas sentencias, la Corte no ha limitado la aplicación del artículo 8.2 de la Convención Americana a procesos penales, sino la ha extendido, en lo pertinente, a procesos administrativos ante autoridades estatales y a procesos judiciales de carácter no penal en el ámbito constitucional, administrativo y laboral; **así mismo ha indicado que tanto en estas como en otro tipo de materias “el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”** (énfasis nuestro).

⁹⁸ FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián. Op. Cit. 301p.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

jurisprudencia de la Corte IDH está en constante evolución, tanto en calidad como en cantidad. En promedio no tiene más de medio siglo y el rango temporal se reduce a solo unas décadas respecto al derecho a recurrir. Estimamos errado concluir que un derecho no existe (o si existe, puede reducirse o eliminarse) simplemente porque no se han dado casos jurisprudenciales internacionales en dichas materias, considerando *a fortiori* que cuando la Corte ha podido pronunciarse al respecto, ha aprovechado estas situaciones para expresar la amplitud de las garantías procesales del artículo 8.2 de la CADH a todo ámbito.

De la misma manera se pronunció la Corte IDH en el caso *Vélez Loor v. Panamá*¹⁰¹, respecto a un inmigrante ecuatoriano indocumentado en dicha república centroamericana al cual se le negó todo recurso judicial (incluso el de *habeas corpus*) ante la resolución vulneratoria de derechos de la autoridad administrativa migratoria competente, señalando la Corte IDH en su Sentencia que “*la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda*”¹⁰² (énfasis nuestro). Esta última locución latina utilizada es de capital relevancia para entender cómo opera el debido proceso. Se puede entender dicha expresión como “cambiando lo que se deba cambiar”, o “de manera análoga, haciendo la mutación necesaria”, y expresa una de las características esenciales del debido proceso, esta es, su evolución y determinación de acuerdo a las distintas circunstancias temporales, culturales, jurídicas, *inter alia*. Como bien señala la doctrina de la extensión reducida, el debido proceso no funciona de la misma manera en todas las materias, no tiene el mismo alcance y no provee la misma protección en todas las situaciones¹⁰³. Estimamos que esta condición del debido proceso no autoriza su división y desmembramiento, si se permite el parangón iuscivilista, no es lo mismo alterar los elementos de su naturaleza que los de su esencia, por lo que la aplicación del *mutatis mutandi* no autorizaría borrar de un plumazo las garantías procesales, sino su simple y armoniosa adaptación a cada circunstancia particular.

Finalmente, cabe analizar ciertos instrumentos internacionales que la doctrina ha esgrimido para fundamentar tanto la reducción como la ampliación de la extensión externa de la garantía procesal en

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de fecha 23/11/10.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de fecha 23/11/10. Párr. 142.

¹⁰³ FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián. Op. Cit. 308p.

comento. El ojo del huracán lo encontramos en la Opinión Consultiva 11 de 1990¹⁰⁴, sobre el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para acceder al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la cual en su numeral 28 expresa que “(e)n materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento en particular, si significación carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”¹⁰⁵. En primer lugar, la doctrina de la extensión reducida se asila en la misma idea expresada *supra* en virtud de la jurisprudencia de la Corte, respecto a que el organismo internacional no se refiere expresamente al 8.2.h ni señala la forma y materias en que las garantías operan. Prudente es pensar que, si la Corte no hizo distingos, menos le corresponde al intérprete realizarlos, por ende, la conclusión lógica es inevitablemente que abarca la completitud de la norma. En segundo lugar, se hacen cargo de la última frase citada en el numeral 28 de la OC-11/90, respecto a que la falta de representación legal en ciertos casos no vulneraría el debido proceso y que, consecuentemente, se podrían eliminar ciertas garantías de éste sin vulnerarlo. Esta conclusión no puede sino emanar de un análisis errado del concepto de derecho de defensa (producto a nuestro juicio de la peligrosa interpretación literal y correspondiente devaluación de las garantías procesales mínimas del artículo 8°), parte integrante del debido proceso, ya que la representación legal lógicamente no es *conditio sine qua non* de éste, como bien lo expresa ya el artículo 8.2.e de la CADH, el cual expresa que todos tenemos un “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**” (énfasis nuestro), es decir, el derecho de defensa, como bien expresa la norma internacional y el sentido común, puede materializarse eficazmente de diversas maneras, ya sea mediante asesoría legal (pública o privada) o de forma personal en determinados casos. Por otra parte, no vemos como se podría sustentar el derecho de revisión de las resoluciones judiciales agraviantes sino es mediante un recurso¹⁰⁶. En conclusión, la situación de que el derecho de defensa se pueda materializar sin representación legal (la cual sí, está

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, Serie A N° 11, de 10 de agosto de 1990. (Excepciones al agotamiento de los recursos internos. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990.

¹⁰⁶ Tal como expresa el profesor Raúl TAVOLARI, “la revisión integral del fallo, esto es, la aptitud para revisar los hechos y del derecho del mismo, es lo que define a todo recurso”. TAVOLARI, Raúl. 2017. En: PALOMO, Diego (director). Op. Cit. 4p.

consagrada en el artículo 8.2 de la CADH), significa que se puedan excluir convenientemente las garantías señaladas en la norma internacional sin vulnerar el debido proceso. Como señalamos *supra*, la solución más inteligente a este tipo de situaciones es evitar las interpretaciones literales y estrictas, y apostar por la armonía y coherencia interna de las convenciones internacionales, siempre en miras de potenciar, ampliar y dar sentido a la idea de juicio justo, entendiendo las normas internacionales como principios y normas informadoras, abstractas y complementarias.

4.2 La extensión interna. Su relación con la doble instancia, la apelación y el doble conforme

Como nos explicaba el maestro uruguayo COUTURE, instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso (tener presente que en el proyecto de reforma procesal civil en tramitación se pretende cambiar el concepto de instancia por el de grado jurisdiccional), y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva, o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Si bien estrechamente relacionadas, no debemos entender como sinónimos los conceptos de apelación y doble instancia (el recurso de apelación es el típico mecanismo mediante el cual se abre el segundo grado de jurisdicción, *devolviendo* la competencia al superior jerárquico), ni menos asumir que la apelación (en virtud de ser el típico recurso ordinario que permite un examen amplio del asunto) siempre satisfará el mencionado principio¹⁰⁷. Es preciso sentar que la apelación como recurso ordinario típico, a diferencia de recursos extraordinarios tales como la casación o la nulidad, cumple un rol de defensa del *ius litigatoris*, una garantía del justiciable que ante todo protege sus intereses privados y derechos subjetivos, a diferencia de los recursos extraordinarios que en general se avocan a la protección del *ius constitutionis*, es decir, del propio ordenamiento jurídico y la voluntad soberana, que no constituyen instancia y que protegen prioritariamente el interés público y la correcta aplicación de la Constitución y las leyes, como revela, v.gr., la función nomofiláctica de la casación o, en otras culturas jurídicas, el *certiorari*. Se ha estimado tanto por cierta doctrina como por el grueso de la jurisprudencia interamericana que un recurso ordinario y que permita el examen tanto de los hechos como del Derecho generando una necesaria segunda instancia que garantice el doble conforme es el método más apto para no vulnerar los derechos fundamentales de los justiciables¹⁰⁸.

¹⁰⁷ A modo de ejemplo, en la reforma procesal civil española propugnada el año 2000 mediante la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece un recurso de apelación como medio ordinario de impugnación de sentencias definitivas de primera instancia, sin embargo, en la práctica los tribunales de segunda instancia se abstienen del análisis fáctico de la controversia.

¹⁰⁸ Recientemente: CONTRERAS, Cristián. 2017. La pervivencia del recurso de apelación en el proceso civil. En: PALOMO, Diego (director). Op. Cit. pp. 265 y ss.

El *doble conforme*, consistente (a grandes rasgos) en el derecho (parte del debido proceso) de toda persona a que una sentencia agravante pueda ser recurrida ante un tribunal de jerarquía superior tanto en sus aspectos fácticos, probatorios y jurídicos con su correspondiente razonamiento tanto formal como sustancial, tiene su *fundamento filosófico* en la misma naturaleza humana, ya que todo lo humano es imperfecto (en dicotomía con la perfección divina) y, por ende, toda obra humana será a su vez imperfecta. Los jueces no escapan de su condición de humanidad, son susceptibles de dictar sentencias erradas o imperfectas, para lo que el ordenamiento jurídico establece la institución de la impugnación, que se enriquece con el concepto del doble conforme como principal arma de los justiciables ante la arbitrariedad, el error y la imperfección. Por su parte, encontramos uno de sus principales *fundamentos jurídicos* en el mismo derecho de acceso a la jurisdicción, y no como cualquier acceso, sino como un acceso sencillo, útil y amplio. Teóricamente deberían bastar los derechos constitucionales de la igualdad ante la ley, de la igual protección de la ley en el ejercicio de nuestros derechos y del derecho a un proceso racional y justo (artículo 19 n° 2 y 3 de la CPR) para poder exigir el cumplimiento del doble conforme, aunque en la práctica hemos distado mucho de aquella interpretación¹⁰⁹.

El derecho al doble conforme emana del espíritu mismo del juicio justo y de la jurisprudencia internacional, la cual ha definido sus estándares y parámetros con el correr de los años. Sin embargo, la doctrina de la extensión reducida ha entendido que la doble instancia y la concretización del doble conforme no son necesarios, principalmente por fundamentos de Derecho Internacional, toda vez que ni las convenciones internacionales ratificadas por Chile ni la jurisprudencia de la Corte IDH exigirían el establecimiento de recursos ordinarios amplios en todo tipo de procedimientos; de celeridad y economía procesal; de acceso y calidad de la información probatoria; de fortalecimiento de la primera instancia, privilegiando el control horizontal sobre el vertical, la centralidad del juicio oral y el poder de los jueces en los procedimientos reformados; y en la preponderancia de reglas técnicas procesales (consideradas por la doctrina tradicional, aunque no de forma muy acertada, como principios formativos del procedimiento) tales como la inmediación o la oralidad, entre otros conceptos. Pasaremos a analizar dichos puntos a continuación.

Se llegó a la conclusión por gran parte de la doctrina, principalmente penal, luego de una época reformista liderada por los conceptos derivados del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica,

¹⁰⁹ FEDEL, Daniel Bladimiro. Derecho al recurso: doble conforme y su presupuesto ineludible, dos sentencias útiles. [en línea] <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/17042015/dp-doble_conforme.pdf> [consulta: 27 de diciembre de 2017]

que el doble conforme se compensaba mediante la integración colegiada del tribunal de la instancia, la inmediación, oralidad y contradictoriedad, como perfectos medios para lograr la tan deseada publicidad (artículo 8.2.5 de la CADH), concretando por fin una justicia de calidad, veloz y efectiva. De ahí que se adoptara en nuestra Reforma Procesal Penal una casación limitada a los aspectos puramente jurídicos (denominada recurso de nulidad penal solo con fines diferenciadores de la clásica casación civil), sin importar la potencial violación de derechos tan importantes como los que se intenta proteger, como son los consagrados en el artículo 8.2.h. de la CADH y en el artículo 14.5 del PIDCyP, ya que los recursos ordinarios amplios resultarían incompatibles con el nuevo método de la oralidad, ya que si la Corte revisara la prueba basada en registros o actas, se estaría retornando al sistema de la escrituración y restando importancia a las nuevas interacciones posibles en la audiencia oral, tales como el derecho a confrontar a los testigos o a presentar prueba de descargo. En consecuencia, se vivió una verdadera caza de brujas en contra de la apelación, señalándose que, si bien este recurso otorgaría mejores posibilidades de protección del debido proceso, su fundamento original no sería ese, sino la estructura jerárquica histórica de nuestro sistema procesal, en que los tribunales inferiores son simples delegados de los superiores, quienes eventualmente recibirían devolutivamente la original competencia delegada en ellos.

En el marco de las reformas procesales del último tiempo se ha llegado igualmente a afirmar que *“la doble instancia no asegura una mejor determinación de los hechos, sino que, por el contrario, asegura una de peor calidad en la medida que el tribunal de juicio ha percibido directamente la producción de la prueba, mientras que el tribunal revisor solo lo hará a través de actas. Parece difícil poner esto en duda cuando la mayoría de la doctrina celebra la existencia de la inmediación resaltando que una de sus virtudes es la mejor percepción de los hechos que tendrá el juez”*¹¹⁰. En esta visión se funden dos conceptos previamente mencionados: la canonización de la inmediación y la afirmación de que sería imposible que el tribunal *ad quem* tenga un acceso de calidad a la información probatoria. Así, se ha llegado a señalar que los errores fácticos probatorios cometidos en el juicio oral son incorregibles e inmutables, ya que permitir que un juez superior revise (v.gr., en una apelación) en actas lo que el juez de la instancia ha percibido por sus propios sentidos sería privilegiar al juez peor informado por sobre el mejor informado, y que la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales sería la única manera de fundar la sentencia, que los únicos jueces habilitados para dictar una sentencia válida son los que presenciaron directamente la audiencia de juicio oral (“principio” de identidad física del juzgador) y que la única prueba permitida sería la rendida en el debate oral (“principio” de la centralidad del juicio oral). Incluso se ha mencionado que además de la mejor

¹¹⁰ DUCE, Mauricio et al. Op Cit. pp. 64 y 65.

información del juez de la instancia, generar otra instancia superior sería solo una primera instancia de peor calidad¹¹¹.

La oralidad e inmediación no constituyen principios ni máximas procesales: son simples reglas técnicas al servicio de bienes bastante superiores. Entendemos los principios procesales como normas abstractas que son absolutamente necesarias para garantizar la justicia y el debido proceso, y que no admiten contrapartida, toda vez que dicha contrapartida no sería compatible con ningún tipo de justicia. Por ejemplo, difícilmente podríamos visualizar un proceso justo sin la buena fe procesal o la igualdad de armas; sin embargo, la escrituración como contrapartida de la oralidad no es per se antijurídica, todo lo contrario, diversas actuaciones y fases del proceso son escritas sin que esto implique un perjuicio inconstitucional a los justiciables. Lo mismo ocurre con la inmediación, ya que la mediación, entendido como un acceso indirecto del juez a la actividad probatoria, no siempre será negativo para las pretensiones de las partes, por ejemplo, en la examinación mediante registro audiovisual. Históricamente se han estudiado estos conceptos que poseen una contracara como *principios formativos del procedimiento*, los que a nuestro juicio muy poco tienen de principios, y mucho tienen de directrices técnicas procedimentales, totalmente disponibles y mutables de acuerdo a las necesidades del juicio justo al caso concreto. Respecto al derecho al recurso, entendido no como principio procesal, ni regla técnica, ni mucho menos principio formativo, sino como garantía del justiciable parte del debido proceso, no podemos encontrarle una contrapartida que garantice la justicia en el proceso, ya que negar la posibilidad de revisión de las resoluciones judiciales agravantes atenta directamente contra la esencia misma de un debido proceso y las posibilidades de acceso a la justicia de las personas. Eliminar la doble instancia bajo ponderaciones erróneas implica otorgar una supremacía injustificada a las reglas de la oralidad e inmediación, poniendo estas reglas técnicas procesales por sobre verdaderos derechos humanos.

No ponemos en duda las grandes conquistas procesales que han sido la oralidad, inmediación, contradictoriedad e inmediatez, sin embargo, ellas no han podido por sí solas evitar la imperfección y el error judicial, que es básicamente lo que fundamenta y exige la necesidad de la revisión judicial y, en consecuencia, el doble conforme. Es preciso recordar los sistemas de valoración de la prueba mediante el paralelo entre el método de la íntima convicción, donde bastará el mero convencimiento personal basado en sensaciones que no son necesarias de racionalizar ni extrapolar mediante un *veredicto*, y el método de la sana crítica racional, recogido en parte de nuestro ordenamiento, donde luego de determinar la culpabilidad mediante procedimientos lógico-rationales resulta necesario

¹¹¹ FEDEL, Daniel Bladimiro. Op. Cit. 15p.

expresarlos, fundarlos y fundamentarlos en la medida que cualquiera que tenga acceso a dicha sentencia llegue a la misma conclusión. Bien podemos deducir ante la obligación de fundamentación de las sentencias mediante el sistema racional de la sana crítica que los beneficios de la inmediación pueden terminar siendo reducidos a la nada, toda vez que es obligación de los jueces extrapolar cada proceso lógico que utilizaron para llegar a una conclusión más allá de toda duda razonable (que tiene como fundamento jurídico principal precisamente la posibilidad de impugnar cabalmente dicha resolución), evitando todo prejuicio social o simples sensaciones justificadas básicamente en la forma de hablar, de vestir o de mirar. Es así que incluso la tan deseada inmediación puede transformarse en algo negativo, ya que el juez muchas veces y, aunque claramente no lo exprese, va a fundar su decisión en íntimas convicciones y sensaciones que poco tienen de racionales, y que justamente la impugnación permitirá luego racionalizar. Los beneficios de la inmediación pura se verían reducidos a pocos ámbitos, por ejemplo, en la impresión personal de un juez ante una prueba testimonial, pero aún de esta forma, existe la obligación de dejar dicha impresión de forma patente en la sentencia, volviéndose totalmente controlable e impugnable.

La gran incompatibilidad entre inmediación y revisión fáctica radica en la apreciación de pruebas personales (partes, testigos y peritos, principalmente). Si contamos con reproducción audiovisual de calidad (teniendo presente que con un buen sistema de reproducción digital incluso la comunicación no verbal y paraverbal estarían al alcance de los sentenciadores), lo único de imposible acceso para el *tribunal ad quem* sería la intercomunicación inmediata con los sujetos de la prueba, elemento lógicamente imponderable con el derecho a impugnar una resolución judicial agravante. En esta misma línea el maestro TAVOLARI nos señala que *“lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se le tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.”*¹¹².

La inmediación no puede ser tomada en cuenta como un mecanismo de valoración de la prueba, sino un mero instrumento para aportar información de calidad al proceso. Esto decanta en una inevitable consecuencia: la simple vinculación del juez con las partes y los declarantes no puede servir para que éste obtenga conclusiones sobre su mérito, lo que implicaría aceptar que la causa pueda

¹¹² TAVOLARI, Raúl. Op. Cit. 8p.

decidirse en base a elementos puramente subjetivos, irracionales y, por ende, incontrolables. No olvidar que el resultado del juicio debe poder ser escrutado por cualquier persona que se interese en ello y que en base a esto se procederá a controlar la resolución por el tribunal de alzada. Difícilmente un fallo sustentado en la mayor credibilidad que dio un testigo por expresarse con mayor seguridad o por mirar directamente a los ojos del juez al declarar pasará un test de racionalidad. De nada sirve otorgar el importante y difícil deber al juez de fallar respetando los principios de la lógica y la razón humana, si no existe la forma de controlar eficazmente su cumplimiento. La motivación no es un simple ejercicio poético, sino la forma de controlar la racionalidad del fallo y, por lo tanto, una garantía del justiciable, mucho más en un sistema de valoración como el de la sana crítica racional.

Como se señaló anteriormente, se ha establecido casi como afirmación incontrovertible el peor acceso a la información que tendría el juez revisor, lo que es discutible desde, al menos, un par de puntos de vista:

En primer lugar no es la información la que posee calidad o no, sino la percepción que cada juez tenga de dicha información, de modo que no es un problema puramente objetivo, sino que nace de la relación objetivo/subjetiva, dependiendo dicha calidad de las circunstancias especiales de cada juez, de su formación, de su concentración e interés en la causa, de su capacidad de interiorización, del nivel de trabajo, de la forma en que dicha información esté emitida, de la credibilidad que cada medio probatorio otorgue, entre muchos otros factores.

En segundo lugar, bien conocida es la obligación de registro audiovisual que existe en las audiencias de juicio oral, sus protocolos de seguridad y de preservación posterior. ¿Podríamos llegar a sostener que la visión personal de un juez en una audiencia (sujeto a todas las falencias e imperfecciones que puedan llegar a tener los sentidos humanos), es igual o mejor que la percibida por diversos medios de grabación audiovisual (inclusas varias cámaras) donde las imágenes y sonidos sean percibidos aún de mejor forma que la que otorga el contacto personal del juez con la prueba? Hemos de dejar de lado las añejas grescas entre oralistas y escrituristas, entre tinta y saliva, y entender que la tecnología nos otorga actualmente medios que nos pueden hacer superar antiguas divisiones y garantizar plenamente tanto inmediación como doble conforme.

Otro de los fundamentos esgrimidos por la doctrina de la extensión reducida¹¹³ para eliminar el recurso de apelación es que dicho recurso tendría como fundamento la organización jerárquica de

¹¹³ V.gr.: DUCE, Mauricio. Op. Cit. FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián. Op. Cit. Inter alia.

nuestros tribunales y no la protección del debido proceso. Nos parece un argumento bastante vago, ya que la jerarquía institucional cumple funciones de relevancia fundamental. En primer lugar, garantiza algunas de las bases principales del ejercicio de la jurisdicción, como son la independencia y la imparcialidad. No es necesario conocer a fondo la realidad de nuestro país (compartida por la generalidad de los países latinoamericanos) para saber los niveles de cohecho, corrupción, prevaricación y nepotismo que se encuentren en las instituciones, sin que los tribunales inferiores locales sean ajenos a esta realidad, sin poder negar que están generalmente influidos por sistemas localistas y tradicionalistas basados en la fuerza que ejercen el latifundio, el patriarcado y las grandes empresas sobre ellos. La posibilidad de recurrir a tribunales superiores en prácticamente todo sentido garantiza la independencia e imparcialidad política, económica y jurídica, por ende, la justicia misma. En segundo lugar, la jerarquía no tiene que ver con una simple posición superior, sino que es fruto de un verdadero *cursus honorum* como es la carrera judicial, permitiendo que los jueces más experimentados, disciplinados, preparados y responsables lleguen a estos estrados. Finalmente, podemos afirmar que la existencia de una jerarquía judicial no tiene simplemente fines correctivos, sino que también preventivos, ya que el conocimiento por parte de los tribunales inferiores de que sus decisiones podrán ser revisadas por superiores jerárquicos, con sus respectivas consecuencias positivas o negativas en su carrera judicial, provoca naturalmente un actuar más diligente, correcto y responsable. En definitiva, podemos afirmar que desprestigiar el rol de la jerarquía es propiciar la anarquía judicial y la irresponsabilidad de los jueces.

También se ha señalado la improcedencia del recurso de apelación por tratarse de un nuevo juicio, lo que vulneraría las conquistas logradas en primera instancia con todo su arsenal de contradictoriedad e intermediación. No hay que saber mucho de Derecho Procesal para saber que la posición jurídica del tribunal *ad quem*, que conoce de la apelación, no es la misma que la del tribunal *a quo*. No hay obscuridad al entender que ambos trabajan con los elementos incorporados al proceso y que pueden conocer tanto del hecho como del Derecho; sin embargo, el tribunal de segunda instancia no es un alterador de lo realizado en el primer grado, sino un simple revisor que no controla la calidad e idoneidad de la información otorgada, de ahí que la incorporación de material probatorio sea excepcionalísima en esta instancia, sumado al conocido *principio de congruencia*, en virtud del cual el órgano superior no podrá otorgar más que aquello que se le haya solicitado, lo que se complementa con la *reformatio in pejus*. Teniendo en cuenta estas características procesales difícilmente se puede afirmar que la apelación corresponde a un “nuevo juicio”.

Otro argumento citado frecuentemente desde antiguo, que no deja de llamar la atención, corresponde a la afirmación de que, si los tribunales superiores efectivamente están mejor instruidos y son más experimentados, porque no otorgarles el conocimiento de las causas desde el inicio, lo que, en teoría, ahorraría tiempo y recursos. Asimismo, se ha señalado que, si la revisión por un tribunal superior efectivamente otorga mejores garantías, porque no otorgar dicha revisión *ad infinitum*. Estas absurdas interrogantes pueden ser desechadas (entre muchas otras razones) por ser contrarias a la lógica y a la configuración jerárquica de nuestro ordenamiento procesal, ya explicitada *supra*.

Dentro de los argumentos respetables, se ha señalado a su vez que el otorgamiento de un recurso amplio provocaría atentados contra la celeridad del proceso y el derecho al *plazo razonable* (artículo 8.1 de la CADH)¹¹⁴. Bien sabemos que no existe específicamente un derecho a la apelación (el *nomen iuris* deviene irrelevante), pero sí a la revisión judicial por un tribunal superior tanto en los aspectos fácticos controvertidos como en el Derecho. Entendiéndose este Derecho como garantía de los justiciables, difícilmente se podrá eliminar en base a fundamentos de celeridad o de concreción de metas cuantitativas (que dejan mucho que desear en lo cualitativo). Por lo que si la apelación (entendida como nuestro recurso ordinario amplio por excelencia, sin perjuicio de que sea otro) demora la decisión del asunto, la solución claramente no es eliminarla de cuajo y establecer un recurso de nulidad que restrinja el ámbito revisable (que a su vez también genera dilaciones, como las derivadas de los excesivos formalismos requeridos o de la institución del reenvío), sino mejorar las condiciones orgánicas de los tribunales de justicia. El *modus operandi* de este mejoramiento da para extensas y variadas discusiones que, por razones de extensión, no serán objeto de este ensayo.

Hechas estas aclaraciones, no vemos motivo para demonizar el doble conforme, entendido como un control amplio, integral, sencillo, útil y eficaz que los pactos internacionales exigen. La supresión de la doble instancia priva a las partes de una herramienta que a todas luces colabora con el acierto y justicia de las decisiones, de modo que el esfuerzo debe estar destinado a conciliar las figuras de la inmediación y la apelación, no a la exclusión de una en beneficio de la otra. De todas las soluciones propuestas por la doctrina¹¹⁵, la que nos parece más adecuada y acorde a nuestros tiempos corresponde a la utilización de tecnología a fin de generar una inmediación virtual o secundaria, de modo que los efectos negativos de la falta de inmediación en el segundo grado serían totalmente subsanados mediante un examen audiovisual de las sesiones del juicio oral. Aunque para esto se requiera de una fuerte inversión y considerando que todavía quedarían puntos insalvables (tales como la interrogación

¹¹⁴ DUCE, Mauricio. Op. Cit. 29p.

¹¹⁵ CONTRERAS, Cristian. Op. Cit. 282p.

directa a los testigos, en general el contacto real con la prueba personal), “(...) *es el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista*”¹¹⁶.

Finalmente, la doctrina de la extensión reducida¹¹⁷ ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ningún caso ha señalado la existencia de algo parecido al derecho al recurso para todo ámbito (discusión zanjada *supra*) y que en materia penal y sancionatoria no se ha consagrado expresamente un derecho a la revisión integral del asunto, sino todo lo contrario, se han validado los sistemas impugnativos de corte extraordinario y formalista, como los recursos de nulidad penal y laboral chilenos. Pasemos a revisar dicha jurisprudencia.

El primer fallo de la Corte IDH que tuvo que lidiar con los sistemas procesales reformados fue el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* de 2004¹¹⁸, sobre una condena contra un periodista que acusó de corrupción a un funcionario público, dañando su honra. Si bien el núcleo del caso refiere a la restricción de la libertad de expresión del periodista, se condenó a su vez al Estado centroamericano por una violación al derecho al recurso consagrado en el artículo 8.2.h. de la CADH, ya que el recurso de casación establecido en su legislación no permitió una revisión amplia de la condena. Así, la Corte determinó los aspectos problemáticos de los recursos extraordinarios propios de las reformas de las últimas décadas: las limitaciones revisoras del tribunal superior y el alto formalismo exigido para su admisibilidad. La conclusión de la Corte es clara: la única manera de salvaguardar el derecho al recurso es el establecimiento de un recurso amplio e integral que permita el acceso al doble conforme contra las sentencias condenatorias penales, aunque no lo señala expresamente, se subentiende que la apelación sería tal medio idóneo. De esta misma manera se pronunció también en casos tales como *Vélez Loor vs. Panamá*¹¹⁹ y *Mendoza vs. Argentina*¹²⁰. El referido fallo llevó al gobierno de Costa Rica a modificar su legislación interna, reemplazando el recurso de casación por el de apelación contra la sentencia pronunciada en juicio oral, más un recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

Un caso de la más absoluta relevancia, que ha sido utilizado como punta de lanza tanto por doctrinarios de la amplitud como de la reducción, es el caso *Mohamed vs. Argentina*, de 2012¹²¹. Consistió en el atropello con un vehículo motorizado de una persona por el señor Mohamed en la

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. En: VALENZUELA, Williams. 2013. Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “*Mohamed vs Argentina*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el proyecto de Código Procesal Civil. Estudios Constitucionales 11(2): 10p.

¹¹⁷ V.gr.: DUCE, Mauricio. Op. Cit. FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián. Op. Cit. Inter alia.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de fecha 02/07/04.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor vs Panamá*, sentencia de fecha 23/11/10.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia de fecha 14/05/13.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentencia de fecha 23/11/12.

ciudad de Buenos Aires en 1992. En la época existía un procedimiento penal de apelación amplia, siendo absuelto el acusado en primera instancia, pero condenado a tres años de privación de libertad en segunda. La problemática radica en que los estándares internacionales exigen un recurso amplio e integral ante la condena (es decir, la posibilidad del reexamen de la primera condena penal, aunque dicha primera condena haya sido dictada por el tribunal de alzada), mientras que en el país trasandino en dicha época solo existía un recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema (y un recurso de queja disciplinaria) argentina para las sentencias definitivas de segunda instancia, por lo que el Estado argentino fue condenado tanto por ausencia de un recurso efectivo como por violación general de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. Este fallo, como se mencionó, ha sido esgrimido notoriamente tanto por doctrinas extensivas como restrictivas. Esto debido a que el fallo claramente realiza una toma de postura importante respecto a la necesidad y exigencia de un recurso amplio e integral para toda condena criminal, expresando incluso que la exigencia recursiva para el sistema interamericano, a diferencia de su par europeo limitado por el protocolo 7 de la CEDH, es amplia y sin excepciones, ni siquiera fundadas en haberse dictado la condena por tribunales superiores. Por otro lado, el fallo revela las carencias del sistema tradicional de la apelación amplia, demostrando que ningún sistema es perfecto y que las violaciones al derecho al recurso pueden darse en todo ámbito, lo que los partidarios del sistema restringido han interpretado como una ruptura en la noción arraigada de que el derecho al recurso es idéntico al derecho a una doble instancia¹²², implicando, consiguientemente, una imposibilidad de abandonar los sistemas recientemente reformados (que consagran la impugnación restringida y formalista), una prohibición de “volver atrás”. Sostenemos que el derecho al recurso, como garantía del justiciable, no se identifica con sistema alguno, en la medida que hasta hoy no se conoce sistema procesal vigente que permita una protección cabal de este derecho. Sin embargo, nos parece simplista y voluntarista sostener que los sistemas de apelación amplia son todos incompatibles con el derecho al recurso simplemente porque se haya presentado una violación a este derecho dentro de este sistema. Si esa fuese la lógica, deberíamos censurar todos los sistemas, ya que violaciones a este derecho se presentan todos los días en los sistemas reformados, cada vez que se pretende impugnar una sentencia definitiva condenatoria emanada de un Tribunal Oral en lo Penal y solo se posee un recurso extraordinario, restringido y formalista como el de nulidad. Aceptamos que no hay sistema perfecto, por lo que la solución radicaría en adoptar el menos imperfecto, que a nuestro juicio (conocido ya por el lector de este ensayo) es otorgar una protección amplia de las garantías del debido proceso.

¹²² FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian. 2017. Los alcances del derecho al recurso y el recurso de nulidad. En: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, Ediciones DER. 414p.

Finalmente, vale recordar uno de los fallos de la más absoluta trascendencia, como es *Norín Catrimán y otros contra Chile*¹²³, por diversos motivos, tales como abordar una materia sensible para los chilenos como es el conflicto mapuche (siendo la primera condena internacional contra Chile por violaciones de derechos humanos contra integrantes de la etnia mapuche), ser de data reciente, abordar expresamente la temática del derecho al recurso y pronunciarse respecto a la configuración procesal chilena. El caso dice relación con un proceso penal marcado por irregularidades, aplicando la bullada Ley Antiterrorista, violando el principio de presunción de inocencia (se les trató de terroristas desde la primera actuación del procedimiento), condenando en base a testigos de identidad reservada sumada a criterios discriminatorios por la condición de mapuche de los imputados, sumado a que se abusó (como ya es regla general en procesos penales contra individuos de etnia mapuche) de la institución de la prisión preventiva. Dentro de toda esta gama de vulneraciones, se condena además al Estado chileno por violación del derecho al recurso, criticando especialmente el modo en que la Corte de Apelaciones respectiva restringió sus facultades de revisión de la sentencia, fundándose en que el recurso de nulidad no permite el análisis ni de lo fáctico ni de lo probatorio, dada su condición de recurso de “derecho estricto”, formalista y extraordinario.

En el fallo la Corte aborda dos situaciones relacionadas con el derecho a recurrir: la violación de dicho derecho en el caso concreto; y la compatibilidad de la legislación procesal penal chilena con la CADH. Respecto a lo primero, la Corte repite lo señalado en las diversas sentencias anteriores en el tema, respecto a que el derecho al recurso es una “garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica¹²⁴”. Además, reitera los estándares internacionales en materia recursiva ya expresados en jurisprudencias anteriores, señalando que “en particular, considerando que la Convención Americana debe ser interpretada teniendo en cuenta su objeto y fin, que es la eficaz protección de los derechos humanos, la Corte ha determinado que debe ser un recurso **ordinario, accesible y eficaz**, que permita un examen o revisión **integral** del fallo recurrido, esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas¹²⁵” (énfasis nuestro). En suma, señala que la Corte de Apelaciones interpretó restrictivamente sus facultades legales, sin analizar todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas discutidas en el caso, es decir, los recursos de nulidad no se ajustaron a las condiciones mínimas requeridas para cumplir con el artículo 8.2.h. de la CADH, volviendo ilusorio el derecho a recurrir¹²⁶. Respecto a lo segundo (diseño normativo), la Corte

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29/05/14.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29/05/14. Párr. 269.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29/05/14. Párr. 270.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29/05/14. Párr. 279.

analiza las causales de procedencia del recurso de nulidad, alegándose por el Estado chileno que mediante una debida interpretación y argumentación se puede llegar a analizar aspectos fácticos. Un ejemplo es la causal del artículo 373 b) de nuestro Código Procesal Penal, que establece que se puede controvertir la sentencia por una “errónea aplicación del Derecho”. Al respecto, la Corte señala que “no puede concluir desde el análisis del texto de esa disposición que la misma satisface la exigencia de eficacia del recurso, puesto que su formulación normativa no impone al juez o tribunal el deber de realizar un examen de tal naturaleza que permita resolver los argumentos propuestos por los recurrentes sobre determinaciones de los hechos que se imputan al condenado y que constituyen el presupuesto fundamental del reproche penal hecho por el Estado al inculpado”¹²⁷. Además, se esgrime por el Estado chileno que se podría llegar al análisis de elementos fácticos desde el artículo 374 e), que permite controvertir la sentencia cuando se hubieren omitido los requisitos del 342, a saber la “exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de pruebas que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con los dispuesto en el artículo 297¹²⁸”. Respecto a esta causal, se aprecia por la Corte que, mediante una debida y amplia interpretación de la norma procesal, sumado a un gran esfuerzo argumentativo, el tribunal de alzada podría llegar a conocer indirectamente situaciones de hecho y probatorias, por ejemplo, al no respetarse las reglas de la sana crítica. Hábilmente el Estado chileno otorgó como material pericial alguna jurisprudencia en que se haya llegado a conocer el *factum* mediante el recurso de nulidad, como su contraparte ofreció material demostrando la mayoritaria jurisprudencia restrictiva en el tema. En base a esta discusión, la Corte tímidamente falla que, no siendo una conclusión derivable del texto de la causal referida, no puede determinarse que bajo la misma no sea posible impugnar cuestiones relativas a la base fáctica del fallo por medio del examen del juicio probatorio del mismo¹²⁹. La Corte finaliza señalando que la interpretación que los tribunales realicen de la referida causal, debe asegurar que se garanticen el contenido y criterios desarrollados por la Corte respecto al derecho al recurso (señalados *supra*, a saber, recurso ordinario, accesible, eficaz, amplio, que permita un examen integral), y que las causales

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29/05/14. Párr. 293.

¹²⁸ Artículo 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29/05/14. Párr. 297.

de procedencia del recurso que garantiza la CADH deben posibilitar que se impugnen cuestiones con incidencia en el aspecto fáctico del fallo condenatorio¹³⁰.

A pesar que el fallo no es explícito al respecto, tomando una postura neutra de no intervención, la doctrina de la extensión reducida interpreta que una regulación restrictiva de los recursos no es necesariamente problemática y que el recurso de nulidad cumpliría con los estándares internacionales, siempre y cuando las Cortes interpreten de manera amplia sus facultades¹³¹. Creemos que el hecho de que la Corte no se haya pronunciado respecto a la compatibilidad o incompatibilidad del recurso de nulidad con la CADH no significa, lógicamente, que haya reconocido la no vulneración de normas internacionales por parte de nuestra legislación procesal penal. Todo lo contrario, en la primera parte falla a favor de la responsabilidad internacional del Estado de Chile y, en una segunda parte, simplemente omite pronunciarse por no haber llegado a convicción, a pesar de que zanjó la incompatibilidad del artículo 373 b) con los estándares internacionales. Es importante tener presente que incluso admitiendo la facultad de las Cortes de conocer del *factum* mediante una debida interpretación de la norma por su parte y de una exhaustiva interpretación del recurrente, no se puede admitir que no se vulnerarían los mínimos exigidos por la jurisprudencia de la Corte IDH, toda vez que dentro de estas exigencias encontramos que el recurso debe ser accesible y no ser excesivamente formalista, parámetros incumplibles si adoptamos la absurda postura de exigir tales niveles de argumentación e interpretación dogmática cada vez que se requiera la revisión de una sentencia condenatoria agravante. A nuestro juicio el Estado quedó a salvo por poco, pero con la prevención de que las Cortes cambiaran la orientación respecto a la interpretación del recurso de nulidad, en aras de otorgar una cobertura amplia y eficaz, situación que en la práctica no se ha llevado a cabo por nuestros tribunales, amenazando gravemente la imagen de Chile en el extranjero. Como ha señalado el profesor TAVOLARI, imaginar que el recurso de nulidad es apto para garantizar una cobertura amplia y eficaz mediante una debida interpretación de los magistrados “*corresponde a un wishful thinking: admitamos que cometimos entonces un error, o creamos, en cambio, que lo que aprobamos como Código Procesal Penal está en lo cierto; es claro que por vía de recurso de nulidad no se permite que el tribunal que conoce de él valore las pruebas y establezca los hechos. Tal fue la intención de los redactores, del legislador y es lo que consta en el articulado vigente. Lo que se diga en contrario simplemente no se ajusta a la realidad*”¹³².

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29/05/14. Párr. 298.

¹³¹ FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian. Op. Cit. 422p.

¹³² TAVOLARI, Raúl. Op. Cit. 12p.

CAPÍTULO III. DERECHO AL RECURSO EN CHILE. ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES

Si bien todo lo señalado hasta ahora tiene plena influencia en lo que respecta a nuestro ordenamiento procesal recursivo, resulta una exigencia insoslayable abordar los puntos críticos que se presentan en la legislación procesal recursiva chilena actual, casi en su totalidad bajo el alero de los procedimientos reformados, quiénes han hecho surgir toda la discusión y la problemática que fervientemente se ha dado los últimos años. Está claro que, debido a la transversalidad de la materia, el volumen normativo involucrado y la extensión de este ensayo no se podrá profundizar como se debe en algunas situaciones particulares, pero sí intentaremos presentar un panorama general que abarque los principales conflictos e interrogantes que se están dando en nuestro país en materia recursiva, con énfasis en los recursos establecidos en los nuevos procedimientos regidos por la oralidad, contradictoriedad e intermediación, los cuáles parecen ser el futuro y el destino final de la totalidad de nuestra regulación procesal.

1. El recurso de nulidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Tal como se mencionó *supra* en el apartado respecto a las garantías del debido proceso, el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido la existencia del derecho a recurrir de una sentencia agravante ante un tribunal superior como parte integrante del catálogo de garantías que involucra el derecho a un juicio justo y racional, pero ha desechado los parámetros y estándares que la Corte Interamericana ha exigido en su jurisprudencia reciente, comprometiendo al Estado chileno ante potenciales vulneraciones de la CADH. Esto se ha evidenciado, fundamentalmente, en materia penal, mediante el rechazo constante de requerimientos relacionados directamente con elementos que la jurisprudencia internacional ya ha señalado en más de una ocasión como violatorios del artículo 8.2.h. de la CADH.

En primer lugar, nuestro TC ha negado los requerimientos de inconstitucionalidad del artículo 387 del Código Procesal Penal, que deja sin posibilidades de recurrir la sentencia dictada en un nuevo juicio que se realice como consecuencia de la resolución que acogiere un recurso de nulidad, con la sola excepción de que el nuevo fallo sea condenatorio y el antiguo sea absolutorio, solo en favor del acusado. ¿Cuál es el fundamento de estas limitaciones para un recurso que teóricamente pretende la

amplia protección de las garantías señaladas en los tratados internacionales ratificados por Chile y la Constitución Política y el resguardo del debido proceso penal?

Primeramente, es necesario recordar que el establecimiento de recursos que permitan una revisión de lo fallado por los tribunales de instancia no es una simple política legislativa, sino una exigencia del debido proceso que emana de los tratados internacionales ratificados por nuestro país, y que los grandes perjudicados por la limitación de la norma en comento son el Ministerio Público y el querellante. Luego, y tal como se mencionó *supra*, es necesario recordar que el derecho al recurso emana directamente del derecho de acceso a la justicia y de las garantías del debido proceso y, especialmente en materia penal, del principio de inocencia (artículo 19 n° 3 inciso 7° de nuestra Carta Fundamental), complementándose dichos principios de forma que la presunción de inocencia solo puede ser amagada mediante una sentencia condenatoria firme que emane de un procedimiento e investigación racionales y justos, para la cual se haya otorgado (al menos) la posibilidad de impugnarla para arribar a la certeza y justicia de la decisión. Es así que el recurso de nulidad debe entenderse como un mecanismo garantista del imputado, por lo que la ley amplía sus facultades recursivas (dado, entre otros, por lo sensible de una condena penal), más que reducir la facultad de otros intervinientes. Podría pensarse que dichas limitaciones vulneran el principio de igualdad ante la ley (artículo 19 n° 2, CPR), sin embargo, dicha igualdad no se aplicaría a instituciones como el Ministerio Público, ya que esta macrogarantía tiene como destinatarios a todos los habitantes de la República, para los cuales debe tener aplicación uniforme, no así para los titulares de un órgano-institución como el Ministerio Público, el cual no ve amenazadas sus garantías y derechos fundamentales en su constante actuar. La garantía de la igualdad está diseñada para ejercerse entre particulares o por parte de los particulares ante el Estado, pero no por el Estado ante los particulares. Respecto al querellante la situación es similar, pues la titularidad de la persecución penal es principalmente estatal y en muchos sentidos el actuar del querellante queda supeditado al del Ministerio Público, sin olvidar, por supuesto, que el querellante puede a su vez ejercer las acciones civiles que estime pertinentes. Sin embargo, no podemos pasar por alto que el artículo 352 del CPP no hace distinciones respecto a la facultad de recurrir¹³³, y que la igualdad normativa es esencial a un modelo acusatorio como el nuestro (que se opone a la concesión de privilegios a alguna parte). Asimismo, sería un error asimilar la función del Ministerio Público al ejercicio del *ius puniendi* estatal, depositado exclusivamente en el juez penal, como nos señala el artículo 1°, inciso primero, del CPP¹³⁴. En definitiva, se deben garantizar medios parejos y equitativos

¹³³ Artículo 352 del Código Procesal Penal: *Facultad de recurrir*. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el Ministerio Público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.

¹³⁴ Artículo 1°, inciso primero, del Código Procesal Penal: *Juicio previo y única persecución*. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una

para todas las partes, característica morfológica de nuestro sistema procesal penal, abarcando lógicamente el derecho a recurrir. Si bien (como ya hemos dilucidado y expresaremos a continuación) el recurso de nulidad no cumple con los estándares que emanan de las convenciones y jurisprudencia internacionales, es el medio de impugnación general (no podemos decir ordinario) en nuestro proceso penal, y así debe ser garantizado a todas las partes que cumplan con los requisitos legales para su interposición y admisibilidad.

En segundo lugar, en un punto mucho más conflictivo que el anterior, es preciso subrayar que nuestro TC no ha realizado un prudente control de constitucionalidad del ámbito revisor del recurso de nulidad penal que, siendo un recurso netamente extraordinario y formalista, solo permite una revisión acotada al ámbito jurídico, evitando la revisión amplia exigida por los estándares internacionales y por el principio del doble conforme, ya señalados en casos internacionales connotados, v.gr., *Mohamed vs. Argentina*¹³⁵. Es más, en diversos fallos el TC ha planteado su postura respecto al sistema impugnativo que establece el Código Procesal Penal, ideas que se encuentran muy en contra de los fallos de la Corte IDH, y que vacían de contenido el derecho fundamental a un proceso racional y justo. Su postura respecto al tema se puede sistematizar en los siguientes puntos¹³⁶:

- a) El derecho a la revisión de las sentencias, parte integrante del debido proceso, no significa derecho a la doble instancia, siendo el establecimiento de una única o doble instancia simples opciones de diseño o política legislativa¹³⁷.
- b) El recurso de nulidad penal no puede evaluarse tomando como parámetro el recurso de apelación, esto principalmente porque el derecho al recurso no equivale a un derecho a la apelación ni a un derecho a la doble instancia¹³⁸.
- c) No hay vulneración al derecho de defensa en el sistema impugnativo penal ya que una de las causales del recurso de nulidad es precisamente la violación de derechos fundamentales¹³⁹.
- d) El sistema procesal penal optó por la excepcionalidad del recurso de apelación por varios motivos. En primer lugar, se separó la actividad investigativa de la de juzgamiento; en segundo lugar, se privilegió el control horizontal (con colegiatura en única instancia) por sobre el jerárquico; y, en

sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de fecha 23/11/12, explicado someramente en el capítulo II.4.

¹³⁶ VALENZUELA, Williams. Op. Cit. 60p.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1432, de 05/08/10, considerandos 10° y 16°.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1432, de 05/08/10, considerandos 14°, 15°, 17° y 19°.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1432, de 05/08/10, considerando 20°.

tercer lugar, debido a que los principios informadores del procedimiento (principalmente la oralidad e inmediación, ya analizada su dudosa condición de principios procesales *supra*) impiden la realización de un segundo juicio¹⁴⁰.

e) El sistema entrega además otros medios impugnativos, como el recurso de queja¹⁴¹.

Antes de iniciar el análisis de las consideraciones del TC, es necesario recordar que nuestro Código Procesal Penal, en vigencia desde 2002 y cuya implementación total fue llevada a cabo el año 2005, careció de un control constitucional integral previo a su puesta en marcha principalmente por consideraciones políticas, ya que se persiguió respetar las fechas de implementación contempladas en las mismas leyes, lo que para muchos autores fue un *error jurídico*¹⁴², tomando en cuenta que el CPP contiene normas orgánicas de jerarquía constitucional junto con otras que afectan directamente garantías fundamentales.

Respecto al primer punto señalado (que no le correspondería al TC pronunciarse sobre temas que resultan netamente de política o diseño legislativo), podemos decir que resulta un tanto engañoso. La afirmación pareciera evidente e irrefutable, pero cuando analizamos el concepto de *diseño legislativo*, surgen algunas dudas, toda vez que prácticamente toda la legislación es objeto de un “diseño legislativo”, y justamente la acción de inaplicabilidad existe para controlar la constitucionalidad de éste (no olvidar las amplias facultades otorgadas por la Carta Magna al TC, considerando especialmente el artículo 93 n° 7, referido a la promoción de inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable). En definitiva, parece más bien un tema de coherencia o incoherencia entre preceptos legales y constitucionales que otra cosa.

Conocido es que al TC se le está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas, como conocidas son también la falta de uniformidad que ha expresado en este tópico, con las consecuentes e inevitables críticas que se la han realizado al respecto. Uno de los ejemplos más conocidos lo encontramos en el bullado caso “Catalíticos”, en el cual el TC rechazó su pronunciamiento por exceder su ámbito de competencia y esfera de atribuciones, “*debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual*”¹⁴³. Sin embargo, en numerosos casos nuestro TC no

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1432, de 05/08/10, considerandos 21°, 22° y 23°.

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1432, de 05/08/10, considerandos 38° y ss.

¹⁴² FASANI, Roberto. Tribunal Constitucional (Chile), derecho del inculpado y del condenado a recurrir al superior jerárquico contra una sentencia definitiva dictada en un juicio oral: ¿basta con el recurso de nulidad? [en línea] <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-17-49-Tribunal-Constitucional-Chile-derecho-del-inculpado-y-del-condenado-a-recurrir-al-superior-jerarquico-RFasani.pdf>> [consulta: 13 de octubre 2017].

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 325, de 26/06/01, considerandos 37° y 38°.

ha tenido inconvenientes para entrar a calificar mérito, oportunidad y conveniencia en el análisis de constitucionalidad tanto de proyectos de ley como de Decretos Supremos. Tal es el ejemplo del caso “Cesiones Gratuitas”, respecto a la validación constitucional del DS N° 171 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, impugnado en dicho caso, que disponía el aumento sustantivo de la extensión de las cesiones gratuitas de terreno a que se obligó a un loteador en favor de la respectiva Municipalidad, señalando en su considerando 10° que *“las cesiones de terrenos gratuitas razonables, y éstas lo son, como se verá más adelante, inherentes a toda urbanización, lejos de constituir un daño patrimonial para el dueño procura un beneficio pecuniario para él, pues el valor de los terrenos urbanizados es superior al valor de dichos terrenos sin urbanizar (...) las cesiones gratuitas se efectúan o entran en escena en el caso que el titular del dominio, por su propia y libre voluntad resuelva urbanizar, mal podría entonces siquiera pensarse que afecten el derecho de propiedad que la Constitución le asegura”*. Dejaremos que el lector de este ensayo saque sus propias conclusiones al respecto. No entraremos a indagar en profundidad todos y cada uno de los fallos en que el Tribunal Constitucional ha realizado consideraciones de mérito y conveniencia en su jurisprudencia por no ser el objeto principal de este trabajo, pero mencionamos a modo de referencia el caso del “Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios”¹⁴⁴, el caso “Playas”¹⁴⁵ y el caso “Rentas Vitalicias”¹⁴⁶. En definitiva, difícilmente se podría afirmar que el análisis del mérito no forma parte de la jurisdicción constitucional¹⁴⁷, y alegar lo contrario resulta anquilosado, peligroso y contrario a las funciones establecidas en la Carta Magna para este órgano.

En cuanto al segundo punto (el derecho a la revisión de las sentencias no equivaldría a un derecho al recurso de apelación ni a la doble instancia), se deja relucir que el Tribunal Constitucional asimila los conceptos de doble instancia y recurso de apelación, diferencias ya zanjadas *supra*. Concordamos en que, efectivamente, el derecho a la revisión de las sentencias que recoge la CADH no es sinónimo de los conceptos mencionados, sin embargo, las exigencias expresadas en los parámetros de la jurisprudencia internacional de la Corte IDH nos deja entrever que, más allá del *nomen iuris*, que deviene irrelevante, el recurso necesario debe ser ordinario, integral (permitir la revisión tanto de lo fáctico como de lo jurídico), simple, eficaz y accesible, por lo que inevitablemente se viene a la cabeza el recurso de apelación, por mucho que se puedan solventar dichas exigencias mediante otro mecanismo impugnativo similar.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 53, de 05/04/88, considerando 71°.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 245, de 02/12/96, considerando 32°.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 334, de 21/08/01, considerandos 16° y 17°.

¹⁴⁷ FERNANDOIS, Arturo. 2001. La ausencia de análisis del mérito en la jurisdicción constitucional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 22(1): 313-320.

Sobre el tercer punto (que el recurso de nulidad establece como una de sus causales que “se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”, por lo que no se produciría indefensión del imputado), podemos al menos recalcar que resulta confuso. En primer lugar, resulta difícil imaginar como un inculpado podría mediante esta causal corregir la inexistencia de un recurso que cumpla con las garantías mínimas. En segundo lugar, y aunque les pese a los redactores del Código Procesal Penal, resulta evidente que la jurisprudencia nacional ha sido bastante restrictiva a la hora de utilizar esta causal para lograr la revisión de los hechos¹⁴⁸ (recordemos el caso *Norín Catrimán vs. Chile* en que la Corte IDH señala que los tribunales chilenos deberán interpretar de la manera más amplia e informal posible dicha causal para que no se entienda vulnerado el derecho al recurso, recomendación a la que nuestros tribunales superiores han hecho oídos sordos), exigiendo un trabajo argumentativo tan profundo y formal para lograr la revisión de los hechos, que resulta ilusoria la concreción del derecho a recurrir en los términos exigidos por la Corte IDH.

Respecto al cuarto punto (excepcionalidad del recurso de apelación por privilegiar otros bienes jurídicos tales como la centralidad del juicio oral, las reglas de la oralidad e inmediación, el control horizontal, entre otros), creemos haber aclarado de buena manera nuestra postura *supra* en el apartado sobre la extensión interna. En suma, sostenemos que los valores de los procedimientos orales no son incompatibles con la protección de las garantías procesales establecidas en el artículo 8° de la CADH.

Finalmente, el último argumento de nuestro ilustre Tribunal Constitucional refiere a que, de todas maneras, los justiciables tendrán acceso a otros medios impugnativos, como el recurso de queja. Demás está analizar las diferencias entre el recurso de queja y el mecanismo exigido por los pactos internacionales para solventar las garantías mínimas procesales. De hecho, realizar esta afirmación revela una completa falta de entendimiento del *quid* del asunto por parte del Tribunal Constitucional. Demuestra, además, que el análisis jurídico realizado es voluntarista y vago (basta un poco de conocimiento de Derecho Procesal para saber que se conoce del recurso de queja en virtud de facultades disciplinarias y no jurisdiccionales), reduciendo el problema simplemente a un tema cuantitativo más que cualitativo, develando una falta de investigación, estudio y análisis jurídico preocupante en un organismo de tal envergadura. A esta situación debemos sumarle las críticas que ha sufrido este recurso en sí mismo, dentro de las cuales podemos mencionar, en primer lugar, su supuesta

¹⁴⁸ Si bien esta interpretación restrictiva se da en la mayoría de los casos, citamos a modo referencial las sentencias Rol N° 178-2011 de la Corte de Apelaciones de Concepción, la Rol N° 502-2011 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la Rol N° 162-2011 de la Corte de Apelaciones de Valdivia, la Rol N° 2371-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago o la Rol N° 2095-2011 de la Corte Suprema.

incompatibilidad con el nuevo sistema procesal penal, que visualiza los recursos como un derecho de los intervinientes más que una forma de control jerárquico, tal como expresa ARIAS: “La interpretación sistemática de los recursos contemplados en el nuevo procedimiento penal lleva a la conclusión que el de queja no resulta para nada acorde con un juicio de única instancia, donde los recursos se consideran como medios de impugnación a iniciativa de las partes (intervinientes), especialmente para salvaguarda de las garantías de orden procesal, entre las que se consagra precisamente el derecho al recurso”¹⁴⁹. Es más, la Corte Suprema constantemente ha rechazado recursos de queja en contra de resoluciones que fallan recursos de nulidad, toda vez que el conocimiento de la nulidad penal no constituye instancia y, por lo tanto, no comparte la naturaleza de aquellas resoluciones que hacen procedente el recurso de queja, a lo que cabe agregar que de conformidad a lo prevenido en el artículo 387 del Código Procesal Penal contra dicha resolución, no procede recurso alguno, lo que potencia la idea de la supuesta incompatibilidad del recurso de queja con el nuevo proceso penal¹⁵⁰. En segundo lugar, las consecuencias jurisdiccionales de acogerse un recurso de queja se deciden de forma casuística y discrecional dentro de un marco de amplias facultades del tribunal *ad quem*, lo que normalmente no acarrea consecuencias disciplinarias para los jueces involucrados, haciendo caso omiso del inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales¹⁵¹. Finalmente, la facultad de actuar de oficio de la Corte Suprema distorsiona más aún el sistema debido a que termina por permitir que cualquier resolución pueda ser a la larga modificada por esta vía, si es que ella lo estima conveniente, abriendo de par en par las puertas de la arbitrariedad¹⁵².

2. El recurso de apelación en los procedimientos reformados

Tal como expresamos *supra* en el apartado de la extensión interna, los conceptos apelación y doble instancia han estado históricamente relacionados. Se ha entendido tradicionalmente al recurso de apelación como el recurso devolutivo ordinario típico, *devolviendo* al tribunal *ad quem* el conocimiento de la causa sin restringir el ámbito de impugnación, permitiendo la revisión de aspectos tanto fácticos

¹⁴⁹ ARIAS VICENCIO, Cristián. 2002. El recurso de queja en el nuevo procedimiento penal. En Revista de Estudios de la Justicia (nº1): 168p.

¹⁵⁰ GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe. 2017. El recurso de queja en el proceso penal: un análisis jurisprudencial. En: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed., Santiago de Chile, ediciones DER. 378p.

¹⁵¹ Artículo 545, inciso final, Código Orgánico de Tribunales: En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada.

¹⁵² GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe. Op. Cit. 392-394p.

como jurídicos, sin expresión de causales taxativas en la ley, bastando el mero agravio. Si bien la apelación presenta particularidades en cada ordenamiento jurídico, podemos distinguir ciertos elementos en común¹⁵³:

- a. Históricamente, el recurso de apelación no fue concebido como una garantía de los justiciables. Todo lo contrario, era la plena manifestación del poder del soberano, quien lo delega en distintos funcionarios judiciales. Es decir, fue creado como un mecanismo de control vertical, de manera que las decisiones de los tribunales de primera instancia no se apartaran de la voluntad del soberano o de la voluntad general manifestada en la ley. He aquí el origen y la relevancia del expediente como registro escrito del proceso en primera instancia, mediante el cual se fundamentaría el control superior por el tribunal *ad quem*.
- b. Suele ser calificado como ordinario, en la medida que no se exigen requisitos específicos para su interposición, más allá del plazo legal y la posibilidad de recurrir de la resolución en específico, bastando demostrar un agravio.
- c. Finalmente, el recurso de apelación permite el examen integral de la resolución impugnada, examinándose aspectos fácticos, jurídicos y probatorios, y teniendo el tribunal de alzada bastante libertad para revisar y enmendar la resolución recurrida, incluso recepcionando y valorando nueva prueba de ser necesario.

Si bien siempre se ha sostenido que el recurso de apelación coloca al tribunal *ad quem* en la misma posición jurídica en que se encontraba el juez del fondo y que la finalidad del recurso es preeminentemente revisora, hay que considerar que, aunque ambos tribunales pueden trabajar con todos los elementos incorporados al proceso, existen diferencias sustanciales respecto al rol y la actividad que le corresponde a cada uno dentro del proceso¹⁵⁴. En este sentido, será el tribunal de primera instancia el encargado de velar por el respeto de los derechos de todos los intervinientes en el debate y será el responsable de la incorporación de toda la información que pueda utilizarse para el pronunciamiento del fallo, controlando la idoneidad y calidad de dicha información. Además, el tribunal de alzada es solo un revisor de lo realizado en el primer grado, estando habilitado para rectificar la decisión cuando perciba la existencia de errores, por lo tanto, la incorporación de prueba en segunda instancia debe ser autorizada solo en casos excepcionalísimos, pues esta situación desvirtúa el mismo carácter revisor del tribunal *ad quem*. De todas maneras, el recurso de apelación permite

¹⁵³ FUENTES, Claudio. 2017. Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios. Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano 4(5): 75-82.

¹⁵⁴ CONTRERAS, Cristian. Op. Cit. 273p.

analizar la actividad que el juez de la causa ha llevado a cabo en relación con los hechos del pleito, algo imposible mediante los recursos llamados de “derecho estricto”, por lo tanto, el juez *ad quem* no está constreñido a estrictos márgenes formales y tiene plenas facultades para constatar las irregularidades que se presenten en el proceso. Es por esto que se ha asociado tradicionalmente al recurso de apelación con la subsanación de las injusticias, mientras que la casación o la nulidad constituyen simplemente elementos de salvaguarda de la legalidad de las decisiones jurisdiccionales.

Hemos abordado la concepción tradicional del recurso de apelación. Sin embargo, y en completa relación con la afirmación hecha precedentemente respecto a la irrelevancia del *nomen iuris* a la hora de configurar un recurso y determinar su respeto de las garantías mínimas procesales contempladas en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, se debe aclarar que actualmente el legislador tiene al menos dos opciones a la hora de establecer un recurso de apelación: una apelación plena, que permita un *novum iudicium*; o una apelación limitada, latinizada como *revisio prioris instantiae*¹⁵⁵. En el primer caso el tribunal superior contará con todos los materiales de hechos y probatorios con que contó el tribunal de la primera instancia, más aquellos otros que las partes hayan aportado en el procedimiento seguido ante el tribunal *ad quem*. En el segundo caso el tribunal superior basará su examen y decisión en los mismos materiales que tuvo a su disposición el tribunal inferior, sin que las partes puedan adicionar hechos nuevos o rendir nueva prueba. A pesar de esta limitación, el tribunal superior tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el tribunal inferior, tanto en el hecho como en el Derecho. Como es sabido, en los procedimientos reformados (con la sola excepción del procedimiento ante Tribunales de Familia) de la justicia chilena se ha optado por el establecimiento de apelaciones limitadas, estableciendo la excepcionalidad de la rendición probatoria en segunda instancia y señalando taxativamente las resoluciones apelables. Es así que, en los principales procesos reformados, tales son el proceso penal y laboral, se ha optado por la inapelabilidad de las sentencias definitivas, estableciendo como principal opción recursos de nulidad que no permiten la revisión de lo fáctico, debido al privilegio de otros bienes jurídicos ya analizados *supra*, como son la centralidad del juicio oral, el control horizontal, la intermediación y la oralidad.

Producto de esta tendencia “modernizadora” el recurso de apelación ha perdido toda la importancia que alguna vez tuvo y que mantiene (no sabemos por cuánto tiempo más) en el añejo procedimiento civil. Esta ausencia de un medio impugnatorio ordinario que no vulnere las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos tan relevantes como pueden ser el penal y el laboral, producto a nuestro juicio principalmente de una completa falta de un correcto control constitucional,

¹⁵⁵ PALOMO, Diego. 2010. Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite. Estudios Constitucionales 8(2): 474p.

entendiendo a los tratados internacionales ratificados por Chile al menos con un valor similar al de la Constitución Política, pone en tela de juicio a nuestro país frente a la comunidad internacional y lo arriesga a futuras condenas internacionales por vulneración de las garantías mínimas procesales establecidas en el artículo 8º de la CADH. Estimamos claro e irrefutable, en virtud de los fundamentos expresados en este ensayo, que el recurso que se deduzca contra la sentencia definitiva no puede ni debe ser formalista, debe posibilitar la revisión tanto de los hechos como del Derecho, comprender no sólo los vicios que se han cometido en la sentencia, sino que también durante el transcurso del procedimiento y que hayan incidido de forma esencial en la dictación de la resolución, y que la valoración conforme a la sana crítica racional y objetiva sea objeto de control para no recaer en la práctica en un sistema de íntima convicción¹⁵⁶. Sí, la inmediación es un presupuesto necesario para la existencia de un contradictorio, pero en ningún caso puede ser factor de valoración tal que impida la revisión de los fundamentos de la sentencia. Es por esto que el debate no debiese radicar respecto al medio de control y la necesidad de su existencia (recordemos que para la doctrina de la extensión reducida en materias extrasancionatorias podríamos incluso establecer procedimientos sin recurso alguno)¹⁵⁷, sino solo en precisar en qué casos no será posible dictar una sentencia de mérito con alteración de los hechos por el tribunal *ad quem*.

Cuando se estudian las opiniones de aquellos juristas que optan por la reducción recursiva y por incompatibilidad de la oralidad e inmediación con la revisión amplia en sede impugnativa, no encontramos referencia a un procedimiento especial en el que han convivido pacíficamente en nuestro país oralidad, inmediación y apelación. Hablamos del procedimiento de familia. Es así que la parte agraviada con la sentencia definitiva que dicte el juez de familia respectivo puede recurrir, además de casación en la forma, de apelación en contra de dicha resolución. En la última década casi no se han escuchado voces críticas respecto a la incompatibilidad del proceso contradictorio, oral e inmediato de familia y el sistema recursivo amplio, como sí frugalmente se han manifestado en sede penal y laboral, aun involucrando intereses tanto o más sensibles (recordemos el argumento señalado *supra* esgrimido por la doctrina de la extensión reducida respecto a que donde intereses más sensibles hayan, “más debido proceso” debe haber). De la misma manera que no compartimos los argumentos que restringen el ámbito recursivo en materia penal y laboral, no encontramos razones para cuestionar el sistema recursivo en materia de familia. Lo que parece más preocupante es la total incoherencia y

¹⁵⁶ MATURANA, Cristián. 2012. Los recursos ante los tribunales colegiados en un procedimiento oral. Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile (22): pp 443 y 444.

¹⁵⁷ FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian. 2017. El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales, Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ediciones DER.

multipolaridad patológica del legislador procesal, el cual no tuvo problemas para establecer sistemas impugnativos radicalmente distintos en un lapsus menor a un lustro.

Finalmente, cabe destacar que la limitación de la apelación desvirtúa su finalidad y naturaleza, transformándolo en un recurso extraordinario, vaciando de contenido toda la institución recursiva, llegándose al punto de dudar si efectivamente hay un ansia académica detrás de toda esta limitación recursiva o corresponde más bien a reducciones de la cantidad de trabajo de los tribunales superiores con la finalidad de cumplir metas cuantitativas y no cualitativas. Creemos que nuestros ilustres tribunales superiores no deben limitarse a corregir únicamente errores manifiestos y groseros, sino que deben buscar la solución más acertada y justa para los justiciables, valorando la prueba sin estar amarrados a los razonamientos y valoraciones del tribunal *a quo* que, como todo ser humano, es falible. En virtud de esta afirmación, consideramos que, efectivamente, se necesitará un control mayor en los casos de tribunales unipersonales (he aquí el fondo de la crítica de la inaceptable regulación recursiva laboral), y en los casos en que exista un control horizontal más fuerte mediante tribunales de instancia colegiados, nunca dejar de lado las garantías mínimas procesales emanadas de los tratados internacionales y de una correcta interpretación del debido proceso. El juzgador unipersonal es un ente aislado, quien solo oye sus propios consejos, y su decisión provendrá de su neta convicción personal y, claramente, del mérito del proceso. Sin embargo, este sentenciador no tendrá a disposición el enriquecimiento de su postura mediante un debate y un intercambio de pareceres en un tribunal colegiado, facilitando la adopción de decisiones que contengan errores. Los jueces son tan humanos como los abogados o las partes, y si no queremos que una reforma a nuestra justicia se transforme en una verdadera *reformatio in peius*, debemos estar dispuestos a que Chile desembolse los recursos necesarios para una justicia colegiada a la altura de los nuevos tiempos, y con mucha mayor razón si es que el legislador no otorgará recursos amplios e integrales. Tal como expresa PALOMO y LORCA, es hora que “el Estado se tome en serio el deber de dotar al sistema de justicia de los recursos materiales y humanos necesarios para el adecuado funcionamiento del modelo que, de paso, no dé la espalda a las aspiraciones declaradas de una nueva justicia basada en la verdad de los hechos; en la convicción que se trabaja para el salvataje de nuestra justicia y no para su hundimiento”¹⁵⁸.

Tal como entendemos que los mal llamados principios de oralidad e inmediación son un evidente logro de la justicia moderna, entendemos también que esta justicia quedará incompleta si no ofrecemos un mecanismo de revisión de lo obrado en primera instancia. Como ya hemos señalado abundantemente, existen posibilidades ciertas de hacer coexistir inmediación con doble grado, de manera de potenciar al máximo el debido proceso y de satisfacer las exigencias procesales mínimas

¹⁵⁸ PALOMO, Diego y LORCA, Nelson. Op. Cit. 73p.

que señalan los tratados internacionales ratificados por Chile. La tarea del juzgador siempre será propensa a errores, por lo que no podemos darnos el lujo de prescindir de ninguno de los mecanismos de prevención y corrección de estos yerros judiciales. Más allá de las discusiones sobre si el tribunal *ad quem* tiene o no contacto real con el material probatorio o si está en peores condiciones para fallar que el tribunal *a quo*, o visto desde la vereda de en frente, si el órgano de primera instancia tiene menos experiencia y preparación, pudiendo el tribunal de alzada conocer de manera más objetiva e independiente, debemos señalar que la sola revisión por un segundo órgano judicial involucra mayores resguardos a la justicia y al debido proceso. Es hora de entender la revisión judicial sin temores, tapujos o dogmas, entendiéndola en su real magnitud, como un “volver a ver”, sin beatificar reglas técnicas a capricho, poniendo la justicia del proceso por delante. La inmediación no puede ser más que un muy útil mecanismo de aportar información al proceso, pero no más que eso, y si los magistrados se ajustan racional y objetivamente al material fehacientemente registrado en primera instancia mediante todos los mecanismos que la tecnología y la ciencia procesal pueden llegar a aportar al proceso, no vemos razones para negar cabida al recurso de apelación.

3. La crisis de la casación

Entendiendo el recurso de casación como el acto jurídico procesal de la parte agraviada que se interpone ante el tribunal que dictó la resolución para que lo conozca el tribunal que señale la ley, destinado a invalidar una sentencia (y eventualmente enmendarla o dictar sentencia de reemplazo) por haber sido pronunciada, la resolución impugnada, con prescindencia de los requisitos legales, emanar de un procedimiento viciado por haberse omitido formalidades esenciales o haberla pronunciado con infracción de ley que haya influido en los dispositivo del fallo, podemos señalar que existen tradicionalmente tres modelos principales de casación¹⁵⁹: en primer lugar, un *modelo puro de casación*, de inspiración francesa, el cual contempla un sistema de reenvío que se centra, más que en aplicar la justicia al caso concreto, en interpretar correctamente la voluntad del legislador, de forma que dicha interpretación se consolide en máximas o lineamientos generales. Es así que el juez de casación no puede sin más reemplazar la decisión de su inferior jerárquico. Debe anular la resolución y remitir el asunto de vuelta al tribunal de instancia. En segundo lugar, encontramos el *modelo de casación revisora*, en el que no encontramos el reenvío y se faculta a los tribunales superiores para decidir la

¹⁵⁹ MATURANA, Cristián. Op. Cit. pp. 445 – 446.

causa de fondo, implicando una necesaria tercera instancia. Finalmente, encontramos el denominado *modelo mixto de casación*, el cual apuesta por fusionar los dos modelos anteriormente señalados. Del modelo tradicional o puro, rescata la acotación del recurso a solo errores de derecho (descartando el desagradable sistema de la tercera instancia del modelo revisor), mientras que del sistema revisor mantiene la facultad de la Corte de casación de decidir el mérito de la controversia (aplicando correctamente el Derecho al hecho), eliminando el sistema del reenvío que contemplaba el modelo puro. Podemos afirmar que nuestro país acogió el modelo de reenvío en materia procesal civil, ya que la Corte Suprema tiene plenas facultades para dictar sentencia de casación y de reemplazo, tal como nos señala el mensaje del Código de Procedimiento Civil¹⁶⁰. Esto se explica por la inspiración española de nuestro CPC, en perjuicio del modelo puro francés, el cual cumple una función político-legislativa, mientras que en nuestro sistema el recurso de casación cumple una neta función jurisdiccional.

Más allá de su pervivencia en nuestro ordenamiento procesal civil, la casación ha sido desechada (al menos terminológicamente) en la mayoría de los procedimientos reformados de nuestra justicia (cuyo vacío vienen a llenar los recursos de nulidad), con excepción del nuevo procedimiento ante tribunales de familia (ley N° 19.968), y razones para esta exclusión sobran, llegándose a hablar últimamente de una *crisis de la casación*.

Primeramente, hay que considerar lo señalado *supra*, sobre la ambigüedad en la denominación del recurso y las diferentes características que pueda presentar en cada cultura jurídica (sin perjuicio de la clasificación teórica, difícilmente habrá un modelo idéntico a otro). A esta ambigüedad “externa”, hay que agregarle una ambigüedad “interna”, es decir, la falta de uniformidad respecto a los sistemas impugnativos de sentencias judiciales en nuestro país, variando de materia en materia y estableciendo diversos mecanismos para subsanar el vicio denominado genéricamente “infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo”. Es innegable que el recurso central de los procedimientos reformados ha sido el recurso de nulidad, el cual ha aprendido (no sin problemas) a convivir con un sistema jerárquico modelado según las tradicionales formas de la apelación y la casación. A pesar de que se haya intentado diferenciar estos recursos de nulidad de la fuerte imagen paterna que representaba y representa la casación, ya sea denominándola de otra manera (aunque bien sabemos que el *nomen iuris* deviene irrelevante), ya sea restándole formalismos con la intención de acercarlo más a un recurso ordinario que extraordinario (meta, de todas maneras, imposible de lograr sin ampliar sus causales de procedencia y las resoluciones recurribles), considerando que a grandes rasgos es el único

¹⁶⁰ “(A)un cuando, para conservar la casación su verdadero y elevado carácter, aconsejan muchos jurisconsultos limitar las funciones del tribunal a sólo la declaración que invalida el fallo reclamado, se ha creído preferible encomendarle también la resolución del asunto en que la casación recae, con el fin de evitar las dilaciones y gastos a los litigantes, y una organización más vasta del tribunal a quien se encarga esta misión”. Mensaje del Código de Procedimiento Civil.

mecanismo que poseen los justiciables para impugnar una sentencia definitiva emanada de un tribunal de juicio oral.

En segundo lugar, la casación tiene sus raíces en un sistema estrictamente jerárquico, basado en el control del poder legislativo por sobre el judicial, estructura que resulta, al menos en su modelo más puro (francés) incompatible con nuestro ordenamiento. La independencia, entendida tanto entre magistrados como entre poderes estatales, es una de las bases fundamentales del ejercicio de la jurisdicción, la cual debe ser potenciada en todo ordenamiento jurídico procesal moderno, debiendo fundarse las resoluciones judiciales en criterios de razonabilidad y justicia más que en relaciones de interdependencia, jerarquía o subordinación.

En tercer lugar, vale la pena mencionar que la solución de conflictos no pasa simplemente por una “correcta aplicación de la ley” (como reza la finalidad típica tradicional del recurso de casación), sin restarle importancia a la principal declaración de voluntad general, los criterios de solución resultan más amplios, como bien lo entendió el legislador al establecer como causal del recurso de nulidad penal la “errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo” (artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal). Por mucho que los esfuerzos interpretativos para ampliar el concepto de “ley” por parte de nuestro máximo tribunal hayan sido bastantes, llegándose a incluir instituciones como los tratados internacionales ratificados por Chile o la “ley del contrato” dentro de las normas subsumibles al concepto “infracción de ley” que encontramos como causal genérica de nuestro recurso de casación en el fondo, es preciso que nuestro ordenamiento procesal se adapte a las exigencias actuales y que no tengamos que recurrir a interpretaciones extensivas para poder satisfacer las exigencias básicas de todo sistema recursivo.

En cuarto lugar, se presentan profundas ambigüedades entre lo que la casación está llamada a hacer y el rol que cumple la Corte Suprema, en lo que el destacado procesalista italiano Michelle TARUFFO definía como la *crisis de identidad de la casación*¹⁶¹. Como ya aclaramos, la casación fluctúa erráticamente entre distintos modelos, comportándose nuestro máximo tribunal a veces como Suprema Corte, otras como tercera instancia, y otras como curador de la legitimidad y racionalidad. La Corte Suprema, vista como Corte de Casación, funda su función en una autoridad absoluta y jerárquica, operando sobre todos los aspectos del comportamiento ministerial y no solo en la correcta interpretación y aplicación de la ley. El modelo de la tercera instancia, tan subjetivamente arraigado en nuestro país, se perfecciona cuando la Corte Suprema pierde sus características originarias y se coloca, más que en el vértice de la pirámide jurisdiccional, en el vértice del sistema de impugnaciones, y llega

¹⁶¹ TARUFFO, Michelle. 2005. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil. 1º ed., Lima, Palestra editores. 222p.

a su máxima cuando se llega a entender el recurso de casación como un mecanismo ordinario de impugnación¹⁶². Detrás de esta condición, no yace una intención uniformadora del derecho ni una garantía de autonomía e independencia del Poder Judicial, todo lo contrario, esta función subordina la administración de justicia al Poder Político. Si a esta añeja visión de la administración de justicia le sumamos los nuevos paradigmas, la adaptación a los procedimientos reformados, la multiplicidad de funciones, la alta carga laboral y la pérdida del carácter de “suprema” ante la aparición y ampliación de funciones del Tribunal Constitucional y la creciente importancia de los tribunales supranacionales, tendremos una tormenta perfecta.

En quinto lugar, en un análisis plenamente trasladable a la discusión sobre la amplitud que deben tener los recursos de nulidad en un sistema que pretenda satisfacer las exigencias mínimas del debido proceso, se ha sostenido que la casación refuerza el mito de la posibilidad de separar las cuestiones de hecho y de derecho¹⁶³. Como bien sabemos, procesalmente se acostumbra el tratamiento de los errores de hecho y de derecho como compartimientos estancos. Al respecto se puede señalar, primeramente, que las cuestiones de hecho y de derecho resultan inescindibles e interdependientes, resultando imposible lograr una plena función nomofiláctica sobre una plataforma fáctica absurda o arbitraria, sin que sea posible realizar una operación mecánica deformando hecho y derecho. Más bien, la norma sirve de modelo a los perfiles relevantes del hecho, el cual aclara los significados posibles de la norma, de esta manera ambos se acercan y modelan recíprocamente. Luego, es posible señalar que en la práctica los tribunales superiores no han dudado en censurar los hechos cuando la iniquidad de la decisión resulta manifiesta, flexibilizando su papel controlador de la legitimidad, desenvolviéndose más como jueces de instancia que de casación, el juez de legitimidad y que se internalice con su rol social siempre encontrará el resquicio para salvar la interdicción del control de hecho. Finalmente, y teniendo en vista los procedimientos reformados y el rol de la sana crítica racional, si no queremos que este sistema se transforme en un sistema de íntima convicción, debemos establecer mecanismos de control del *factum*, resguardando la objetividad en el establecimiento de los hechos, evitando siempre que esto se transforme en una tercera instancia. Una opción para evitar esta situación podría ser establecer la posibilidad que en ciertos casos extremos en que exista un absurdo evidente, la Corte de Casación pueda anular las sentencias fundándose en un error manifiesto en la apreciación y valoración de la prueba.

Hechas estas aclaraciones, vale la pena establecer algunas conclusiones. En primer lugar, la tercera instancia no es compatible con las exigencias de la pronta y debida solución de los conflictos,

¹⁶² Ibid. 223p.

¹⁶³ MATURANA, Cristián. Op. Cit. pp. 475-476.

recogida en la CADH en su artículo 8.1 bajo el concepto del *plazo razonable*. Esto conduce, además, inevitablemente a un cierto gigantismo de la Corte Suprema, impidiendo la concreción uniformadora de jurisprudencia y la función nomofiláctica. En nuestro país la cultura jurídica ha tendido a privilegiar la tercera instancia, la justicia del caso. No hemos sido capaces de desarrollar estándares claros de aplicación del derecho, de abstracción de los hechos, y de resolución con exclusiva atención a normas legales. Como expresa el maestro Raúl TAVOLARI, “*es llegada, pues, la hora de pensar – sin temores – en eliminar la casación y reemplazarla por una simple impugnación que permita al Tribunal superior conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho comprendidas en el asunto y que le obligue a fundar debidamente sus resoluciones, sea al acoger el recurso o al denegarlo*”¹⁶⁴.

La casación no ha estado en el eje de la discusión del derecho al recurso en nuestro país, ya que los recursos de nulidad en los procedimientos reformados se han robado el interés de los nuevos procesalistas. Sin embargo, su influencia no es menor, ya que define el rol que deben jugar nuestras Cortes y puede dar pie a situaciones como las presentadas en casos internacionales como el bullado *Mohamed vs. Argentina*¹⁶⁵, que revela las falencias del sistema penal tradicional (y que nuestro moderno sistema actual no hace más que potenciar), al haber sido dictada la primera condena del señor Mohamed en segunda instancia, otorgando solo un recurso extraordinario como es la casación para impugnar dicha resolución. Aunque la doctrina de la extensión reducida haya visto un defecto del sistema tradicional en este fallo de la Corte IDH que no nos permitiría el “volver atrás”, nosotros lo entendemos más bien como otra manifestación de la crisis de la que sufre la casación en la generalidad de los países que se rigen por el derecho continental. Es necesario atenernos a la realidad y ser pragmáticos: desde siempre nuestra Corte Suprema se las ingenió para conocer el mérito de los asuntos, ya sea vía casación o vía recurso de queja, en otras palabras, nunca se pudo disociar lo fáctico de lo netamente jurídico, sin permitir la concreción de una verdadera casación. Como señalamos, esta crítica es plenamente transportable a los recursos de nulidad penal y laboral, los cuales, a nuestro parecer, son tan susceptibles como la casación de caer en una crisis.

En los procedimientos orales debemos fortalecer las decisiones de la instancia (sin negar, como ya se ha sostenido repetitivamente en este ensayo, la garantía de revisión de las resoluciones judiciales agravantes), para no masificar el acceso al máximo tribunal sino en los casos que efectivamente lo requieran. Es así que en los procedimientos reformados que tienden a la oralidad, inmediación, centralidad del juicio oral y concentración, no vemos lugar, como ya se ha anticipado en las reformas

¹⁶⁴ TAVOLARI, Raúl. 2007. Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno. En: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego. Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. 1ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 51p.

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de fecha 23/11/12.

penal y laboral, para el recurso de casación. Su ambigüedad terminológica y regulatoria, su incompatibilidad con la estructura que debe tener el Poder Judicial y con el rol que debe jugar la Corte Suprema, el colapso de la carga laboral, su condición fáctica de tercera instancia, la imposibilidad de separar las cuestiones de derecho de las de hecho y el necesario control de la sana crítica, entre otras causas más, nos llevan a la inevitable conclusión de su exclusión de los procedimientos reformados. Parece claro que para evitar estas consecuencias negativas y privilegiar la correcta y uniforme aplicación de la ley y el respecto de las garantías fundamentales el *modelo de unificación de jurisprudencia* asoma como principal opción viable, como ya hemos conocido en el procedimiento laboral reformado, donde se delimita claramente el papel que deben cumplir los tribunales de alzada y nuestra Corte Suprema, y podemos, finalmente, lograr los preciados bienes de la justicia, seguridad e igualdad, que no pocas veces se nos presentan tan lejanos.

CONCLUSIONES

El tema de los recursos es una de las áreas de la ciencia procesal que mayor atención ha prestado a los procesalistas nacionales en las últimas décadas, fruto, principalmente, de los procesos de reforma a la justicia en América Latina, de la creciente jurisprudencia internacional de la Corte IDH, de la variedad de sistemas recursivos que conviven en nuestro ordenamiento procesal y de la falta de una debida regulación en el tema tanto en el plano nacional como internacional. La transversalidad de la materia y la cantidad de prismas diversos desde donde abordarla (v.gr., desde la Teoría General del Proceso, desde la ciencia penal, desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos, desde la política legislativa nacional, etcétera) vuelven este tema un tanto inagotable e imposible de tratar a completitud en un ensayo como éste. No obstante, creemos haber cooperado a zanjar algunos de los puntos más conflictivos del área, los cuales pasaremos a resumir a continuación.

1. Se puede afirmar fehacientemente que el derecho al recurso es parte integrante del debido proceso o derecho a un juicio racional y justo, el cual se complementa con el derecho a una tutela judicial efectiva, ambas caras de una misma moneda, constituyendo los llamados derecho implícitos, en constante desarrollo y evolución. Así lo ha afirmado la doctrina más autorizada¹⁶⁶, nuestro Tribunal Constitucional y la Corte IDH (como revisamos ampliamente *supra*), en virtud de su consagración dentro de las garantías judiciales mínimas (artículo 8º de la CADH), norma informadora del derecho a un debido proceso.
2. Como bien ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a recurrir no es sinónimo de un derecho al recurso de apelación o a la doble instancia. Lo que sí ha exigido la Corte IDH en su consonante jurisprudencia¹⁶⁷ es la existencia de un mecanismo que permita alzarse contra todos los agravios de hecho, de derecho y probatorios, sencillo, ordinario, eficaz y accesible que genere una resolución judicial¹⁶⁸, más allá del *nomen iuris*, plazos y requisitos formales que los países decidan

¹⁶⁶ V.gr.: TAVOLARI, Raúl. Op. Cit.; PALOMO, Diego. Op. Cit.; MATORANA, Cristian. Op. Cit.; inter alia.

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Norín Catrimán y Otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 29/05/14; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de fecha 02/07/04; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de fecha 23/11/12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de fecha 30/05/99. Entre otros.

¹⁶⁸ Hablamos de cualquier resolución judicial que causare agravio o un perjuicio antijurídico a una parte determinada del proceso. Es decir, y ocupando el lenguaje de nuestro Código de Procedimiento Civil, dicha garantía procedería ante sentencias definitivas y/o interlocutorias que establecen derechos permanentes a favor (o en contra) de las partes, toda vez que cualquier otra resolución judicial, *a priori*, no causaría agravio alguno.

establecer, los cuales nunca pueden ser de magnitud tal que vuelvan ilusorio el derecho a recurrir de una resolución agravante.

3. El derecho al recurso no puede ni debe ser reducido exclusivamente a materia sancionatoria. Esto, principalmente, debido a que:

a) Las convenciones internacionales no han de ser interpretadas literalmente. Su lenguaje penal obedece a razones históricas y el hecho de ser esta materia la más sensible respecto a los intereses de los particulares, por lo que no podemos interpretar el artículo 8° de la CADH como un catálogo expreso y taxativo de garantías penales de los Estados partes, sino como una norma convencional abstracta informadora del debido proceso y del juicio justo. Esto se condice con la mayoría de los principios interpretativos de normas convencionales internacionales, tales como el principio *pro homine* (artículo 29 de la CADH), el principio *pro libertatis*, el principio de interpretación dinámica y de progresividad, el principio *pro actione*, el principio de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad, el principio de concordancia práctica, entre otros criterios interpretativos que tienen en común la tendencia a la amplitud y expansión de los derechos fundamentales y nunca su restricción, menos en función de decisiones político legislativas.

b) Pese a que no se ha dado jurisprudencia internacional fuera de las áreas penal y administrativo sancionatorio con respecto al artículo 8.2.h. de la CADH, la Corte ha sido bastante explícita en variados fallos sobre su posible apertura a otros ámbitos, señalando, por ejemplo, que “(...) *el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’*. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”¹⁶⁹. Por lo tanto, en consideración del sentido común y de las constantes manifestaciones por parte de la Corte IDH en orden de preferir la amplitud de ambos numerales del artículo 8° de la CADH y en general del debido proceso, es que concluimos que no se puede negar la aplicación del artículo 8.2 de la CADH a materias extrasancionatorias bajo el simple pretexto de no existir jurisprudencia en dichos ámbitos.

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de fecha 02/02/01. Párr. 125. En el mismo sentido: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, sentencia de fecha 03/05/16; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de fecha 31/01/01; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velez Loor vs. Panamá*, sentencia de fecha 23/11/10; entre otros.

- c) La Corte IDH, tanto en su constante jurisprudencia como en la Opinión Consultiva 11 de 1990¹⁷⁰, ha apostado por la aplicación amplia del artículo 8.2 de la CADH, sin excluir ninguna de las garantías ahí señaladas. Concluimos, contrario a lo que señala la doctrina de la extensión reducida¹⁷¹, que si la Corte no ha hecho distinciones no corresponde al intérprete realizarlos, por lo que dichos criterios extensivos deben ser aplicados de forma unitaria y coherente, *mutatis mutandi* a todas las garantías mínimas señaladas en el artículo 8° de la CADH, sin que proceda la divisibilidad interna de la norma, menos bajo simples criterios político legislativos.
4. La centralidad del juicio oral y las reglas técnicas de la oralidad e inmediación no son necesariamente incompatibles con un sistema recursivo que permita la revisión amplia del asunto (tanto de los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos). Esto, básicamente, debido a las siguientes consideraciones:
- a) La oralidad e inmediación no constituyen principios generales ni máximas procesales, sino simples reglas técnicas al servicio de bienes bastante superiores. Entendemos los principios procesales como normas abstractas que son absolutamente necesarias para garantizar la justicia y el debido proceso, y que no admiten contrapartida toda vez que dicha contrapartida no sería compatible con ningún tipo de justicia. Por ejemplo, difícilmente podríamos visualizar un proceso justo sin la buena fe procesal o la igualdad de armas, mas no se puede afirmar que la escrituración o el acceso mediato a los medios probatorios resultan *per se* antijurídicos.
- b) Si no establecemos medios eficaces, simples y accesibles de control y revisión de la actividad y valoración probatoria y de la determinación del *factum*, los tan apreciados beneficios de la inmediación pueden llegar a ser reducidos a la nada, transformando la sana crítica racional en un sistema de íntima convicción. Es más, incluso con un sistema de control apto a las exigencias internacionales, los beneficios de la inmediación pura se ven reducidos a pocos ámbitos, por ejemplo, en la impresión personal de un juez ante una prueba testimonial, pero aún de esta forma, existe la obligación de dejar dicha impresión de forma patente y fundada en la sentencia, lo que lo hace totalmente controlable e impugnabile, considerando igualmente que ningún magistrado puede fallar en virtud de prejuicios o percepciones estrictamente subjetivas, tales como la manera de mirar, de vestirse, de moverse o de hablar de los sujetos de la prueba.

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, Serie A N° 11, de 10 de agosto de 1990.

¹⁷¹ V.gr.: DUCE, Mauricio. Op. Cit.; FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian. Op. Cit.; inter alia.

- c) El acceso a nuevas tecnologías y la masificación de las ya conocidas ha dejado obsoleta la afirmación relativa al peor conocimiento y acceso a la información probatoria que tendría el juez revisor en comparación con el de la instancia. Incluso un correcto y moderno medio de registro podría proporcionar un acceso y generar un análisis probatorio superior al del mismo juicio oral, considerando como única falencia la falta de contacto directo y personal con los sujetos probatorios, lo que de todas maneras no resulta tan grave si consideramos la segunda instancia como una *revisio prioris instantiae* y no como un *novum iudicium*.
- d) Finalmente, y no menos relevante, los estándares y parámetros generados por la consonante jurisprudencia en materia recursiva de la Corte IDH en casos tales como *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*¹⁷², *Vélez Loor vs. Panamá*¹⁷³, *Mendoza y otros vs. Argentina*¹⁷⁴, *Mohamed vs. Argentina*¹⁷⁵ o, más recientemente, *Norín Catrimán y otros vs. Chile*¹⁷⁶, confirman el hecho de que la única manera de salvaguardar el derecho al recurso es el establecimiento de un mecanismo amplio e integral que permita el acceso al doble conforme y la revisión de todo agravio, ya sea probatorio, fáctico o jurídico. Es decir, la Corte IDH entiende la revisión amplia, integral, eficaz y accesible como una garantía del justiciable, la cual no se puede desechar bajo ningún criterio, ya sean otras garantías judiciales establecidas en la misma normativa convencional internacional (artículo 8° de la CADH), como la publicidad o el plazo razonable, o por reglas técnicas procesales, tales como las mencionadas oralidad e inmediación.
5. Dificilmente se puede afirmar la existencia de un recurso ideal o perfecto. Lo que sí podemos sentar es qué clase de mecanismo impugnatorio cumple de mejor manera las garantías judiciales mínimas, los estándares y parámetros de la Corte IDH y las exigencias del derecho a un debido proceso, sin perjudicar la armonía, coherencia y unidad que debe haber entre todas las garantías procesales establecidas en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Este mecanismo (cuyo *nomen iuris* no es relevante), debe ser *sencillo y accesible*, de manera que no requiera formalidades y obstáculos tales para su ejercicio que tornen ilusorio el derecho a recurrir y el acceso a la jurisdicción; debe ser *eficaz*, de manera que su existencia formal no será suficiente si no permite en la práctica la efectiva corrección de los vicios y yerros judiciales; debe ser *ordinario*, otorgando la posibilidad de alzarse contra la generalidad de las resoluciones judiciales que fijen

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de fecha 02/07/04.

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor vs Panamá*, sentencia de fecha 23/11/10.

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia de fecha 14/05/13.

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentencia de fecha 23/11/12.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 29/05/14.

derechos y obligaciones para los intervinientes y ante todo perjuicio antijurídico, materializando el *ius litigatoris*; y debe, finalmente, ser *amplio*, permitiendo el control de los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos. Resulta lógico afirmar que, dentro de las figuras recursivas tradicionalmente conocidas, el recurso de apelación es el que cumple de mejor manera los parámetros delineados por la Corte IDH. Ha quedado demostrado en este ensayo que los recursos de nulidad establecidos en los procedimientos reformados recientemente (en materia penal y laboral) no cumplen los estándares básicos exigidos por la Corte IDH, ya que su alto formalismo, su baja admisibilidad, su extraordinariedad, la estricta interpretación de ellos que realizan los tribunales superiores y su falta de amplitud suficiente para permitir el conocimiento de la integridad de los agravios que sufren los justiciables, vuelven ilusorio el derecho a recurrir de resoluciones judiciales agravantes y el mismo derecho de acceso a la jurisdicción, partes integrantes del derecho a un debido proceso y de la tutela judicial efectiva. En miras de una futura y necesaria reforma procesal civil (en el Congreso desde el año 2012) y en virtud de todas las consideraciones hechas en este ensayo, tomamos postura a favor de un recurso de apelación ordinario que permita alzarse contra agravios de toda índole (sean probatorios, fácticos o jurídicos), sencillo y accesible a los justiciables, sin la exigencia de altos niveles de formalismo y argumentación, ni la necesaria realización de un nuevo juicio (*novum iudicium*) en segunda instancia, sino una revisión integral solo de los aspectos conflictivos y controvertidos que resulten perjudiciales para las partes (*revisio prioris instantiae*) mediante la utilización de todos los medios tecnológicos que sean necesarios para no vulnerar los valores de la oralidad e inmediación. Solo de esta manera se podrá lograr el respeto necesario de las garantías mínimas judiciales de la CADH que informan el derecho a un debido proceso, evitar futuras condenas al Estado chileno por vulneración del artículo 8.2.h. de la mencionada convención y acercarnos un poco más a la concreción de la tan deseada y muchas veces lejana justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARIAS VICENCIO, Cristián. 2002. El recurso de queja en el nuevo procedimiento penal. En Revista de Estudios de la Justicia (nº1)
2. ASTUDILLO, Omar. 2017. Breves notas sobre deconstrucción de los hechos. En: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ediciones DER.
3. BERIZONCE, Roberto. 2012. *Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del derecho internacional de los Derechos Humanos)*. Anales, Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Nacional de La Plata (42).
4. BIDART, Germán. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. [en línea] <http://angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod02/02-065_L1-Bidart-Campos.pdf> [consulta: 27 de diciembre de 2017].
5. BRAVO, Pablo et al. 2013. Recursos en el Derecho Comparado: un estudio para la reforma procesal civil en Chile. [en línea] <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2015/03/R.-Ejecutivo_Est.-Recursos-en-el-Der.-Comparado_UCT.pdf> [consulta: 28 de diciembre de 2017].
6. CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Composición del Proceso. 1ª ed. Buenos Aires, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA).
7. CARPIO, Edgar. 2004. La interpretación de los derechos fundamentales. 1ª ed. Lima, Palestra editores.
8. CONTRERAS, Cristián. 2017. La pervivencia del recurso de apelación en el proceso civil. En: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ed. DER.
9. DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. 2009. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile 22(1).
10. DUCE, Mauricio et al. 2008. Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En: Justicia civil. Perspectivas para una reforma en América Latina. Santiago de Chile, CEJA.
11. FASANI, Roberto. Tribunal Constitucional (Chile), derecho del inculcado y del condenado a recurrir al superior jerárquico contra una sentencia definitiva dictada en un juicio oral: ¿basta con el recurso de nulidad? [en línea] <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-17-49-Tribunal-Constitucional-Chile-derecho-del-inculpado-y-del-condenado-a-recurrir-al-superior-jerarquico-RFasani.pdf>> [consulta: 13 de octubre 2017)

12. FEDEL, Daniel Bladimiro. Derecho al recurso: doble conforme y su presupuesto ineludible, dos sentencias útiles. [en línea] <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/17042015/dp-doble_conforme.pdf> [consulta: 27 de diciembre de 2017]
13. FERNANDOIS, Arturo. 2001. La ausencia de análisis del mérito en la jurisdicción constitucional. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 22(1).
14. FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián. 2017. El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: PALOMO, Diego (director). *Recursos Procesales. Problemas Actuales*. 1ª ed., Santiago de Chile, ediciones DER.
15. FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián. 2017. Los alcances del derecho al recurso y el recurso de nulidad. En: PALOMO, Diego (director). *Recursos Procesales. Problemas Actuales*. 1ª ed. Santiago de Chile, ediciones DER.
16. FUENTES, Claudio. 2017. Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios. *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*. 4(5).
17. GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. En: *Estudios constitucionales* 11(2)
18. GARCÍA LEAL, Laura. El debido proceso y la tutela judicial efectiva. [en línea] <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682003000300005> [consulta: 05/06/18]
19. GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe. El recurso de queja en el proceso penal: un análisis jurisprudencial. En: PALOMO, Diego (director). *Recursos Procesales. Problemas Actuales*. 1ª ed., Santiago de Chile, ediciones DER.
20. HOYOS HENRECHSON, Francisco. 2001. *Temas fundamentales de Derecho Procesal*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur
21. MATURANA, Cristián. 2012. Los recursos ante los tribunales colegiados en un procedimiento oral. *Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile* (22).
22. MONROY GÁLVEZ, Juan. 1996. *Introducción al proceso civil*. 1º ed. Bogotá, Editorial Temis.
23. NOGUEIRA, Humberto. 2003. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. 1ª ed. Ciudad de México, Ed. UNAM
24. NUÑEZ, Raúl y BRAVO, Pablo. 2017. Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las cortes de apelaciones: una primera aproximación. En: PALOMO, Diego (director). *Recursos Procesales. Problemas Actuales*. 1ª ed. Santiago de Chile, ediciones DER.
25. NUÑEZ, Raúl. 2008. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. *Revista Ius et Praxis* 14(1): 199-223.

26. PALOMO, Diego y LORCA, Nelson. 2017. Sistema recursivo en los modelos reformados de la justicia chilena: ¿un avance o un retroceso? En: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ed. DER.
27. PALOMO, Diego. 2010. Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite. Estudios Constitucionales 8(2)
28. TARUFFO, Michelle. 2005. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil. 1º ed., Lima, Palestra editores.
29. TAVOLARI, Raúl. 1994. Tribunales, jurisdicción y proceso. 1ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 49p
30. TAVOLARI, Raúl. 2007. Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno. En: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego. Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. 1ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
31. TAVOLARI, Raúl. 2017. En: PALOMO, Diego (director). Recursos Procesales. Problemas Actuales. 1ª ed. Santiago de Chile, ed. DER.
32. THEA, Federico. 2013. *Garantías Procesales*. En: REGUEIRA, Enrique et al. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derechos Argentino. Buenos Aires, ed. La Ley, departamento de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).
33. UBAL, Nicole. Necesidad del recurso de apelación para la satisfacción del derecho al recurso en el debido proceso laboral. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2014.
34. VALENZUELA, Williams. 2013. Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “*Mohamed vs Argentina*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el proyecto de Código Procesal Civil. Estudios Constitucionales 11(2)
35. VALENZUELA, Williams. 2015. Derecho al recurso. Desde el sistema interamericano a la situación de Chile. El juicio oral como paradigma. 1ª ed. Ciudad de México, Ed. Porrúa.
36. VÁSQUEZ GOERLT, Cristián. ¿Cumple nuestro sistema recursivo laboral con asegurar el debido proceso? Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2(4): 2011.
37. VILLADIEGO, Carolina. 2010. La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de Derechos Humanos. Santiago de Chile, CEJA.