

HUGO BOTTO OAKLEY

Inconstitucionalidad de las Medidas para Mejor Resolver

Prólogos de:

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Y

ALEX CAROCCA PÉREZ



EDITORIAL FALLOS DEL MES

MIS AGRADECIMIENTOS A:

GONZALO CALVO CASTRO, mi Profesor, por enseñarme Derecho Procesal en Pre-Grado,

FERNANDO FARREN CORNEJO, por haberme dado la oportunidad de enseñar Derecho Procesal,

ADOLFO ALVARADO VELLOSO, mi Maestro, por enseñarme Derecho Procesal en Post Grado,

HÉCTOR SUPERTI, mi Director de Tesis.



MILENKA MORENO VILCHEZ Y FABIOLA FREIRE GONZÁLEZ, por sus valiosas colaboraciones en el desarrollo de la presente investigación.

PRÓLOGO

Conocí casualmente a Hugo Botto Oakley en las cercanías de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, a cuyas aulas concurría yo para dar comienzo a la *Maestría Internacional de Derecho Procesal* que dicté desde el 2 de agosto de 1999 hasta el 11 de agosto de 2000 y a la cual él —recién llegado al efecto a mi ciudad— venía expresamente para cursarla en calidad de *maestrando*.

No puedo ocultar aquí que ese Curso fue una de las satisfacciones más grandes de mi vida docente: conté allí con la activa e ineludible participación de cursantes de Chile, Guatemala, Panamá, Paraguay y Perú, así como de varias y distantes ciudades de Argentina (Azul, Córdoba, Mendoza, San Luis y Santa Fe) durante mucho tiempo —en rigor, cuatro quincenas de encierro y retiro académico— con quienes practiqué una adecuada *congresalidad* académica y mejor *comensalidad* que generó buena amistad y hondo afecto entre todos.

Pude allí hacer una convivencia docente de ocho horas diarias dedicadas a la exposición, comprensión y discusión de temas pertenecientes a asignaturas tales como *Epistemología*, *Metodología de la investigación jurídica*, *Metodología de la ciencia jurídica*, *Análisis del discurso jurídico*, *Análisis de casos justiciables*, *Teoría del Estado*, *Teoría sociológica*, *Taller de tesis*, etc. y, claro está, *Teoría general del proceso* y las *diversas ramas procedimentales*.

Todo ello me permitió exponer las ideas que desde hacía mucho tiempo predicaba en el desierto y que hoy, ya con seguidores asumidos, muestra la *ideología garantizadora* del Derecho Procesal que se halla contenida en las Constituciones de toda América, en antiguo y ya inconciliable di-

vorcio con las legislaciones procedimentales de la mayoría de los países de la región, que aún mantienen increíblemente instituciones de neto corte inquisitorial y autoritario, producto de haber insertado a contrapelo de los sistemas constitucionales leyes de rango inferior copiadas de la Alemania nazi o de la Italia fascista, inspiradas todas en el Reglamento que confeccionó Klein en 1895 para el Imperio Austrohúngaro.

En ese grupo, Botto Oakley –quien ya era Profesor de la asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad “Adolfo Ibañez” de Viña del Mar– se destacó, desde el primer momento, por la rápida comprensión y asimilación de los nuevos conceptos que allí se impartían y por la agudeza de sus análisis en la comparación de diversos regímenes legislativos.

Y en esa tarea de comparar textos legales entre sí y con las Constituciones de todos nuestros países, aceptó –al igual que los otros cursantes– la existencia del componente verdaderamente ideológico de la materia procesal y adoptó como propia la idea que se conoce actualmente como *garantismo procesal*, convertida ya hoy en un verdadero *movimiento* que pretende una irrestricta vigencia de la Constitución aun en desmedro de leyes de rango inferior que no condicen con sus principios.

Tan importante fue el aporte de dicho grupo de maestrandos a ese movimiento ideológico, que al terminar el Curso de Maestría se fundó e instaló allí mismo la *Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista* –hoy con sede en la ciudad de Panamá– que Botto Oakley integra en calidad de Miembro Fundador y Secretario de Relaciones Internacionales.

Vueltos todos finalmente a sus lares en agosto de 2000 y habiendo ya cumplido con los requisitos de aprobación de las materias de la carrera, sólo restaba presentar una tesis sobre materia procesal y defenderla ante un Jurado constituido al efecto.

Quien primero la presentó fue, precisamente, Hugo Botto Oakley y la defendió en octubre de 2000 ante los Profesores Doctores Miguel Ángel Ciuro Caldani, Miguel Araya y Adrio Giovannoni, quienes mantuvieron activo diálogo con él y calificaron su tesis con la nota *Distinguido*.

Ese trabajo así valorado es el que hoy presento al lector, quien encontrará inicialmente difícil de aprehender el propio tema de tesis: *Las medidas para mejor resolver legisladas en el Código Procesal de Chile son inconstitucionales a la luz de la normativa de su Carta Magna*.

Para poder lograr ello, será necesario al lector contar previamente con una clara comprensión del particular e inconfundible —por irrepetible— fenómeno jurídico denominado *proceso*.

Y esto no es tan sencillo de lograr, como puede pensar cualquier persona desprevenida, toda vez que la propia voz *proceso* es una de las tantas pertenecientes al lenguaje procedimental (otras, por ejemplo, son *acción, jurisdicción, carga, cargo, abandono, instancia, etc.*, etc.) que se utilizan corrientemente en forma *multívoca* y, por tanto, *equivoca*.

Castizamente, significa *acción de ir hacia delante y transcurso del tiempo y conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno*, etc. En su aplicación forense, se utiliza para designar a una *causa penal*, a un *conjunto de actos sucesivos de procedimiento*, a un *expediente* (conjunto de documentos o dossier), a un *tipo de trámite procedimental*, etc. Y, con mayor tecnicismo, la doctrina en general afirma que el proceso es *una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente* y, también, que es *un conjunto de actos dirigidos al fin de obtener la resolución de un conflicto*.

Como se puede ver con facilidad, las acepciones que predominan son *equivocas*: cuando se utiliza la palabra *proceso* para designar a un expediente o a los actos sucesivos y concatenados que forman o integran un procedimiento cualquiera, no se está haciendo referencia a una idea que se presen-

ta como metajurídica y puramente lógica: *el proceso —objeto de la acción procesal— es la serie consecucional de instancias bilaterales que se da en un procedimiento seguido entre dos partes —antagónicas y situadas en un plano de perfecta igualdad— para hacer una discusión dialéctica y pacífica ante un tercero que la dirige y que, como tercero que es, debe exhibir esencialmente las calidades de imparcial, imparcial e independiente de las partes en litigio.*

El problema se complica grandemente cuando se habla del *proceso* en los términos que usan los constitucionalistas de toda América, utilizando al efecto el sintagma *debido proceso* (que se genera a partir de la traducción de las frases *due process of law* y *due process of de land* que contiene la Constitución de los Estados Unidos de América en sus Quinta y Décimocuarta Enmienda) para denominar la habitualmente legislada garantía de *inviolabilidad de la defensa en juicio*.

Y así, desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro *derecho constitucional de todo particular* y como un *deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad*.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del *proceso* —que ya he mostrado como una serie consecucional— aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen —en su mayoría— la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad* recién referida.

Al igual que las de otros países, la Constitución de mi país —Argentina— no menciona la adjetivación *debido*, lo que ha hecho decir a prestigioso tratadista del tema que se trata de una *garantía innominada*.

Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativa-*

mente: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquel por el cual —por ejemplo— se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de mis máximos tribunales.

Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase de distinguido magistrado que afirmaba en el año de 1951:

“A diferencia de algunas reglas jurídicas, el debido proceso no es una concepción técnica con un contenido fijo, sin relación al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de *debido proceso* no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de Justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y gobierno, el debido proceso está constituido de historia, de razón, del curso pasado de las decisiones y de la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos”.

Retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no sólo dice *nada* sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal.

La actitud no es aislada: prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como *drama* o como *misterio* o como algo que *se sabe dónde está pero no qué es*.

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia del máximo Tribunal argentino, se podría decir que el debido proceso:

1) supone el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia (lo que viene a querer significar la afirmación contenida en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948: “Toda

- persona tiene el derecho de ser oída en plena igualdad, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones”);
- 2) implica el *libre acceso* al tribunal y
 - 3) la posibilidad plena de audiencia (lo cual lleva anejo una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada) y
 - 4) la determinación previa del lugar del juicio y
 - 5) el derecho del reo de explicarse en su propia lengua;
 - 6) comprende el derecho de que el proceso se efectúe públicamente,
 - 7) con un procedimiento eficaz y sin dilaciones y
 - 8) adecuado a la naturaleza del caso justiciable y
 - 9) con asistencia letrada eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende

- 1) el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes.
- 2) y el de que el juzgador se atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado en las actuaciones respectivas.

En cuanto atañe a la sentencia,

- 1) comprende el derecho de que sea dictada por un juez objetivo, imparcial e independiente,
- 2) que emita su pronunciamiento en forma *completa* (referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable), *legítima* (basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales), *lógica* (adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común), *motivada* (debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso) y *congruente*. La sentencia que no cumple tales condiciones es

calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas*, inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia (y así, una **sentencia** es arbitraria cuando no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o decide acerca de cuestiones no planteadas, o contradice constancias del proceso, o incurre en autocontradicción, o pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o el juez se arroga en ella el papel de legislador, o prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o aplica normas derogadas o aún no vigentes, o da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o prescinde de prueba decisiva, o invoca jurisprudencia inexistente, o incurre en excesos rituales manifiestos, o sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o incurre en autocontradicción, etc.).

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente el *concepto de debido proceso* resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente a la *idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en *pie de perfecta igualdad* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).

En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso que respeta sus propios principios*. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

Resta ahora explicar qué son los *principios procesales*.

La doctrina generalizada acepta que los *principios procesales* son las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuicia-

miento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

Es en este tema donde se puede apreciar cabalmente y en toda su magnitud la idea de *alternatividad*: como el contenido de cada norma jurídica implica la solución legal a un problema de convivencia, cada problema puede generar distintos interrogantes en orden a buscar respuestas que, naturalmente, pueden ser antagónicas.

De ahí que el legislador deba *optar* siempre por *una* de por lo menos *dos* soluciones (por ejemplo, una sociedad incipiente puede verse en la necesidad de legitimar o no a las uniones de parejas; si lo hace debe optar entre regular la unión en forma homo o heterosexual; si opta por esta última, debe elegir ahora una de tres posibles regulaciones: monogamia, poligamia o poliandria; en cualquier caso, debe optar luego entre aceptar o no la disolución del vínculo matrimonial, etc., etc.).

Para regular el proceso como *medio de debate*, el legislador debe elegir alguna de las alternativas que se le presentan como respuestas para solucionar los interrogantes que se pueden formular al respecto:

- 1) ¿quién debe iniciar el proceso?
- 2) ¿quién lo impulsará?
- 3) ¿quién lo dirigirá?
- 4) ¿habrá que imponer formalidades para el debate?
- 5) en su caso, ¿cómo se discutirá en el proceso?
- 6) ¿quién y cómo lo sentenciará?

Insisto en que cada pregunta admite por lo menos dos respuestas. Y naturalmente, el legislador optará por la que se halle acorde con la filosofía política que lo inspira.

Véanse ahora las diferentes soluciones:

- 1) Respecto de la primera pregunta, el legislador puede otorgar la correspondiente facultad a las partes o al propio

juez. Doctrinalmente, el problema origina lo que habitualmente se denomina *principio de iniciativa* (ya se verá más adelante que esto *no es un principio*) que puede ser por *presentación de parte* o por *investigación judicial*).

2) En cuanto a quién impulsará el proceso, la opción será la misma: las partes (origina lo que corrientemente se denomina *principio dispositivo*) o el juez (*principio inquisitivo*).

3) Acerca de quién dirigirá el proceso, mantendrá idéntica opción: las partes (consecuencia del *principio dispositivo*) o el juez (recibe la denominación de *principio de autoridad judicial*).

4) En lo relativo a si hay que imponer formalidades para desarrollar el debate, se puede responder que no es necesario (*principio de libertad de formas*) o que si lo es (*principio de legalidad de las formas*).

5) En torno de la cuestión de cómo debe hacerse la controversia, corresponde determinar:

- a) si se exigirá una discusión efectuada con probidad, lealtad y buena fe (*principio de moralidad*) o se permitirá la añagaza y la arteria procesal que, en definitiva, implicará aceptar el “derecho” de la fuerza en el proceso;
- b) si se admitirá que las partes deban recibir un tratamiento igualitario en el proceso (*principio de igualdad*) o no; como consecuencia de aceptar la primera opción,
- c) corresponderá dar a cada litigante la posibilidad de contradecir (*principio de contradicción o de bilateralidad*) o no (*principio de unilateralidad*) la afirmación de su oponente;
- d) qué medio de expresión se utilizará en el proceso (*principios de oralidad y de escritura*);
- e) cualquiera de ellos que se acepte, si será o no conveniente que entre el juez y las partes y el material instruc-

- torio que ellas aporten, existan intermediarios (*principios de mediación*) o no (*principio de inmediación*);
- f) si conviene a la sociedad que los procesos sean secretos o públicos (*principios de publicidad o de secreto*);
 - g) si es menester preordenar la eficacia de los medios de confirmación (*principio de la prueba formal*) o dejarla librada al querer del juzgador (*principio de la racionalidad probatoria*);
 - h) si es importante, en aras de la moralidad procesal pretendida, que las partes no puedan desistir de un medio probatorio que, luego de producido, resultó adverso al interés del oferente (*principio de adquisición*);
 - i) si es conveniente desarrollar el debate con un orden metódico (*principio de orden consecutivo*, que puede ser *legal* o *discrecional*) que implica el cumplimiento de pasos procesales preestablecidos en el orden y en el plazo dictado por la ley (*principio de preclusión*) o no (*principio de libre desenvolvimiento*). Y aun dentro de esta cuestión,
 - j) si conviene que los plazos fenezcan por el mero transcurso del tiempo (*principio de perentoriedad*) o después que las partes lo acusen (*principio de no perentoriedad*);
 - k) si en orden a cumplir una efectiva impartición de justicia, corresponde hacer o no el proceso lo menos gravoso posible para el litigante (*principio de economía*), que permita obtener una pronta solución del litigio (*principio de celeridad*). Congruente con ellos,
 - l) si conviene permitir que las defensas puedan deducirse sucesivamente, de acuerdo con su importancia frente a la pretensión o si, por lo contrario, tendrán que ser presentadas conjunta y simultáneamente, a fin de que una sea considerada en defecto de la otra (*principio de eventualidad*),
 - m) y si es razonable o no que los actos procesales se agrupen a fin de evitar inútil desgaste jurisdiccional (*principio de concentración*).

6) Por último, acerca de quién y cómo habrá de decidir el proceso,

- a) habrá que optar entre un juez profesionalizado (*principio del juez técnico*) o por miembros de la comunidad (*principio del juicio por jurados*);
- b) en ambos casos, en orden a lograr una justicia más acabada para el caso concreto, tendrá que decidirse si conviene otorgar al justiciable uno o varios grados de conocimiento o no (*principios de única y de múltiples instancias*).

7) En cuanto a cómo habrá de dictarse la sentencia, tendrá que preverse

- a) si ella guardará correspondencia con las pretensiones de las partes (*principio de congruencia*) o si el juez será absolutamente libre en su decisión; y, para finalizar,
- b) si será o no necesario que las partes invoquen y prueben el derecho que ampara sus peticiones (*principio iura novit curiae*).

Al describir las posibles respuestas que puede dar el legislador, he mencionado la denominación que a cada una le otorga la doctrina. Si se lee atentamente cada caso y se lo compara con los demás, se advertirá que con la palabra *principios* se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras. Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proceso.

Lo que corresponde hacer en el caso es indagar la esencia misma de cada uno de estos llamados "principios" a fin de poder metodizarlos adecuadamente.

Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas diferentes: *principios*, *reglas técnicas* y *sistemas* de debate y de la actividad de sentenciar.

En mi obra *Introducción al estudio del Derecho Procesal* —cuyo texto estoy siguiendo en esta presentación— expliqué largamente qué son los *sistemas procesales* y los determiné y presenté denominándolos *dispositivo* e *inquisitivo*. Por las razones allí expuestas, creo que no cabe hablar propiamente de un *principio* respecto de cada una de estas denominaciones, máxime cuando —como es obvio de toda obviedad— que el sistema inquisitivo no pudo, no puede ni podrá nunca generar un proceso —en rigor, un *debido proceso*— por repugnar a su esencia lógica.

Para comprender el planteo del tema, corresponde ahora establecer qué se entiende y debe entenderse por *principio*: se trata simplemente de un punto de partida.

Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etc.), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de *debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad* (para descartar el uso de la fuerza) ante un *tercero* (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que *heterocompondrá el litigio* si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo *sistema*.

Así concebidos, los *principios procesales* —propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que he consignado precedentemente— son sólo cinco:

- la *igualdad* de las partes litigantes;
- la *imparcialidad* del juzgador;
- la *transitoriedad* de la serie procesal;

- la *eficacia* de la serie procedimental;
- la *moralidad* en el debate.

1) Para definir al primero, el *principio de igualdad de las partes*, debo recordar que, esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del proceso) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). El lector debe tener presente que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe *en pie de perfecta igualdad*.

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etc., y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad o contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado, pretendido, confirmado y alegado por la otra. En otras palabras: *igualdad de ocasiones de instancias de las partes*.

2) *El principio de imparcialidad del juzgador*: de tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*).

3) *El principio de transitoriedad del proceso*: nadie puede dudar de que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura bajará ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar nueva enfermedad.

Lo mismo sucede con el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo conflicto. De ahí que todo proceso deba ser necesariamente *transitorio*, significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión.

La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse varios grados de conocimiento. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juzgador.

Y esta es una directiva fundamental del sistema: toda normativa procedimental debe estar regulada en orden a lograr —y lo antes posible— la terminación del proceso, al efecto de lograr el aquietamiento de las pasiones enardecidas.

4) *El principio de eficacia de la serie procedimental*: para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecucional que lo

instrumente sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto **debe** estar constituida por un total invariable de cuatro **pasos** consecutivos e ineludibles: afirmación, negación, confirmación y evaluación.

5) *El principio de moralidad procesal*: si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa, arteria o traición. De ahí que la regla moral debe presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica.

Hasta aquí la enunciación de los *principios procesales* que instrumentan directivas *unitarias* (no admiten otras antagónicas), carácter que los diferencia de las *reglas procesales*, que siempre se presentan *binarias* y que luego describiré.

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que *un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados*.

Insisto en ello: si las partes no actúan en pie de igualdad, o si el juzgador no es imparcial, o si la actividad de procesar no tiene un punto final predeterminado, o si la serie adoptada para su desarrollo no es eficaz para efectuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento y *nunca ante un proceso*.

Ello significa que, no obstante tener la denominación de tal, su resultado no podrá ganar jamás los efectos propios del caso juzgado. A tan importante conclusión ha llegado la Suprema Corte de Justicia de Argentina al anular una *sentencia* ejecutoriada —imposible de pensar hasta ese entonces— **por haber sido emitida en una parodia de proceso** (que no respetó en el caso los dos primeros principios antes enunciados).

Veamos ahora qué son las reglas procesales. Ya he referido recién a la corriente doctrinal que denomina como *principios* a ciertas cosas que no lo son.

Hice hincapié también en que —no podrían ser de otra manera— los verdaderos principios son siempre *unitarios* (es decir, no admiten un contrario) y en que, sin su presencia efectiva, no se puede hablar seriamente de *proceso*.

Toca señalar entonces que existen otras líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma *binaria* o como *pares antinómicos*, al decir de talentoso jurista oriental.

Y es que cada una de las preguntas formuladas supra respecto del debate judicial —en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso— admite *siempre* dos respuestas antagónicas (por ejemplo: oralidad o escritura; mediación o inmediatez; etc.). Cuando el legislador opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir (existir al mismo tiempo) actitudes que se autoexcluyen (no se puede hacer y no hacer al mismo tiempo). Esto no implica que no puedan *sucederse* en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices se les asigna la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los *principios*: sin éstos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona con la incompatibilidad existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo.

De tal modo, habitualmente los componentes de cada par antinómico se corresponden con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo).

En razón de haber negado en toda mi obra el carácter de *proceso* al método de debate que se desarrolla de acuerdo con la filosofía que impera en el sistema inquisitivo, enunciaré ahora sólo las principales reglas técnicas de debate en orden a lo que universalmente se considera que es un debido proceso.

Las reglas que corresponden al tema se relacionan con el medio de expresión en el proceso (*oralidad o escritura*), con sus formalidades (*libertad o legalidad de las formas*), con su coste (*economía u onerosidad procesal*) y rapidez de solución (*celeridad o lentitud procesal*), con su publicidad (*público o secreto*), con el orden de la discusión (*preclusión o libre desenvolvimiento*), con el desarrollo de la serie (*plazos perentorios e improrrogables o no perentorios y prorrogables*), con la deducción de defensas (*concentración o dispersión*) y proposición de medios de confirmación (*eventualidad*) y la utilización de sus resultados (*inmediación o mediación; adquisición o no*), y con la presencia efectiva del juzgador durante su tramitación.

Otro tanto ocurre con las reglas propias del *juzgamiento*, que presentan características similares a las ya vistas precedentemente respecto de la actividad de procesar: siempre son *binarias* y se relacionan con distintos aspectos propios de la tarea de sentenciar: calidad (*juez técnico o lego*) y número de juzgadores (*juez unipersonal o tribunal colegiado*), cantidad de grados de conocimiento (*instancia única o múltiple y sucesiva*), evaluación de los medios de confirmación (*tarifa legal, prueba tasada o convencimiento judicial*, que puede ser *in pectore -libre convicción-* o razonado y debidamente explicado a las partes *-sana crítica-*), correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento (*congruencia o incongruencia*) y aplicación de la norma jurídica que rige el caso justiciable (*el juez suple el derecho invocado por las partes -iura novit curiae- o no*).

Todas las alternativas que surgen de los temas mencionados tienen aceptación en algún código vigente en América.

Hasta aquí he hecho una sucinta explicación de temas que deben ser conocidos en forma previa a la lectura de la tesis de Botto Oakley, quien obviamente los da por supuestos en todo su desarrollo.

Si el lector comparte las ideas de corte *garantista* desarrolladas supra, podrá fácilmente aceptar el por qué de la afirmación liminar de la tesis que contiene este libro.

Y es que a nadie puede escapar que un juez que ordena la realización de medios de prueba que no fueron ofrecidos o producidos por las partes litigantes está supliendo una inactividad imputable a alguna de ellas. Y parece claro que, puesto en tal tarea, el juzgador-probador pierde imparcialidad y rompe el exacto equilibrio que exige el mantenimiento de la igualdad procesal.

Precisamente para evitar ello es que la doctrina elaboró —con fenomenal esfuerzo— el concepto de la *carga de la prueba*, tema al que luego me referiré.

Pero antes de continuar conviene reiterar las ideas ya expuestas: el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (ítero que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado —luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados— convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí, y sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos, a quién le incumbía hacerlo.

De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación –o prueba– acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado. A este efecto, decía *non liquet* –no lo veo claro– y, por ello, se abstenía de emitir sentencia.

Dado que la permanencia del litigio flotando en el tiempo conspira severamente contra la convivencia pacífica de los hombres, fue menester crear ciertas reglas de juzgamiento que posibilitaran el dictado de una sentencia definitiva aun para los casos en los que no hubiera norma preexistente para aplicar o no hubiesen hechos suficientemente acreditados para el juzgador.

A los problemas generados por la carencia normativa le pusieron coto todas las legislaciones del mundo que derivan del sistema romano. Así, por ejemplo, el Código Civil argentino expresa en su art. 15 que:

“los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de silencio o insuficiencia de las leyes”,

agregando en el art. 16 que:

“si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún fuere dudosa la cuestión, se resolverá por los principios generales del derecho, teniéndose en cuenta las circunstancias del caso”.

Pero ningún código civil –al menos los del siglo tras **pasado**– dio solución a la carencia de hechos o, mejor aún, a la carencia de prueba acerca de los hechos afirmados.

Para solucionar el problema, se generaron desde muy **antiguo** las reglas del *onus probandi* que fueron variando con **el transcurso** de los tiempos para ajustar las soluciones **legales** o jurisprudenciales con la posibilidad fáctica del probar.

Y hoy se dice clara y brevemente que le incumbe la carga de la prueba:

- 1) a quien alega la existencia de un *hecho constitutivo* de la obligación cuyo cumplimiento se demanda, o
- 2) a quien alega un *hecho extintivo* del hecho constitutivo (que, por tal razón, no requiere ya ser probado), o
- 3) a quien alega un *hecho invalidativo* del hecho extintivo (que, por tal razón, no requiere ya ser probado) o
- 4) a quien alega la existencia un *hecho convalidativo* del hecho invalidativo (que, por tal razón, no requiere ya ser probado) o
- 5) a quien alega un simple *hecho impeditivo* del curso procedimental de la demanda.

Advierta el lector que, conforme con lo recién expresado, siempre hay una sola parte con la carga de probar cada hecho en concreto.

Y esto, más allá de que muestra a cada litigante cómo debe manejarse en el desarrollo del proceso, constituye una clara *regla de juzgamiento* dirigida específicamente al juzgador para que sepa cómo resolver el caso justiciable cuando hay carencia de prueba respecto de algún hecho afirmado por una de las partes.

La pregunta que todo juez debe hacerse entonces al momento de sentenciar y encontrarse con ausencia de pruebas suficientes para lograr su convicción es: *en orden al tipo de hecho controvertido, ¿quién debía haberlo probado?*

La respuesta es definitiva del tema: quien debió probar y no lo hizo es quien pierde el litigio. Así de simple.

Por supuesto esto no lo acepta el juzgador inmerso en un sistema autoritario que acostumbra a meterse él mismo en el propio conflicto de las partes so pretexto de indagar la verdad de lo acontecido en la realidad de la vida. Y esta actitud es la que genera la *prueba oficiosa* (o medidas para mejor resolver) que, así, viene a terminar con todas las reglas de la carga probatoria.

Ahora sí creo que el lector puede ver claramente la importancia del tema de la tesis de Botto Oakley quien se encarga de explicar en su *Presentación* el método utilizado en la demostración de su audaz afirmación.

Me consta que el trabajo ha sido hecho a conciencia y con valentía, pues inserta en el medio jurídico de Chile un tema novedoso, que, a más de ser naturalmente polémico y precisamente por ello, puede generar que se acepten las ideas de Botto Oakley y de que las sigan quienes son defensores de la libertad en todo terreno y reacios a aceptar autoritarismos de cualquier signo.

Para ello hago mis mejores votos.

Adolfo Alvarado Velloso