

La tutela diferenciada y el garantismo procesal: tensiones, refutaciones y propuestas para un equilibrio^{1*}

Differentiated Procedural Protection and Procedural Guarantees Doctrine: Tensions, Refutations, and Proposals for Balance

PABLO MARTÍNEZ ZÚÑIGA^{2,3} 

RESUMEN

Todo marco normativo, especialmente en el plano procesal, debe respetar las garantías fundamentales que le permiten superar un nivel de legitimación racional. En este sentido, la corriente liberal del derecho procesal civil ha denunciado amenazas al derecho a defensa, al contradictorio y a la imparcialidad judicial en el uso de estas técnicas. En el complejo problema que representa la ecuación eficiencia-garantía, este trabajo pretende analizar las críticas a la tutela diferenciada y proponer, en su refutación, un equilibrio que permita armonizar concepciones sobre el proceso centradas en la materialización de los derechos, con aquéllas que realzan la importancia del respeto a las garantías del proceso como cánula de legitimación racional para dicha realización.

Palabras claves: Tutela procesal diferenciada, tutela judicial efectiva, garantismo procesal, debido proceso, procedimiento racional y justo.

ABSTRACT

Every regulatory framework, especially in the procedural domain, must respect the fundamental guarantees that enable it to surpass a minimum threshold of rational legitimacy. In this regard, the liberal strand of civil procedural law has raised concerns about threats to the right of defense, adversarial proceedings, and judicial impartiality in the application of certain techniques. Faced with the complex challenge posed by the efficiency-guarantee equation, this article aims to analyze the criticisms directed at differentiated procedural protection and, in response, propose

¹ El presente trabajo ha sido realizado con el patrocinio otorgado por la Universidad Católica del Norte, a través de un convenio celebrado entre ésta y su Facultad de Ciencias Jurídicas, oficializado mediante decreto 110/2023, de fecha 25 de agosto de 2023.

² Pablo Andrés Martínez Zúñiga, hace presente que el artículo presentado es una versión del segundo capítulo de la tesis doctoral del autor, denominada “La tutela procesal diferenciada: análisis teórico, normativo y casuístico del procedimiento de tutela laboral chileno”, defendida y aprobada con fecha 10 de octubre de 2023, en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina. Disponible en: <https://rii.austral.edu.ar/handle/123456789/2316>.

³ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la U. de Concepción, Doctor en Derecho, U. Austral, Argentina, Profesor de Derecho Procesal de la U. Católica del Norte, Coquimbo, Chile. Correo: pablo.martinez@ucn.cl



a balanced approach that harmonizes conceptions of the process focused on the realization of rights with those that emphasize the importance of procedural guarantees as a channel of rational legitimacy for such realization.

Keywords: Differentiated Procedural Protection, Effective Judicial Protection, Procedural Guarantee, Due Process, Rational and Fair Procedure.

1. Introducción

En el marco del Estado de Derecho Constitucional, el diseño de estructuras procesales diferenciadas respecto del proceso declarativo clásico ha adquirido creciente relevancia como herramienta de protección reforzada para derechos de corte no patrimonial. Sin embargo, su implementación ha generado tensiones con las garantías clásicas del debido proceso, especialmente desde la óptica del garantismo o liberalismo procesal civil.

Este artículo propone analizar críticamente dichas tensiones, sistematizar las objeciones doctrinales más relevantes y ofrecer alternativas de compatibilidad que permitan un equilibrio entre eficiencia y legitimidad en cuanto al cumplimiento de los estándares elementales de la equidad procesal.

¿Es posible compatibilizar las técnicas de tutela jurisdiccional diferenciada con las garantías esenciales del proceso justo?

Para responderla, nos avocaremos a la tarea de i) describir el fenómeno normativo y doctrinal de la tutela diferenciada, ii) sistematizar las principales críticas desde el garantismo procesal civil, y iii) proponer interpretaciones que permitan una aplicación legítima y proporcional de estas técnicas. El trabajo busca ser una contribución al ofrecer una sistematización teórica y normativa que permita superar el dilema clásico entre eficiencia y garantías, aportando a la discusión procesal contemporánea desde una perspectiva integradora.

2. Antecedentes doctrinales: ¿Qué es la tutela procesal diferenciada?

Se trata de una expresión “altamente equívoca” (Proto, 2014b, pp. 169), marcada por su vaguedad y utilizada en el derecho comparado para manifestar un sinnúmero de fenómenos procesales que se ubican más allá de lo cautelar, y que tanto a la doctrina como a la jurisprudencia les es difícil describir y categorizar.

Mauro Cappelletti es quien utilizó por primera vez la expresión, específicamente para referirse a su fundamento: la necesidad de establecer una “eficaz garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales y, por tanto, diferenciada o, mejor dicho, adecuada a la naturaleza peculiar de tales derechos” (Cappelletti, 2010, p. 21).

Durante la década de los setenta, a través de Andrea Proto, es que alcanza revuelo en la doctrina contemporánea. La tutela jurisdiccional diferenciada (en adelante, TJD), nace a propósito de una publicación en *Il foro italiano*, en septiembre de 1973, con motivo de un acontecimiento trascendental en Italia: la separación de las controversias laborales del proceso civil común (Proto, 1973, pp. 205 y ss.).

El objetivo inicial de esta teorización fue combatir, por medio de esquemas, estructuras o técnicas procesales aisladas, la mora procesal y/o la falta de tempestividad de la protección jurisdiccional, en relación con los derechos subjetivos de corte no patrimonial.

El Estado de Derecho Constitucional y su arremetida trajeron consigo la idea de una potestad jurisdiccional con fines tuitivos basados en una relectura de la igualdad procesal que excede lo formal. Se revisaron conceptos decimonónicos asentados como la igualdad ante la ley, para entender que no se trata de un concepto absoluto, y que era tiempo de reconocer diferencia donde la hay. La igualdad debe ser para los iguales y la diferencia para quienes se encuentren razonablemente en una situación de diferencia (Nogueira, 2006, pp. 71-72).

Estas ideas impactaron decididamente en el plano procesal y en la concepción también liberal que se tiene del proceso civil. En efecto, frente a este tema, una pregunta común es ¿diferenciadas respecto de qué? Precisamente respecto de la existencia de un procedimiento común y neutro (Marinoni, 2019, p. RB-3.1) que pueda servir para sustanciar controversias de toda índole. Luego, al observar sus notas esenciales, veremos que la tutela procesal diferenciada enarbola un distanciamiento de dichas formas clásicas, tanto orgánicas como funcionales.

Una idea clave es la reivindicación de la conexión norma procesal y norma material (Taruffo, 2017, p. 13). Para ello, es que el conjunto de técnicas, herramientas o vías procesales que se articulen en torno a la prosecución de esta finalidad tuitiva no es baladí. Impacta directamente sobre la efectividad de realización de los derechos, cuestión prometida (expresamente o de manera inductiva) por los constituyentes contemporáneos, a propósito de los fines del sistema de justicia. Para Proto:

No existe una forma de tutela jurisdiccional, un proceso único (...) existen una serie de múltiples y articuladas formas de tutela jurisdiccional, de procedimientos dirigidos a garantizar las diversas situaciones de derecho sustancial cuya necesidad de tutela ha surgido progresivamente y ha logrado ser reconocida a nivel político a través de la historia (2014a, p. 87).

Por ello, cuando se habla de tutelas diferenciadas en plural, se está aludiendo generalmente a las técnicas o medios articulados, para en conjunto intensificar las posibilidades de efectividad, considerando la especial calificación de los derechos en juego. Sin embargo, es común que se confunda a la técnica procesal con la tutela judicial, como si el medio y el resultado fuesen identificables (Marinoni, 2017, p. 53).

Las ideas de Proto llegan a Latinoamérica principalmente por medio de la doctrina brasileña; muestra de ello, es la reforma del Código Procesal Civil brasileño del año 2015, donde se plasman instituciones paradigmáticas como la técnica anticipatoria, de urgencia y preventiva.

Se han sumado a este movimiento, parte de la doctrina procesal en Perú y Argentina, no solo a nivel dogmático, sino también alcanzando reformas normativas vigentes. En Chile no existe desarrollo integral sobre este tipo de técnicas con esa denominación orgánica y funcional, aunque sí existen trabajos de manera parcelada sobre tutela anticipatoria y monitoria (Romero, 2014, p. 64).

2.1. Notas esenciales de la tutela diferenciada

La tutela jurisdiccional diferenciada, en la concepción de Peyrano, se configura como una estructura procesal excepcional y autónoma, diseñada para responder a urgencias apremiantes o a la singularidad del derecho material invocado, que otorga al órgano jurisdiccional facultades atípicas o especiales y al demandante un trato racionalmente preferente, bajo el resguardo proporcional del debido proceso (2009, p. 22). Aunque su categorización definitiva aún se encuentra en desarrollo, su existencia normativa y aplicación en la práctica es manifiesta. Berizonce complementa esta visión señalando que tales estructuras combinan elementos orgánico-funcionales con técnicas procesales flexibles y sumarias, orientadas a la

celeridad, gratuidad, colaboración y al fortalecimiento del rol judicial, incorporando mecanismos como la carga dinámica de la prueba, lenguaje claro en las sentencias y una marcada atenuación del formalismo, entre otras (2018, pp. 835 y ss.).

Como es posible ir apuntando, pueden trazarse algunos elementos comunes que permiten proponer un *test* de verificación para pasar por él a determinados conjuntos de técnicas orgánico-funcionales y procesales dispuestas por el legislador para la tutela de derechos sensibles (Berizonce, 2018, pp. 835 y ss.).

Los tres primeros rasgos que no pueden faltar en un andamiaje procesal diferenciado son: a) la existencia de una estructura o diseño procedimental con una intencionalidad o propósito, b) la sustanciación a través de este diseño procedimental de una pretensión autónoma de tutela de derechos no patrimoniales o de función prevalentemente no patrimonial y c) la dotación en esta estructura procedimental de técnicas que se apartan de los enclaves del procedimiento de cognición ordinaria de matriz decimonónica y que intensifican los poderes y deberes del juez de primer grado.

Por su parte, en el elemento general relativo al uso o dotación de técnicas procesales que se apartan de los enclaves referidos, encontramos submanifestaciones que pueden estar ausentes, pero siguiendo a Peyrano, debemos estar en presencia al menos de una pluralidad de algunos de estos elementos —más de dos— para que podamos seriamente hablar de un andamiaje diferenciado (2008, p. 233).

Mientras más elementos concurren funcional y orgánicamente, mayor intensidad en la diferenciación: i) la disposición orgánica y administrativa de jueces especializados para la protección de los derechos objeto de este tipo de tutelas, ii) una ampliación de la legitimación para acceder al proceso concreto, iii) un articulado de técnicas de cognición sumarial no cautelares: encontrándose entre las más comunes las técnicas de urgencia, anticipatoria, la tutela preventiva y la inhibitoria o de remoción del ilícito, iv) elementos de flexibilidad probatoria, como la introducción de presunciones o indicios o alteración de las reglas clásicas de *onus probandi*, v) la disposición reforzada, antes o durante el proceso, de mecanismos colaborativos, vi) la flexibilidad del principio de congruencia que se materializa por vía de la tutela preventiva o conminatoria (Pérez, 2001, p. 204) (astreintes y las sentencias mandamentales), vii) la estabilidad de la cosa juzgada provocada por la sentencia de mérito que extinga el proceso y viii) las técnicas procesales que priorizan el cumplimiento, como la ejecución provisional y las técnicas monitorias.

Las tutelas procesales diferenciadas nacen, recordemos, teóricamente sobre el eje de la idoneidad instrumental y material (Priori, 2014, pp. 158 y 159), que a su vez se desprende del valor de la efectividad procesal. En tal sentido, este es el criterio que debe primar a la hora de evaluar o ponderar críticamente el tejido normativo y su implementación (Marinoni, 2015, p. 68).

Considerando las notas descritas, ya es posible identificar procedimientos que las contienen, y que se implementaron para efectos de sustanciar requerimientos de protección judicial sobre derechos no patrimoniales o de función prevalentemente no patrimonial, tramitados ante tribunales ordinarios de justicia chilenos.

Solo a modo ejemplificativo, por ser de sustanciación ante la jurisdicción ordinaria, y por el tipo de derechos comprometidos en ellos, podríamos mencionar: i) la acción de protección de derechos fundamentales genérica, prevista y descrita en el artículo 20 de la CPR de Chile, y cuya reglamentación procedimental se encuentra pormenorizada mediante normas económicas (autos acordados) emanadas de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en el Acta 94-2015 del 28 de agosto de 2015; ii) el procedimiento especial denominado “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños,

niñas y adolescentes”, previsto y regulado entre los artículos 68 a 80 bis de la Ley 19.968 de agosto de 2004 que crea los Tribunales de Familia; iii) el procedimiento de tutela laboral, para la protección de derechos fundamentales del trabajador, contenido en el Código del Trabajo chileno, específicamente entre los artículos 485 al 495, en el Libro V de dicho código, reformado el año 2007; iv) el “Procedimiento antidiscriminación (Ley Zamudio)”, creado por la Ley 20.609 contra medidas arbitrarias de discriminación publicada el 24 de julio de 2012; v) el procedimiento de habeas data, establecido para la protección de los datos personales y la vida privada, Ley 19.628 de agosto de 1999, entre otros.

Sin duda no se trata de una enumeración que agote todos los procedimientos sobre este tipo de materias, sino de una muestra inmediata y sencilla de andamiajes procesales con síntomas claros de tutela diferenciada.

Declaramos desde ya que el procedimiento de tutela laboral representa una de las estructuras donde es posible encontrar la mayor cantidad de elementos diferenciadores. Por ello, es que durante lo que resta del trabajo, los ejemplos de este juicio serán recurrentes. Además, desde ahí es desde donde se han construido en gran parte las críticas.

Las necesidades de aceleración, repartición equitativa del tiempo procesal, reconocimiento de las dificultades materiales para acceder a fuentes de prueba, la ampliación del acceso al proceso judicial, entre otras, encuentran férreos detractores.

2.2. Las garantías del proceso justo

Nuestro órgano constituyente, en acto de voluntad, decidió no consagrar ni la expresión *debido proceso* ni menos establecer el contenido de la cláusula, so pretexto de evitar problemas interpretativos.⁴

Adoptaremos desde ya un *nomen iuris* más cercano al sistema continental (González, 2013, pp. 207 y 208), y no una traducción literal del *due process of law*, pero si funcional a su real significación de equidad procedimental: el proceso justo (Mitidiero, 2016, pp. 121 y ss.).

Es posible advertir tres escalones respecto de este concepto: a) El del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) La creación del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y c) El desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución (Gozaíni, 2017, p. 20). El esfuerzo se concentrará particularmente sobre la categoría signada con la letra “b”.

En cuanto a su contenido concreto, existen esfuerzos por develarlo desde la necesidad de integración de las normas de la Constitución de 1980, específicamente del artículo 19, numeral 3.º. Para ello, es común una integración de fuentes respecto de la segunda parte del inciso sexto del artículo referido más arriba.

Esta integración conjuga normas jurídicas internacionales, jurisprudencia de cortes superiores de justicia (particularmente del Tribunal Constitucional) y trabajos dogmáticos.

A efectos del análisis de las garantías que pueden verse tensionadas por las técnicas diferenciadas en particular o por la estructura procesal en general, optaremos, por su higiene analítica, por la visión minimalista y

⁴ Actas número 101, 102 y 103. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Constitución Política de la República. Sesión 100ª, 30 de diciembre de 1974, III.

unitaria de Carbonell y Letelier. En este sentido, el contenido esencial mínimo a considerar en todo proceso, entre nosotros, se reduce a: 1) Derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley y competente; 2) Derecho a un proceso previo legalmente tramitado; 3) Derecho a un proceso público; 4) Derecho a la defensa: en su faz de defensa técnica (asistencia letrada) y gratuita y de defensa material, que en la especie comprendería: el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable; a formular alegaciones; a ofrecer y rendir prueba; a contradecir alegaciones y pruebas y a una sentencia motivada (2021, pp. 347 y ss.).

Dejemos apuntado desde ya que, pese a existir visiones más estáticas para este conjunto de garantías, tanto la doctrina procesal como la constitucional han hecho presente que el contenido del proceso justo tiene notas que lo caracterizan y definen claramente, además de su complejidad: su carácter evolutivo (Duce *et al.*, 2008, p. 19 y p. 26) y su nota de proporcionalidad (González, 2013, p. 231) que admite distintos “grados de aplicación” (Duce *et al.*, 2008, p. 21).

Dicho de otra manera, el contenido puede ir variando conforme a la cadencia de la evolución jurídica y judicial de un determinado lugar, pues no se trata de garantías absolutas ni rígidas.

Como veremos más adelante, las principales denuncias de tensiones se producen a propósito de la imparcialidad judicial, el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, formular alegaciones y el derecho de contradicción.

3. Las tensiones entre las tutelas diferenciadas y las garantías del proceso justo

En el año 2006, un grupo de profesores de Derecho Procesal de España, Italia, Argentina y Portugal, suscribieron una moción sosteniendo las características propias de un auténtico proceso liberal respetuoso de los derechos de las partes (Hunter, 2020, p. 87). Este núcleo se forma y se consolida con el tiempo, mostrándose crítico a las posturas contemporáneas de la disciplina.

Garantismo procesal (civil) en Latinoamérica (Gozáini, 2002, p. 6), revisionismo en Italia (Cipriani, 2006, pp. 51 y ss.), dispositivismo procesal (González, 2012, pp. 281 y ss.), o simplemente liberalismo procesal, son algunas de las denominaciones que intentan incardinar esta corriente de pensamiento. Dentro de esta filiación dogmática se encuentra en un lugar privilegiado el estudio del debido proceso y su origen, la necesaria coherencia con la primacía de la Constitución y, por tanto, una vigorizada —y rígida— concepción de las garantías procesales que derivan de este binomio categorial y su aplicación.

En el caso del garantismo latinoamericano, sus bases *iustificadas* declaradas se han declarado en el garantismo procesal de Luigi Ferrajoli, específicamente entre los postulados de su obra *Derecho y Razón*. Especialmente en la idea matriz de que el proceso todo es una garantía de resistencia del ciudadano contra el poder estatal, personificado en el caso de la administración de justicia: el juez (Alvarado, 2003, p. 302).

Es posible encontrar los siguientes lineamientos comunes en las ideas garantistas civiles (Gozáini, 2002, p. 14): i) una base dialéctica y privatista en la construcción del concepto de proceso, basada en la serie lógica inamovible y estática compuesta por afirmación -negación - confirmación - alegación (Alvarado, 2009, 164); ii) la consagración del principio dispositivo como principio rector; iii) la necesidad de una perfecta igualdad procesal de las partes, o “sentido estático de la igualdad” (Sirangelo de Abreu, 2015, p. 27); iv) la reivindicación e idealización del procedimiento de cognición lata de raíz decimonónica, en Chile —aún— vigente desde 1902 en el Código de Procedimiento Civil y conocido como “Juicio ordinario

de mayor cuantía”; v) la concepción estática y absoluta de las garantías del proceso justo, inamovible de sus propios principios de igualdad (formal) de las partes litigantes, imparcialidad del juzgador —en términos objetivos y subjetivos— e *imparcialidad*, la transitoriedad de la serie procesal, la eficacia de la serie procedimental y la moralidad en el debate (Botto, 2004, p. 24); vi) la reducción —o neutralización— de las potestades judiciales oficiosas para evitar el “autoritarismo y/o activismo judicial” (Gozáini, 2002, p. 6); y vii) una visión sin grises de dos sistemas contrapuestos e incompatibles: dispositivo-inquisitivo. En palabras de Alvarado: como “pares antinómicos” (Botto, 2004, p. 27).

No es posible encontrar directamente críticas al entramado orgánico-funcional que podría revestir una TJD, principalmente por su germinal desarrollo como categoría autónoma. No obstante, es posible encontrar cuestionamientos a sus fines y, por cierto, a las específicas técnicas utilizadas en determinados andamiajes procesales inspirados por esta función protectora del proceso.

3.1. Tensiones denunciadas en relación con los fines que persiguen

La tutela jurisdiccional diferenciada (TJD) tiene su fundamento más importante en el fenómeno de publicación del proceso civil. En un paso siguiente, en la articulación de técnicas para la protección de derechos fundamentales basadas en el valor justicia y en el principio de igualdad material.

Una de las primeras polémicas que se anudó sobre el punto, fue aquella formulada por el jurista italiano Gianni Verde, quien formuló críticas sobre la inconveniencia de situaciones de privilegios que pudieran extenderse fuera de los confines necesarios para los cuales son creadas las TJD (Proto, 2014a, p. 190), la protección de derechos de corte no patrimonial. No es un misterio la indeterminación y porosidad de las normas sobre derechos fundamentales, ello repercutiría directamente sobre la expansión de privilegios que, excediendo los límites de su *theos*, harían a la TJD rozar la inconstitucionalidad. Este argumento se reitera entre nosotros, por ejemplo, cuando se ha analizado la técnica anticipatoria para el proceso civil y su expansión, señalándose que debe mantenerse siempre como un mecanismo excepcional (Pozo, 2013, p. 189).

Ahora, en concreto sobre la función social del proceso, como paso siguiente a la publicación, se le ha criticado en cuanto a pretender ser instrumento para alcanzar la justicia del caso concreto. Incluso se ha llegado a postular que esta afirmación es también un mito del cual se descuelgan otros mitos como la buena fe y la técnica procesal. Serían conceptos serviles simplemente a una idea autoritaria de la concepción del Estado y jurisdicción (Montero, 2006, p. 308).

El argumento más importante en este apartado se centra en que dicha posición esconde una concepción ideológica eminentemente amplificadora de la autoridad estatal en desmedro de los derechos individuales de los justiciables, que tienen ahora más deberes que derechos (Montero, 2006, p. 337). Estos postulados se apoyarían en dos cuestiones básicas: a) en la competencia exclusiva del legislador para el pronunciamiento de reglas técnico-procesales, cuya modalidad es potestad de dicha función; y b) viene precedida de un esfuerzo científico o una elaboración teórica importante para legitimar dichas reglas técnico-procesales, pero que en realidad se puede reducir simplemente a la idea de que, siendo una decisión política: crece el juez, crece el Estado (Montero, 2006, p. 329).

Hay que sumarle una cuestión importante: la concepción de justicia. Aunque no se menciona de forma directa, está detrás de las críticas al fin social del proceso y de la jurisdicción, la idea de que depositar la confianza sobre la materialización de este valor en el ordenamiento jurídico no excluye los problemas derivados de su inherente subjetividad (ergo la pérdida de imparcialidad) (Montero, 2006, p. 161).

En Chile, a propósito de las estructuras procesales diferenciadas dispuestas por el legislador procesal laboral, por ejemplo, se ha criticado en idéntico sentido. Desde el momento de la entrada en vigor de la reforma procesal del trabajo, parte de la doctrina le ha criticado duramente, señalando incluso que íbamos de camino hacia “la jurisdicción sin proceso” (Palavecino, 2011, p. 27) y que el capítulo V del Código del Trabajo contiene un modelo de juez “altamente invasivo de las garantías procesales, como el derecho a defensa, por ejemplo” (Ruay, 2017, p. 106), llegando algunos incluso a comparar este modelo judicial con la inquisición eclesiástica (Palavecino, 2011, p. 20).

En síntesis, las tutelas procesales que apuntan a la materialización del valor justicia, que se inspiran en reconocer la desigualdad previa al proceso, suponen una vigorización de la figura estatal que atenta directamente contra los derechos individuales de las partes, y por ende contra la legitimidad democrática de este tipo de esquemas procedimentales, poniendo en riesgo el desinterés objetivo y subjetivo de que debe estar revestido el juzgador (Montero, 2019, p. 160).

3.2. Tensiones en lo particular

De la diversidad de cuestiones que se plantean, intentaremos develar la agrupación bajo determinados contenidos comunes. Encontramos un fuerte cuestionamiento a la alteración de la serie lógica que se propone para el proceso y a las potestades probatorias oficiosas. En una menor intensidad aparecen los cuestionamientos a las potestades cautelares, a su indeterminación, a la colaboración y buena fe procesal y al juzgamiento por verosimilitud. En todas ellas se denuncia como nudo esencial, un problema con las garantías procesales más arriba descritas, especialmente la imparcialidad judicial, el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, a formular alegaciones y el derecho a contradecir alegaciones y pruebas.

3.2.1. Tensiones que provocan las técnicas de cognición sumarial no cautelares

Este tipo de técnicas diferenciadas, cuya fuente histórica en general se atribuye al famoso artículo 700 del Código de Procedimiento Civil italiano, supondrían un grave problema al considerarse una amplificación errónea o una desnaturalización de las medidas cautelares y sus elementos esenciales.

En efecto, al intentar encuadrarse dentro de la naturaleza cautelar, cuestión frecuente en el ordenamiento chileno, se extraña en su concesión el estándar de *periculum* en mora y sobre todo la falta de instrumentalidad que supone toda resolución cautelar. La falta de instrumentalidad, al no existir un proceso pendiente, haría que la medida sea derechamente inconstitucional, considerando la excepcionalidad de la tutela cautelar, que en este caso se desconfigura y termina estabilizando la decisión, transformando lo provisional en definitivo (Cipriani, 2005, pp. 53-62).

En lo referente a la cautela, se ha dicho que representa una vulneración directa al principio de juridicidad (Ruay, 2015, pp. 441-480), en clave de nuestra lectura constitucional, al racional y justo procedimiento.

El fundamento por excelencia es esta eventual transgresión por parte del juez de sus funciones jurisdiccionales, que lo transforman en creador de normas jurídicas, mediante cautelares innominadas o figuras atípicas de tutela cautelar (Alvarado, 2008, p. 186).

Cuando el autor mencionado hace referencia a *potestades atípicas*, se está refiriendo expresamente a técnicas diferenciadas que la doctrina ya hace rato ha incardinado fuera de la tutela cautelar como técnicas sumariales de corte no cautelar.

Las críticas rigen también para las potestades probatorias, que veremos a continuación, donde las tensiones parecen agudizarse. En el fondo, para toda ampliación de potestades judiciales, sea de dirección material o de dirección formal (Hunter, 2020, p. 93).

Caben en este grupo también todas las críticas a las manifestaciones propias de la tutela de urgencia y, en general, a toda técnica basada en la celeridad o eficiencia por situaciones apremiantes. Se cuestiona el hecho de que este tipo de medidas tornen la decisión judicial en una decisión no precedida de diálogo. Ello se explica porque en las manifestaciones positivas se permite generalmente al juez del caso, tomar la decisión sin oír al afectado por la resolución judicial. Ello implicaría una flagrante contradicción, alterando la legitimidad de la decisión al transformarla en mero procedimiento y no en proceso (Calvinho, 2018, p. 186).

El garantismo procesal no admite el carácter eventual del contradictorio, se opone a la idea de que el derecho a ser oído pueda ser diseñado en modalidad recursiva. No es lo mismo recurrir que contestar o refutar una petición judicial. En el primer caso, la situación ya está decidida judicialmente y no se litiga contra un adversario en idéntica posición, sino ante un juez. En el segundo caso, la decisión está pendiente y se está todavía litigando contra un legítimo contradictor (Alvarado, 2008, p. 206).

En Chile se ha dicho que este tipo de técnicas están revestidas de un fuerte componente utilitarista, que deja entregada la decisión judicial a la información proporcionada por un solo sujeto (el actor) y, en base a ello, se afectan bienes jurídicos ajenos con un porcentaje de error que quedaría entregado a la probabilidad, cuestión per se cuestionable por los profundos efectos que estas técnicas pueden generar en el demandado (Romero, 2014, p. 65).

Por las razones antedichas, considerando la inspiración dialéctica que se propone del proceso judicial entre los detractores, se plantea mantener a máxima raya posible la dictación de este tipo de medidas, y, en caso de ser estrictamente necesarias, se apliquen siempre soluciones que impliquen la concesión de un contradictorio por mínimo que sea, suspendiendo los efectos de la resolución en tanto no se haya escuchado al contradictor afectado por esa resolución judicial (Pozo, 2013, p. 187).

3.2.2. Tensiones respecto del juzgamiento por verosimilitud

Se ha denunciado también que las TJD, por mera aceleración, permiten la adopción de ciertas resoluciones judiciales que tienen injerencia sobre el patrimonio ajeno, con información insuficiente, y que ante la falta de un proceso principal al que sirvan, se estaría prejuzgando en vez de formarse realmente convicción judicial.

En este sentido, se denuncia afectación al derecho a defensa en su faz material, pues ante la alteración de la serie —afirmación, prueba y luego decisión— se abandonan las posibilidades de defensa real del demandado (Alvarado, 2008, p. 205).

El juzgamiento por verosimilitud se identifica por los opositores a estas técnicas, como un verdadero prejuzgamiento, que pone al tribunal en una posición de *parte* luego del pronunciamiento anticipatorio, de urgencia, sumarial o provisional, que le impide continuar conociendo de la cuestión definitiva. Esta pérdida de imparcialidad se ha propuesto incluso ser corregida por la operatividad de dos jueces, uno para resoluciones que se adopten mediante verosimilitud y otro para los juzgamientos por alta cognición (Pozo, 2013, p. 195).

3.2.3. *Tensiones que provocan las potestades probatorias de oficio*

Este tópico es sin dudas el más polémico. La mayor parte de la doctrina garantista civil se ha opuesto activa y teóricamente a la consagración de normas jurídicas que permitan al juez controlar o delimitar tanto la configuración del objeto de la discusión, como la introducción de prueba por vía oficial. El argumento principal radica en que la prueba de oficio supone necesariamente una transgresión de la garantía de imparcialidad, en su faz subjetiva. Lo que Alvarado puntualiza como *imparcialidad* (2003, p. 256) es en esencia lo mismo, la calidad de tercero del juez en relación con el interés perseguido en juicio por los sujetos procesales partes.

Dice el revisionismo que hay compromiso con el interés de una de las partes y, por tanto, “desigualdad” de armas, en el caso de la prueba de oficio, puesto que se trata de normas que permiten solventar la insuficiencia probatoria de una de las partes en el caso en que aquella no haya podido o, simplemente, no haya querido, descargar prueba sobre un hecho fijado como necesitado de prueba dentro del juicio.

En este caso, el juez desciende de su posición de tercero y se ubica junto al litigante que, por la razón que sea, carece de prueba necesaria para acreditar en juicio hechos controvertidos. Esta posición judicial, junto al litigante que no levantó carga de prueba, vulnera la *imparcialidad*, y supone un compromiso con el interés, ayudándolo a obtener sentencia congruente con ese interés (Pinochet, 2019, p. 72). Es imposible, por ende, que el juez mantenga su desinterés o imparcialidad cuando actúa en tal sentido (aunque sea autorizado por ley), pues está vulnerando la perfecta igualdad en que se deben encontrar los sujetos procesales, como condición de un debate que constituye la esencia del proceso mismo (Pinochet, 2019, p. 73).

Para el revisionismo, este tipo de potestades convierten al juez en el instructor de un proceso inquisitivo, en que acusa, prueba y juzga. Ello es incompatible con los derechos básicos de la persona humana (Calvinho, 2018, p. 176).

3.2.4. *Tensiones en cuanto a la flexibilidad de la congruencia procesal*

El núcleo fundamental de la crítica es su tensión con el derecho de defensa en juicio —material y formal— y específicamente con el sometimiento del juez concreto al derecho, vulnerado por medio de una transgresión al objeto de discusión, de la cuestión u objeto pedido (Ruay, 2017, p. 163).

La tensión se produciría porque la regulación amplificada de potestades, sin tipificación de las medidas reparativas, pone al juez en la imposibilidad de dictar aquello que es contrario al debate de instancia. Si lo hace, está traspasando el dispositivo y ello es sinónimo de vulneración grave al contradictorio y al proceso justo. No es posible contradecir aquella parte de la sentencia que queda enteramente entregada a la discrecionalidad judicial.

3.2.5. *Tensiones en la consagración del principio de colaboración*

La consagración del principio de buena fe procesal y/o la intensificación de la colaboración, y de conductas colaborativas, afectaría en concreto la *imparcialidad* y el derecho a defensa (particularmente en cuanto a igualdad de armas y contradictorio).

El nudo principal denunciado tiene fuentes históricas. La creación de deberes de comportamiento o moralidad denota un tinte moral y totalitarista que afecta el derecho a la libertad de los particulares. En este sentido, siguiendo a Montero, estaríamos:

En la esencia del autoritarismo, en la que el ciudadano no tiene verdaderos derechos frente al Estado, sino deberes, y en la que el juez tratará a ese ciudadano como un menor de edad intelectual, de modo que todo lo que haga para defender su interés serán artimañas. Recuérdense los intentos nazis y socialistas de reducir el proceso civil a mera jurisdicción voluntaria (2006, p. 160).

Se ha postulado, incluso, que el juez debería abstenerse de aplicar las reglas que se desprenden de este principio, como ocurre a propósito del deber de decir verdad, o del deber de comparecencia de la parte a declarar, que hace aplicable el apercibimiento del artículo 453, numeral 3°, del Código del Trabajo, teniendo por probadas las alegaciones hechas por la parte contraria y que digan relación con esta prueba (Ruay, 2014, p. 102).

En cuanto a la tensión con la *imparcialidad* y el derecho de defensa, el juzgador nuevamente desciende y se ubica en posición de parte cuando arbitrariamente aplica reglas de moralidad en el debate, favoreciendo injustificadamente a uno de los litigantes. Ello, afecta la *igualdad perfecta* necesaria de la serie procedimental y pone al juzgador en situación clara de transgresión a su nota esencial de desinterés subjetivo.

3.2.6. Tensiones en cuanto a la ampliación de la legitimación procesal (activa)

Las tensiones en este sentido provienen desde el principio dispositivo. Es lógico, bajo esta concepción, identificar la iniciativa particular como la única forma de promover la actividad judicial. De hecho, en la norma chilena es lo que ocurre por regla general. Nuestra legislación orgánica contempla —y así se enseña desde hace décadas— la preponderancia del principio de pasividad judicial, conforme al artículo 10, inciso primero, del Código Orgánico de Tribunales.

Las tensiones se agudizan, entonces, con procedimientos como el previsto para la sustanciación de pretensiones por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, considerando que contempla la inclusión de órganos del Estado llamados por ley a efectuar las denuncias pertinentes, como la Inspección del Trabajo e incluso a organizaciones sindicales para practicar la denuncia o apoyar la pretensión del denunciante como tercero coadyuvante (artículo 486 del Código del Trabajo).

Al respecto, se ha llegado a postular que dicha ampliación de legitimación constituye una verdadera acción pública que disipa o vacía de contenido la titularidad del interés legítimo que exige la ley, tal cual ha ocurrido con la acción de protección (Palavecino, 2014, p. 40). Incluso que atentaría en definitiva contra la libertad del propio trabajador o trabajadora vulnerada, pues terceros podrían, con independencia de su voluntad, incoar la acción (Palavecino, 2014, p. 41).

4. Nuestra observación crítica sobre la denuncia de estas tensiones

Los hitos fundamentales del pensamiento revisionista traen como consecuencia una mirada reacia a la utilización de estas técnicas. En buena hora, porque, pese a ser una postura minoritaria, representan un contrapeso al activismo judicial o al eficientismo, que erradica definitivamente la consideración por las partes en el proceso; sin embargo, adolecen de problemas importantes en su base epistemológica y es necesario exponerlas para poder entender luego sus posiciones dentro del debate.

El primer problema que advertimos es la confusión de los planos proceso penal-proceso civil unido a su carencia de una real base epistemológica.

En parte importante de estos postulados, especialmente en aquellos propugnados por el enclave latinoamericano del garantismo procesal civil, se advierte una declaración de principios perfectamente aplicable al proceso penal, muy propios del garantismo penal de Ferrajoli, inspirado en obtener el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad (1995, p. 34). El problema es que toda la construcción referida se erige desde la resistencia a la potestad punitiva del Estado, cuestión muy diversa en la función y misión del proceso civil o en general de procesos no penales (Gozáini, 2017, p. 28).

El segundo problema es la ausencia de propuestas sobre la mora procesal. Ese binomio tiempo-tutela no se aborda en ningún postulado de la doctrina garantista. Es más, su predilección por la serie inalterable, muy propia de los procesos de alta cognición con caracteres de general aplicación, parece propender a la mora más que proponer alguna solución alternativa.

Un tercer problema es la instrumentalización del argumento histórico-político para criticar la vigorización del rol judicial en el proceso. Es común que toda discusión académica para con las doctrinas publicistas se reconduzca siempre a la inmoralidad histórica de la concepción pública del proceso. Dado que se sindicó su origen histórico en la Ordenanza Procesal Civil austríaca de Franz Klein de 1895, el Código Procesal Civil alemán de 1877 y el Código de Procedimiento Civil italiano de 1942, de origen fascista (Pinochet, 2019, p. 40).

Estas afirmaciones han sido también cuestionadas e incluso puestas en entredicho, como “simples calificativos que no se coinciden con lo que fue la realidad histórica y menos el producto legislativo al que se arribó” (Pérez, 2014, p.544).

Hay suficiente literatura en torno a la imprecisión de ese argumento respecto a la diferencia entre los procesos políticos, el resultado normativo y luego su aplicación en el tiempo. En palabras de Picó i Junoy:

La bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que fueron creados (2012, p. 277).

Un final obstáculo es que el dispositivismo sostiene que todos los procesos, cualesquiera sean los fines perseguidos por las normas jurídicas materiales, son immaculados y neutrales. Esto puede discutirse desde distintas ópticas y por algo se ha denunciado como una concepción mítica del proceso (Marinoni, 2019, p. RB-3.1).

Hay una confusión entre neutralidad e imparcialidad. Desde una óptica realista, hay ejemplos de sobra en la legislación procesal chilena de mandatos de protección dirigidos desde el constituyente a la ley, y también al juez, o desde el legislador directamente al juzgador para la tutela de determinados derechos. Máxime a propósito de la tutela de derechos fundamentales, por ejemplo. Luego, en una concepción instrumental del proceso, la neutralidad es a lo sumo un ideal, y poco aconsejable, pues de ser real este mito, es imposible realizar los fines declarados por normas jurídicas protectoras de grupos precarizados o vulnerables, que son esencialmente normas no neutrales.

Cuestión diversa es que, teniendo presentes los fines protectores de determinada norma jurídica respecto a sujetos en condición desigual, esta deba verificarse en la realidad material a través del ejercicio jurisdiccional,

cumpliendo los presupuestos de un proceso justo que, de no cumplirse, conforme a las particularidades del caso, comprometen la legitimidad de esa decisión.

Como todo derecho fundamental, el debido proceso tiene un núcleo esencial inalterable, que necesita compatibilizarse con las particularidades de cada caso en base a parámetros de racionalidad y proporcionalidad (González, 2013, p. 214). De lo contrario, el proceso se transforma en un fin en sí mismo, y en un sinsentido jurídico (Cohen, 1935, p. 45), que obstaculiza arbitrariamente el fin de efectividad.

El problema, ahora proyectado hacia las tensiones con las técnicas diferenciadas, se manifiesta a través de la falta de reconocimiento de tonalidades, matices o proporcionalidades, como características esenciales del proceso justo.

Esta falta de consideración respecto de la proporcionalidad, contraria al análisis de cualquier garantía iusfundamental, termina por minar cualquier propuesta de estructura procesal diversa al juicio de lato conocimiento decimonónico. Aquello supone en sí mismo una contradicción, pues modelos como el idealizado por el revisionismo procesal ponen en un segundo lugar valores constitucionales como la justicia —y la verdad— que orientan la función contemporánea de la jurisdicción: la protección y efectividad de los derechos materiales.

5. Propuestas hacia un necesario equilibrio

Para proponer equilibrios es necesario mirar el objetivo sin dejar de considerar el medio.

El derecho procesal está evolucionando; de lo contrario, no se explica el centenar de obras que vienen denunciando un colapso de la justicia civil y la revisión del modelo decimonónico como ideal. Esta es una premisa asentada, al igual que el proceso con un mínimo de garantías o no es proceso judicial.

5.1. La proporcionalidad como criterio orientador

El primer problema es precisar la intensidad real de estas fricciones. Es obvio que hay tensiones desde una perspectiva general; sin embargo, al igual que en toda aplicación de garantías procesales, tienen una intensidad mayor o menor dependiendo del tipo de regulación que estemos analizando, y en tanto no se vea alterado el núcleo esencial de dichas garantías, aunque exista tensión, no habrá vulneración o infracción a las mismas (Nogueira, 2005, p. 15-64). En la medida en que exista proporcionalidad entre la técnica diferenciada y la intensidad del adelgazamiento del derecho a defensa material (Kamada, 2013, p. 33), es posible un diseño procesal distinto. Por ello es que no se habla simplemente de debido proceso, sino de un proceso justo y proporcional (González, 2013, p. 214).

No estamos frente a absolutos, porque los resguardos frente a la arbitrariedad judicial tienen también una proporción de aplicación en intensidad conforme a los derechos tutelados y la entidad de las cuestiones a resolver. Luego, resistimos la quimera de una concepción estandarizada de la serie procedimental que sea enarbolada como única legítima y portadora irrestrictamente del concepto de proceso justo.

Aun en el modelo del Código de Procedimiento Civil de 1902, la serie procedimental se ve alterada en hipótesis normativas específicas. Por ejemplo, el artículo 680 regula lo que se denomina la *accesión provisional* a la demanda, en que, ante incomparecencia del demandado sin contradictorio inmediato, puede estimarse la pretensión derechamente, aun cuando con efectos provisionales.

Igual situación ocurre con el artículo 302, inciso segundo, del mismo cuerpo legal, que en casos calificados permite omitir la notificación de una medida cautelar y llevar a efecto la misma para cumplir los fines propios de la medida.

Se trata de dos ejemplos —entre otros— concretos desde dentro de un código liberal decimonónico, que dan cuenta de que la serie procedimental no es rígida ni absoluta. ¿Se trata de casos excepcionales dentro del mismo cuerpo legal? Por supuesto, adhiero en esto al revisionismo cuando postula que las técnicas procesales diferenciadas deben estar dotadas de la máxima fundamentación y mantenerse a raya para evitar lo que se llama la *amparización* generalizada de todos los derechos o intereses legítimos. Sin embargo, cuando se den los presupuestos legales, debe tenderse a su aplicación efectiva y sin vacilaciones.

No siendo una serie rígida, puede vestirse el contradictorio de distintas formas procesales; lo importante es que exista la posibilidad de ser oído. Por ello es posible afirmar que la impugnación de una resolución judicial anticipatoria por vía recursiva, o por vía de una demanda incidental de oposición, logra el objetivo de entregar posibilidades de contradicción. No existe normativamente un modelo de bilateralidad estándar. En ninguno de los tratados internacionales se observan mandatos a los legisladores internos que obliguen a regular dicho derecho fundamental necesariamente por vía de una resolución que comunique traslado (Stoehler, 2007, p. 150) antes de resolver alguna petición.

En el caso de las técnicas de cognición sumarial, la tensión es superada por la explicación de su propia denominación: no todo es cognición lata, y no todo lo que es sumarial es tutela cautelar. Es imposible, desde la urgencia y calificación de casos complejos en materia de vulneración de derechos fundamentales, sostener un modelo de cognición completa para todos los requerimientos. Estamos frente a la proporcional y racional decisión volitiva de reducir la exigencia de información que se le entrega al juez, en pro de una sentencia próxima. La proporcionalidad aparece precisamente porque este tipo de técnicas exigen, o deben exigir, una probabilidad del derecho que se invoca —desenganchados del requisito de peligro, propio de lo cautelar— mediante la exigencia de actividad probatoria de entrada, que puede incrementarse o decrecer en tanto más o menos celeridad requiera la situación material.

Si bien hay un retardo o disminución del contradictorio inmediato en la mayoría de estas figuras, crecen dos deberes: uno para el requirente, de desplegar en el inicio del proceso una actividad de acreditación sobre la vulneración, privación o amenaza del derecho (cuestión que también es excepcional); y, en segundo lugar, un deber para el juez concreto de ponderar dichos antecedentes también en la entrada del proceso para efectos de adoptar la decisión (cuestión también excepcional a la luz de una serie procedimental clásica).

Si entendemos que el proceso lleva como nota esencial la instrumentalidad (Proto, 2012, pp. 1-6), y que su función es servir a los derechos materiales, tenemos una visión más amplia respecto a la aplicación de las garantías que componen su estándar equitativo de cómo debe ser, no solo de cómo es.

5.2. La igualdad de armas en el Estado de Derecho Constitucional

Es importante recordar que las concepciones modernas sobre el proceso, en la mayoría de los ordenamientos, implican una mayor intervención estatal cuando de situaciones de ventaja reconocidas constitucionalmente se trata. Eso es conforme también al derecho fundamental en clave positiva: efectividad de los otros derechos, los materiales. Sin embargo, viene promovido por una decisión política sobre la participación del Estado en la comunidad.

No desconocemos que ello sea una decisión política, pero en nuestros días se trata de voluntad política democrática. La decisión sobre corregir la desigualdad procesal es un resultado del debate de los órganos deliberativos que componen un estado de derecho, no la imposición de un régimen totalitario, como en los ejemplos que se citan una y otra vez respecto de normativas procesales previas a la Segunda Guerra Mundial, para fundar los escepticismos sobre la TJD.

El derecho procesal, dentro del Estado de Derecho Constitucional, ya resolvió ese problema y tomó un norte: la norma procesal no puede ser neutral en todos los procesos. Sin por ello transformarse de antemano en una norma que provoque una vulneración a la imparcialidad o le quite la calidad de tercero al juez. Una cuestión es el compromiso estatal con la promoción y protección de los derechos fundamentales y otra diversa es el compromiso del juzgador con una de las partes. De hecho, en la dinámica decimonónica positivista de la subsunción, ¿cómo puede un proceso ser neutro si la norma material no lo es? El propio Alvarado sostiene que una de las garantías del proceso justo es la adecuación del proceso a los derechos en juego (Botto, 2004, p. 16).

Lo explica claramente González:

Bajo esta perspectiva se percibe el «publicismo procesal» como antecedente del «eficientismo procesal» y así se entiende mejor la progresión del nuevo estadio evolutivo del derecho procesal en tanto comenzó interesándose por:

- (i) Los obstáculos económicos del proceso,
- (ii) El sistema de asistencia jurídica a los pobres,
- (iii) La tutela de los intereses difusos y
- (iv) La reforma del servicio de justicia, comprendiendo este último punto el rediseño de los procesos buscando hacerlos simples, racionales, económicos y especializados, es decir, efectivos y eficientes según el tipo de controversia al que sirvan, siempre con sujeción a mecanismos preestablecidos de control adecuados, lo que en resumen significa proveer una tutela jurisdiccional diferenciada. Eficientismo procesal civil es estudiar el proceso en su perspectiva integrativista-trialista que articula la secuencia eficiencia-efectividad-eficacia (2012, p. 293).

Lamentablemente, no encontramos, en términos epistemológicos, respuestas en la doctrina procesal revisionista que expliquen las afirmaciones que transversalmente hacen todos sus autores sobre un binomio tipo causa y efecto: existen potestades formales o materiales, existe pérdida de imparcialidad.

La perfecta igualdad procesal supone condiciones de igualdad material previa para su aplicación, de la que no gozan en la realidad todas las relaciones jurídico-materiales (Sirangelo de Abreu, 2015, p. 103).

En un primer momento, la igualdad procesal se entendía como una paridad estática de armas, basada en el respeto uniforme a las normas y un juez pasivo que dejaba el control del proceso a las partes, garantizando trato idéntico. Posteriormente, esta noción evolucionó hacia un concepto dinámico de equilibrio procesal, donde el juez asume un rol activo para colaborar en el proceso, neutralizando desigualdades y asegurando una verdadera igualdad de oportunidades para que todas las partes puedan influir en el ejercicio del poder estatal (Sirangelo de Abreu, 2015, p. 247).

5.3. La compatibilidad de la potestad judicial y el principio dispositivo

Se afirma desde la doctrina nacional y comparada, y adherimos a estos postulados, que el principio dispositivo es plenamente compatible con la posibilidad de un rol más activo del juez. Aquello puede postularse al entender que el principio dispositivo no es sinónimo de procedimiento ordinario de cognición plena, ni tampoco estrictamente de la serie procedimental clásica.

El hecho de que existan posibilidades de desistimiento, de renuncia, allanamiento de peticiones, de métodos autocompositivos dentro y fuera del proceso para poner término al mismo por voluntad propia, es el núcleo del principio. Cuestión diversa es que la conducción del tiempo y la dirección del “iter” procesal estén sujetos al juez. En tanto ambas facultades tengan fuente normativa, no hay inconveniente en su compatibilidad (Picó i Junoy, 2012, p. 275).

Hunter señala que, siendo compatibles las potestades judiciales con el principio dispositivo y con la igualdad procesal, es conveniente que las potestades se encuentren reguladas legalmente, reduciendo lo más posible el margen de discrecionalidad. Todo poder del juez proviene solo y exclusivamente de la ley, por eso es tan importante la técnica procesal legislativa en las tutelas diferenciadas. Se deben articular para hacer el ejercicio del poder previsible a las partes en cuanto a tiempo y medios, articulándola con el debido proceso (2020, p. 172).

Así, a propósito de las potestades probatorias oficiosas, estas requieren de una configuración normativa que las delimite como potestad de completitud probatoria y no de un deber judicial en favor de la inactividad probatoria de las partes, pues en este último caso sí existe un compromiso de la imparcialidad judicial (Hunter, 2020, p. 679; Gozáini, 2017, p. 144).

La verdad es un ideal del proceso y una herramienta que aporta a disminuir el error judicial, de ahí la justificación de la necesidad de completitud. A su vez, debe tratarse de actividad posterior a la actividad de las partes, en ningún caso la reemplaza, solo, y como hemos dicho, la complementa. Finalmente, apunta Hunter, idea a la que adherimos, debe existir la posibilidad de que la parte perjudicada en su interés por el resultado de la prueba oficial pueda descargar contraprueba, como una expresión del derecho a la prueba (2020, 679).

Finalmente, en cuanto a las presuntas tensiones relativas a la consagración de la buena fe, el argumento extrema las posiciones antagónicas de las partes. Una cuestión es permitir al litigante el uso de todas las herramientas que están a su disposición en el ordenamiento jurídico para resistir la pretensión contraria, y otra cuestión muy diversa es consagrar normativamente la posibilidad de que las partes actúen de mala fe. Esta sería la conclusión contraria si seguimos el argumento en la forma en que las críticas están postuladas. La buena fe como principio de exigencia moralizante respecto del comportamiento de las partes, es recogida ampliamente por el garantismo procesal civil como uno de los principios sin los cuales el proceso simplemente no es debido (Botto, 2004, p. 24).

En cuanto a los problemas de la congruencia. Las críticas respecto de este tipo de técnicas no provienen del Derecho Procesal, sino de otras áreas del derecho. Esto no es baladí, pues tienden a confundirse los deberes tuitivos de la estructura procesal diferenciada con un problema de incongruencia, o incluso de *ultra o extra petita*. Detrás de ello encontramos una importante ausencia basal teórica, por la distancia disciplinar de estos cuestionamientos. La doctrina procesal contemporánea lo ha denunciado igualmente a propósito de la tutela resarcitoria y su insuficiencia, y el tránsito hacia nuevas fórmulas como las de remoción del ilícito, la tutela preventiva y la tutela inhibitoria.

6. Conclusiones

Es necesario reafirmar lo dicho por Priori, en el sentido de que el proceso y la tutela jurisdiccional deben ser adecuados a la protección que las normas de derecho material prometen (2019, p. 66). Debemos erradicar del ideario de la disciplina las quimeras o panaceas donde el eslogan de luchar únicamente contra el tiempo termina por imponerse y perdemos de vista que el esfuerzo debe verterse sobre lo que de modo razonable y posible podemos efectivamente mejorar (Lorca *et al.*, 2014, p. 346-352).

Todo andamiaje normativo, coherente con el Estado de Derecho Constitucional, debe ser respetuoso del proceso justo o debido, máxime si la tutela procesal diferenciada pretende ser una alternativa de idoneidad en función de esta concepción de Estado. De otro modo, el abordaje perderá legitimidad y coherencia.

El proceso debido o justo es un concepto dinámico, evolutivo y tiene un alto grado de indeterminación. No obstante, existen sistematizaciones que permiten extraer sus notas y garantías esenciales. Dentro de ellas, destaca la proporcionalidad en su aplicación.

Entre la ambigüedad conceptual de la tutela jurisdiccional diferenciada y las garantías del proceso justo, la doctrina contemporánea ha denunciado fricciones o tensiones.

Se trata de reales tensiones para con las garantías del proceso justo que deben ser abordadas.

Un importante rol crítico para denunciar estas fricciones lo juega la doctrina revisionista o liberal, que sobre una idea matriz de proceso civil —o no penal— basado en la inalterable serie procedimental: afirmación, negación, confirmación y decisión, pone en duda todos los planteamientos contemporáneos sobre la eficiencia procesal y sus resultados.

La mayor parte de las tensiones denunciadas se enuncian de manera inorgánica sobre técnicas específicas y no directamente sobre la estructura diferenciada en su conjunto. En el fondo, son las críticas que se formulan a las manifestaciones sobre concepciones públicas del proceso.

Desde una concepción minimalista y general, las garantías que se denuncian permanentemente tensionadas con las técnicas diferenciadas son la imparcialidad judicial, el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, el derecho a formular alegaciones, y el derecho a contradecir alegaciones y pruebas.

La crítica más profunda es la del riesgo general de amparización que puede provocar la introducción de las tutelas jurisdiccionales diferenciadas. Es decir, el fenómeno que convierte todo en una tutela jurisdiccional de derechos fundamentales. Los privilegios procesales deben tener una razón, un fundamento específico. La lógica contraria transforma todo en derecho fundamental, generando desequilibrios injustificados que pueden terminar en procesos irracionales e injustos.

Son también atendibles las denuncias que miran a evitar potestades judiciales altamente discrecionales y aquellas que se alzan en contra de la imposibilidad de que los sujetos procesales puedan descargar contraprueba en caso de regularse prueba oficiosa al final del proceso.

El aporte de los postulados a contracorriente de las doctrinas revisionistas es trascendente y determinante para el estudio y comprensión de las tutelas jurisdiccionales diferenciadas. No obstante, pueden ser superadas epistemológicamente.

Las tensiones comienzan a disiparse cuando se mira el proceso desde la óptica de la instrumentalidad, desde la reconexión derechos materiales-derechos procesales, desde la concepción contemporánea de

igualdad de armas y, sobre todo, desde la flexibilidad de la serie procedimental, que en un Estado de Derecho Constitucional no puede ser rígida sin incurrir en incongruencias.

El proceso justo no queda inmune frente al tránsito del Estado de Derecho Legal hacia su versión constitucional. Es ahora una nomenclatura que puede observarse desde la disparidad previa al proceso, obligando a instaurar un sistema tuitivo que se aleja del formalismo procesal clásico.

Bibliografía citada

- Alvarado Velloso, Adolfo (2003): *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*. Zeus.
- Alvarado Velloso, Adolfo (2008): Temas procesales conflictivos 2. Cautela procesal, crítica a las medidas precautorias. Juris.
- Alvarado Velloso, Adolfo (2009): *Lecciones de Derecho Procesal*, Juris.
- Berizonce, Roberto O. (2018): “Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, N.º 48: pp. 835-856. <https://bitly.cx/hvgjA>.
- Bordalí Salamanca, Andrés (2011): “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, Revista Chilena de Derecho, vol. 38, N° 2: pp. 311-337. <http://doi.org/10.4067/S0718-34372011000200006>.
- Botto Oakley, Hugo (prólogo de Alvarado Velloso, Adolfo). (2004): *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer*. Juris.
- Calvinho, Gustavo (2018): El proceso con derechos humanos. Método de debate y límite al poder. El jurista.
- Cappelletti, Mauro (2010): *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco* (trad. Héctor Fix Zamudio, Palestra, ed. Peruana).
- Carbonell Bellolio, Flavia y Letelier Wartenberg, Raúl (2020): “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en Contreras Vásquez, Pablo y Salgado Muñoz, Constanza (editores), *Curso de Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, pp. 345-378.
- Cipriani, Franco (2005): “El procedimiento cautelar entre eficiencia y garantías”, Derecho & Sociedad, N.º 25: pp. 53-64. <https://bitly.cx/HGa5>.
- Cipriani, Franco (2006): “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, pp. 59-72.
- Cohen, Félix S. (1935): El método funcional en el derecho (trad. Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot).
- De la Oliva Santos, Andrés (1980): *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia, derechos básicos*. Bosch.
- Duce Julio, Mauricio; Riego Ramírez, Cristián y Marín Verdugo, Felipe (2008): “Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”, en Centro de Estudios de Justicia de las Américas (editor), *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina*, pp. 13-94. <https://bitly.cx/y0qL>.
- Ferrajoli, Luigi (1995): Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal (trad. Perfecto Ibáñez; Alfonso Ruiz; Juan Carlos Bayón; Juan Terradillos y Rocío Cantarero, Trotta).

- García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y el debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2: pp. 229-282. <http://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>.
- González Álvarez, Roberto (2012): “Eficientismo y garantismo procesales en serio: pasando la página del debate entre publicismo y positivismo procesales”, *Derecho & Sociedad*, N° 38: pp. 281-296. <https://bitly.cx/zsFMm>.
- González Álvarez, Roberto (2013): “El debido proceso: del derecho a las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos”, *Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal*, vol. 39, N° 39: pp. 205-233. <http://doi.org/10.32853/01232479.v39.n39.2013.35>.
- Gozaíni, Osvaldo (2002): *Problemas actuales de Derecho Procesal: garantismo contra activismo judicial*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.
- Gozaíni, Osvaldo (2017): *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Rubinzal – Culzoni.
- Hunter Ampuero, Iván (2020): *Rol del juez. Prueba y proceso*. Der Ediciones.
- Kamada, Luis E. (2013): “Las tutelas diferenciadas y su tensión con el debido proceso”. Disponible en <https://bitly.cx/id1Z>.
- Lorca Navarrete, Antonio; Proto Pisani, Andrea y Zulefatto, Camilo (2014): “¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la tutela diferenciada”, *Ius et veritas*, N° 48: pp. 346-352. <https://bitly.cx/JaKGR>.
- Marinoni, Luiz G. (2015): *Introducción al Derecho Procesal Civil*. Palestra.
- Marinoni, Luiz G. (2017): “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, en Priori Posada, Giovanni (coordinador), *Derecho material y proceso*. Palestra, pp. 22-55.
- Marinoni, Luiz G. (2019): *Técnica processual e tutela dos direitos*. (6ª ed. en e-book basado en 6ª ed.). Thomson Reuters Brasil.
- Martínez, Pablo A. (2023): “La tutela procesal diferenciada: análisis teórico, normativo y casuístico del procedimiento de tutela laboral chileno”. Disponible en <https://bitly.cx/0tW69>.
- Mitidiero, Daniel (2016): “El derecho fundamental al proceso justo”, *La justicia civil en el Estado Constitucional*, Autoedición, pp. 121-139.
- Montero Aroca, Juan (2006): “*El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria*”, *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, autoedición, pp. 130-167.
- Montero Aroca, Juan (2006): “Sobre el mito de la buena fe procesal”, *Proceso civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, autoedición, pp. 294-353.
- Montero Aroca, Juan (2019): *Derecho Jurisdiccional I: Parte general* (27ª ed.). Tirant lo Blanch Valencia.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005): “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, *Ius et Praxis*, vol. 11, N° 2: pp. 15-64. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2006): “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”, *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 13, N° 2: pp. 61-100. <https://bitly.cx/hT1cl>.
- Palavecino Cáceres, Claudio (2011): “Sistemas procesales e ideologías”, *Derecho y Humanidades*, N° 17: pp. 13-30. <https://bitly.cx/ceWKZ>.

- Palavecino Cáceres, Claudio (2014): “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, N° 9: pp. 33-45. <https://doi.org/10.5354/0719-7551.2014.42638>.
- Pérez Ragone, Álvaro (2001): “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria”, *Revista peruana de derecho procesal*, N° 4: pp. 199-230. <https://bitly.cx/8FaOz>.
- Pérez Ragone, Álvaro (2014): “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 42, N° 1: pp. 523-551. <https://bitly.cx/vyCb6>.
- Peyrano, Jorge W. (2008): “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada, en Argentina?”, *Revista peruana de derecho procesal*, N° 12: pp. 229-244.
- Peyrano, Jorge W. (2009): “Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada”, *Revista de Derecho Procesal*, N° 1: pp. 21-28.
- Picó I Junoy, Joan (2012): “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un debate mal planteado”, *Derecho & Sociedad*, n.º 38: pp. 274-280. <https://bitly.cx/opfl>.
- Pinochet Cantwell, Francisco (2019): *Derecho Procesal Civil. Temas fundamentales*. El jurista.
- Pozo Fernández, Felipe (2014): *La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*. Editorial Jurídica de Chile.
- Priori Posada, Giovanni (2014): “Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos”, *Ius et Veritas*, vol. 49: pp. 146-161. <https://bitly.cx/fWtMP>.
- Priori Posada, Giovanni (2019): *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial.
- Proto Pisani, Andrea (1973): “Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo Del Lavoro (Premesse Alla Legge 11 agosto 1973 n. 533)”, *Il Foro Italiano*, vol. 96, N° 9: pp. 205-250. www.jstor.org/stable/23164193.
- Proto Pisani, Andrea (2012): “Introduzione sulla atipicità dell’azione e la strumentalità del processo”, *Il Foro Italiano*, vol. 135, N° 1: pp. 1-6. <https://www.jstor.org/stable/26637725>.
- Proto Pisani, Andrea (2014a): *La tutela jurisdiccional* (trad. Giovanni Priori, Palestra).
- Proto Pisani, Andrea (2014b): “Necesidad de deshacer los nudos y los equívocos de la expresión ‘Tutela jurisdiccional diferenciada’”. *Revista de la maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 5, N°1: pp. 169-184. <https://bitly.cx/4BM7t>.
- Romero Seguel, Alejandro (2014): *Curso de Derecho Procesal Civil*. (2ª ed). Thomson Reuters, Tomo I.
- Ruay Sáez, Francisco (2014): “Análisis crítico de las potestades atípicas del juez laboral ante el principio de juridicidad”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, N° 9: pp. 83-105. <https://doi.org/10.5354/0719-7551.2014.42641>.
- Ruay Sáez, Francisco (2015): “La “función” cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?”, *Ius et Praxis*, vol. 21, N° 2: pp. 441-480. <http://doi.org/10.4067/S0718-00122015000200012>.
- Ruay Sáez, Francisco (2017): *Las potestades atípicas del juez laboral*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Sirangelo de Abreu, Rafael (2015): *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito*. Revista dos Tribunais.
- Stoehlerl Maes, Carlos (2007): *Disposiciones comunes a todo procedimiento* (6ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Taruffo, Michele (2017): “Derecho sustancial y procesal”, en Priori Posada, Giovanni (coordinador), *Derecho material y proceso*. Palestra, pp. 14-19.

Normas citadas

Ley N° 19.628 (28/8/1999). Sobre protección de la vida privada.

Ley N° 19.968 (30/8/2004). Crea los Tribunales de Familia.

Ley N° 20.609 (24/7/2012). Establece medidas contra la discriminación.

Auto Acordado S/N; Auto Acordado 94-2015 (28/8/2015). Acta número 94-2015.

Código de Procedimiento Civil, actualizado al 30.11.2021.

Código Orgánico de Tribunales, actualizado al 09.02.2024.

Código del Trabajo, actualizado al 24.08.2024.