

El Debido Proceso en la Constitución





Opinión Experta

**Mauricio Duce J, Claudio Fuentes M.,
Ricardo Lillo L y Macarena Vargas P.**
Académicos/as Facultad de Derecho
de la Universidad Diego Portales.

contexto+

Resumen

La presente minuta tiene por objeto plantear algunas ideas sobre cómo  encarar la redacción de una cláusula de debido proceso en un nuevo texto constitucional. Ello sobre la base de considerar que la redacción contenida en el artículo 19 N°3 de la Constitución de 1980 es problemática y defectuosa.

Este documento aborda una formulación genérica de la cláusula, proponiendo cuestiones relativas a su extensión, alcance, límites y mecanismo de protección constitucional, sin abordar el desarrollo de las garantías particulares que lo integran, lo que ameritaría un análisis en detalle. 

Introducción

En este documento intentaremos responder la pregunta sobre qué debería decir una nueva Constitución en materia de debido proceso, entendiendo que hoy se trata de una garantía central reconocida tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el constitucionalismo contemporáneo. Para esto es indispensable considerar la enorme tradición que esta institución jurídica tiene, tanto desde un punto de vista histórico constitucional a nivel nacional y comparado, como respecto al importante desarrollo que ha tenido en el derecho internacional de los derechos humanos. Es importante tener presente que desde la dictación de actual cláusula de debido proceso mucha agua ha pasado bajo el puente lo que hace indispensable una revisión profunda de la misma. Así, para una nueva Constitución, resulta fundamental tomar en consideración no solo la evolución que esta cláusula ha tenido, sino también que su formulación debe tener la capacidad de adaptarse a diversas épocas y contextos sociales.

Con esta idea en mente, a continuación brindamos una breve panorámica de la tradición constitucional con que carga esta institución jurídica, caracterizamos algunas problemáticas de su regulación actual, y luego esbozamos algunos elementos centrales que deberían ser parte de la redacción en un nuevo texto constitucional. Cabe precisar que en esta minuta sólo abordaremos aspectos vinculados a la cláusula genérica del debido proceso (artículo 19 n° 3 inciso sexto) y dejamos de lado el desarrollo de las garantías específicas que lo integran, las debieran ser objeto de otras minutas especializadas complementarias.

Desarrollo

Antecedentes generales.

La cláusula de debido proceso contenida en el artículo 19 n° 3 inciso sexto de la Constitución es heredera de una larguísima tradición a nivel nacional y comparado. Como cláusula constitucional, suele mencionarse como principal antecedente la Carta Magna de 1215 y sobre todo algunas de sus versiones posteriores, como la de 1225 (que sintetiza en una disposición aspectos relativos al debido proceso propiamente tal y a la noción moderna del acceso a la justicia), y la de 1354 (que se refiere por primera vez de “debido proceso”) propiamente tal (Miller, 1977).

A partir de estas formulaciones, la cláusula de debido proceso comienza una larga tradición constitucional, que tuvo un apogeo importante en el siglo XVII en el contexto de las pugnas entre la Monarquía y el Parlamento Inglés (Orth, 2003). A partir de allí emigró hacia las colonias americanas y a las primeras cartas de derechos (Galligan, 1996), para luego ser incorporada como parte de la Constitución de Estados Unidos. De ahí en adelante se produjo una expansión a otros rincones, llegando hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, e indirectamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a otros tratados internacionales modernos (Ristik, 2015).

A nivel comparado, esta cláusula, con diversas formulaciones y versiones, hoy encuentra espacio en gran parte de las constituciones modernas. A nivel internacional, tanto a nivel del sistema universal como de sistemas regionales, ha encontrado un importante desarrollo. Tanto es así que, en el sistema interamericano y europeo, gran parte de la jurisprudencia de los tribunales regionales incorpora el análisis de esta institución jurídica (Lillo, 2020). Hoy se habla de la convergencia de modelos procesales, justamente debido al desarrollo de estándares internacionales en la materia y a ciertas nociones básicas compartidas de sus exigencias (Merryman, 1981).

Por razones históricas y políticas, el desarrollo a nivel comparado e internacional del debido proceso ha tenido un énfasis principalmente en la persecución penal, y solo menor medida en otros ámbitos legales. No obstante, más allá del análisis histórico, hoy en día es una doctrina asentada en el ámbito internacional y comparado que el debido proceso también juega un relevante rol en procedimientos legales no penales, tanto adjudicativos como no adjudicativos. Sin embargo, los contornos de este rol varían de país en país y también en el ámbito internacional. Las respuestas en este punto son, sin embargo, cruciales en tanto impactan en niveles tan relevantes y diversos como el derecho administrativo, el acceso a la justicia y en el ámbito legislativo, entre otros.

Junto con su expansión a ámbitos no penales, un elemento distintivo de la evolución del debido proceso a nivel comparado ha sido su tránsito de una noción centrada en la idea de legalidad del procedimiento como garantía básica, a la idea que ese procedimiento legal debe satisfacer unos

mínimos que aseguren su razonabilidad. Esos mínimos, en principio, se articulan como garantías individuales que integran el debido proceso.

En Chile la tradición constitucional de esta cláusula también es de larga data. Así, se observan claras manifestaciones desde el Reglamento Constitucional provisorio de 1812. Luego, la Constitución de 1818 y la de 1925 contenían normas que hacían referencias a garantías del debido proceso (Solís, 2008). Con todo, en este último texto se trató de una consagración mínima y con un fuerte foco en materia penal. Así, el artículo 11 de dicho texto planteaba *“Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre el que recae el juicio”*, poniendo énfasis en que se trataba de una garantía penal y cuyo núcleo básico era la existencia de un procedimiento legalmente regulado, pero sin agregar exigencias de orden sustantivo a dicha regulación.

La Constitución de 1980 introdujo, aun cuando de manera confusa, algunas mejoras e innovaciones en la redacción de esta cláusula al regularla de manera más abierta y compleja, toda vez que va más allá de la sola legalidad del procedimiento y de concebirla sólo como una cuestión penal. Por otra parte, las actas constitucionales de la Carta Fundamental de 1980 reconocían la influencia de la formulación de la Declaración Universal y tradición anglosajona en esta garantía.

El texto finalmente quedó con la siguiente redacción en el texto constitucional vigente: *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”*

Breve análisis crítico de la regulación del debido proceso en la Constitución de 1980:



Un análisis crítico sobre cómo se regula el derecho al debido proceso en la actual Constitución exige poner atención en dos dimensiones distintas. Por un lado, la norma presenta déficits vinculados a la regulación conceptual de la garantía misma, es decir, a cómo esta es formulada y definida por la Constitución y, por otro, existen importantes omisiones en cuanto a la regulación de las garantías específicas que la componen.

En primer lugar, al referirse a esta garantía la actual Constitución utiliza una nomenclatura *sui generis*, alejándose de las formulaciones contenidas por los principales tratados internacionales y otras cartas fundamentales. Así, se utiliza la expresión “*procedimiento y una investigación racionales y justos*”, dejando de lado fórmulas como “debido proceso”, “garantías judiciales”, “proceso justo” o “proceso equitativo”. Esta designación *sui generis* ha dado pie a discusiones doctrinales y jurisprudenciales, generando confusión y división acerca de su significado. Especial mención requiere la extensión de la expresión “investigación” a que alude esta norma, la que también ha generado confusiones de diverso tipo.

En segundo lugar, la actual Constitución no hace mayor distingo respecto al alcance de esta garantía, en la medida que no diferencia respecto de su extensión en procedimientos penales, civiles, de familia, laborales, administrativos, entre otros. La falta de claridad conceptual genera incertidumbre en la medida que mientras en el

ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reconoce importantes diferencias en su ámbito de aplicación, a nivel local ciertas interpretaciones de la cláusula actual consideran que esta otorga las mismas garantías y con el mismo nivel de protección en todo tipo de procedimientos. Lo anterior oculta un problema de fondo de suma relevancia, referido a la falta de identificación de un núcleo mínimo de garantías específicas del debido proceso que deben garantizarse de manera efectiva -y aunque con distinto grado de intensidad- en procedimientos de diversa su naturaleza.

En tercer término, la interpretación de la actual cláusula tiende a confundir o a hacer sinónimos el cumplimiento de la tramitación establecida en la ley con el garantizar en los hechos el derecho al debido proceso, al utilizar la expresión “proceso previo legalmente tramitado”. Si bien, la idea de “proceso previo” es relevante, la noción de “legalmente tramitado” es problemática. Por una parte, esta expresión lleva a que el énfasis se coloque en el cumplimiento de las formas y requisitos legales y no en determinar si en el caso particular, más allá del cumplimiento de dichas formas, el juicio ha sido en los hechos justo. Por otra parte, esta interpretación impide la integración de lógicas de ponderación y proporcionalidad -propias de todos los derechos fundamentales-, obligando a que toda la regulación procedimental esté regulada en la ley, impidiendo una necesaria cuota de flexibilidad procesal.

En cuanto a la consagración de las dimensiones o garantías específicas que conforman este derecho, un aspecto compartido por buena parte de la doctrina nacional es que la Constitución de

1980 contiene un exiguu reconocimiento de estas (entre otros: Tavolari, 1994; Carocca, 1997; Silva, 2014). En efecto, el artículo 19 n° 3 hace mención solo a algunas de las dimensiones de este derecho y, en algunos casos de manera parcial, dejando fuera otras varias garantías tradicionalmente consideradas en tratados internacionales de derechos humanos. Al respecto, una cláusula contemporánea de debido proceso debiera contener referencias a los tratados internacionales de derechos humanos vigentes. Si bien no era exigible que el constituyente del ochenta hiciera mención a ellos, atendido que en esa época los convenios existentes no habían sido ratificados por Chile, se echa en falta la consideración a estos en tanto conforman un corpus iuris de derechos humanos ampliamente reconocido en el ámbito internacional.

Como ejemplo de lo anterior, la Constitución de 1980 reconoce el derecho a la defensa, pero lo aborda desde una única perspectiva: contar con abogado/a. Ello se observa cuando dispone en el inciso segundo del artículo 19 N° 3 que *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”*. Si bien se trata de una importante dimensión de este derecho, otras igualmente relevantes – como las condiciones para el ejercicio efectivo de la defensa y la intervención en proceso – son omitidas del texto constitucional. De la misma manera, reconoce también el derecho a ser juzgado por un juez natural o predeterminado por la ley, pero éste queda restringido exclusivamente a asuntos penales. Sin embargo, otras garantías como el derecho a ser juzgado dentro

de un plazo razonable, la igualdad de armas o igualdad procesal y el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial no gozan de consagración constitucional.

Por último, el constituyente de 1980 no desarrolla los contenidos del derecho de acceso a la justicia, como una garantía íntimamente relacionada con el debido proceso y de la mayor relevancia sobre todo en algunos ámbitos y con un gran desarrollo a nivel internacional. Un problema es que se ha reducido a la mera formulación del derecho a contar con asesoría jurídica de quienes no puedan procurarse una defensa letrada por sí mismos, debiendo la ley arbitrar los medios para ello. Lo anterior no hace sino circunscribir la noción de acceso a la justicia a una sola dimensión, la idea de asistencia jurídica para los más pobres (Vargas, 2019), limitando el enorme potencial que esta garantía tiene para la protección de los derechos de las personas.

Elementos centrales a considerar para la regulación de la cláusula genérica del debido proceso en la nueva Constitución:

En esta sección esbozamos los elementos básicos que debieran formar parte de la cláusula genérica del debido proceso en un nuevo texto constitucional. Lo primero a señalar es que el debido proceso se resiste a ser contenido en una definición exhaustiva que cubra con precisión sus elementos y que dé cuenta de su complejidad. Es más, su formulación en un lenguaje de textura abierta es una de las características que le brindan flexibilidad y su capacidad de adaptarse a distintos significados en distintas épocas y ámbitos diversos. Debe abandonarse entonces la idea de que la Constitución debe contener una cláusula compleja y rígida que pretenda regular el debido proceso de manera detallada, en tanto el riesgo de dejar cosas importantes afuera o de incluir cosas que luego petrifiquen su desarrollo es alto. En esta línea, pensamos se debiera avanzar en una consagración constitucional por medio de una cláusula de orden genérica o “instrumental”, es decir, que ponga acento en la existencia de múltiples exigencias, pero sin entrar en su detalle. En esta lógica, la noción desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos podría servir como una guía útil o punto de partida para la redacción. La Corte ha entendido desde el año 1987 que el debido proceso está constituido por el conjunto de “*Condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial*” (Observación General n° 9/1987).

Esta aproximación instrumental debiera ser complementada con la incorporación de algún criterio más sustantivo en la redacción del texto, por ejemplo, la idea de que ese conjunto de garantías permita el desarrollo de un proceso en el que razonablemente el justiciable pueda defender sus intereses y puntos de vista.¹ Ese elemento sustantivo debe dar espacio para que exista una ponderación de intereses al momento de decidir si hay o no violación al debido proceso, ya que lo que se debe asegurar en la Constitución no es el derecho a un proceso perfecto, sino a uno razonable. Por lo mismo, la cláusula debe dejar en claro que, a pesar de que un proceso pueda tener defectos, imperfecciones o errores, ello no constituye *per se* una violación al debido proceso siempre y cuando esos problemas no hayan afectado la razonabilidad del proceso en su conjunto. En esta línea, incluso alguna vulneración del procedimiento o la ley que lo regula, podría no constituir una infracción del debido proceso en la medida que no ponga en juego la razonabilidad del mismo o no afecte de manera directa a una o más de sus garantías específicas.

En otra dimensión, ahora sobre la extensión del debido proceso a distintas materias, pensamos que la cláusula constitucional debiera ser amplia, es decir, no sólo cubrir las acusaciones de carácter penal sino toda otra área de determinación de derechos y obligaciones, incluidas el ámbito civil, laboral, fiscal y de cualquier otra naturaleza como lo regula la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.1. Debe eso sí enfatizarse que el ámbito de aplicación del debido proceso es en situaciones en las que se requiere determinar adjudicativamente un derecho y no frente a cualquier decisión de autoridad

1. En los tratados internacionales se ocupan referencias al “juicio justo” (*fair trial*) o a las debidas garantías (*due guarantees*).

que pueda afectar a uno (Medina, 2018). Nos parece que extender esta garantía a estos últimos casos es problemático ya que impone limitaciones irrazonables a la actividad administrativa y hace perder sentido a las protecciones que ofrece el debido proceso. Una fórmula que puede ayudar a esta precisión de la cláusula se puede tomar siguiendo como punto de partida un elemento del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que enmarca la aplicabilidad de la norma a los casos en los “...que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones...”.

Una vez determinado que la cláusula del debido proceso se hace extensiva a distintas materias (y no sólo las penales), es necesario resolver un problema de redacción que se vincula al hecho que su aplicación concreta no debiera ser necesariamente homogénea en todo tipo de materias y en todo tipo de casos. Es un criterio bastante asentado en la jurisprudencia internacional que las garantías penales representan, en principio, los umbrales más altos de protección de las personas y no todas ellas son aplicables, al menos con la misma intensidad, en otras materias. Pero incluso en materia penal es posible identificar diferencias importantes de intensidad de protección. Por ejemplo, hoy no parece ser discutible que los jóvenes que enfrentan una persecución penal tienen un derecho a un debido proceso “reforzado” en relación a los adultos debido a la diferente posición en que se encuentran, lo que exige un tratamiento jurídico diversificado (Duce, 2018). Incluso tratándose de un proceso penal en contra de un adulto, nadie discutiría que las garantías o protecciones exigibles para el desarrollo de un procedimiento monitorio (en el que se sancionan faltas con penas de multa)

debieran ser las mismas exigibles a un procedimiento ordinario por un crimen que arriesga una pena privativa de libertad efectiva, por ejemplo, superior a 5 años.

Existe el riesgo de pensar que el debido proceso es una garantía completamente homogénea para todos los casos que cubre. Para evitarlo, se podría cualificar la cláusula explícitamente con la idea, por ejemplo, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Europea, que las garantías del debido proceso no enumeradas explícitamente para los ámbitos civiles -al contrario de lo que ocurre en el ámbito penal- se aplican en la medida que ello resulte necesario para el ejercicio y protección efectiva de los derechos que están en juego. Además, es perfectamente posible y deseable que en algunas materias se desarrollen cláusulas más específicas aplicables a ciertos ámbitos particulares.

Una forma de articular una solución de redacción en la Constitución para hacerse cargo de los problemas descritos es la de regular, a continuación de la cláusula genérica del debido proceso, un inciso con el mínimo común denominador de garantías para todos los ámbitos y que concluya con una frase que señale que ellos se mencionan sin perjuicio de las demás garantías reguladas en forma específica en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos para materias específicas. Pensamos que este mínimo común denominados debiera contener aquellos elementos frecuentemente establecidos en cláusulas básicas en tratados internacionales (por ejemplo, artículo. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14.1. del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos, o el artículo. 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Derivado de un problema de la redacción de la Constitución actual, creemos necesario explicitar que la obligación de respetar el debido proceso es un mandato que la norma fundamental establece tanto al juez como al legislador. Esto es importante, porque alguna doctrina y jurisprudencia ha estimado que el derecho al debido proceso se cumpliría con el simple respeto del procedimiento legal, ello restringiría el alcance de la garantía al procedimiento establecido por ley pero nada más. El que sea una exigencia al legislador impone a éste no puede diseñar un procedimiento como se le plazca, sino respetando a esta garantía y sus mínimos.

Por último, una materia general sobre el debido proceso que el nuevo texto constitucional debiera regular se refiere a la existencia de algún mecanismo destinado a su protección. En nuestra opinión, esta cláusula debiera ser incluida en el mecanismo general de protección de derechos fundamentales que la nueva carta fundamental contemple (ya sea el recurso de protección actual o su equivalente funcional). Con todo, la posibilidad de usarlo debiera estar cualificada a dos cuestiones; (a) la inexistencia de mecanismos concretos de protección de garantías en el procedimiento específico o para el problema en concreto que se enfrenta, y (b) que no permita impugnar decisiones judiciales. Hay que ser cuidadoso en estos límites ya que en forma contraria extender el uso del mecanismo a esta materia podría abrir un espacio paralelo de litigio que podría debilitar a los procesos ordinarios y al sistema de justicia en su conjunto.

Conclusiones

El debido proceso es considerado una garantía central en el derecho internacional de los derechos humanos y en el constitucionalismo comparado. Con todo, su regulación adecuada presenta complejidades que derivan tanto de impedir su extensión excesiva a ámbitos que puedan resultar problemáticos como en recoger adecuadamente sus múltiples alcances y que éstos tengan posibilidad de evolucionar y desarrollarse en el tiempo. Estimamos que esta propuesta equilibra adecuadamente estos desafíos, pero requiere como complemento del desarrollo de cláusulas constitucionales adicionales que se hagan cargo de una serie de garantías específicas que integran a esta noción genérica. Estas debieran inspirar otras minutas de este tipo.



Referencias

CAROCCA, Alex; *Derechos humanos y derecho civil: perspectiva procesal*, Santiago, 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Observación General n° 9 de 1987.

DUCE, Mauricio, Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y alcance del sistema recursivo, *Diritto Penale Contemporáneo* 2/2018, 83-110.

GALLIGAN, D.J., *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

LILLO, Ricardo, *Understanding Due Process in Non-Criminal Matters: How to Harmonize Procedural Guarantees with the Right to a Court*, UCLA S.J.D dissertation, 2020, pending publication.

MEDINA, Cecilia, *La Convención Americana de Derechos Humanos: teoría y jurisprudencia*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2018.

MERRYMAN, John Henry, On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 17, 1981, pp. 357-388.

MILLER, Charles A., The Forest of Due Process of Law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (ed.), *Due Process*, Nomos XVIII, New York, New York University Press, 1977, pp. 3-68.

ORTH, John V., *Due Process of Law. A Brief Story*, Kansas, University Press of Kansas, 2003.

RISTIK, Jelena, Right to Property: From Magna Carta to the European Convention on Human Rights, *SEEU Review*, Vol. 11, Issue1, 2015, pp. 145-158.

SILVA, Oscar, *La transparencia patrimonial del deudor en la ejecución civil*, Santiago, 2014.

SOLÍS, Daniel, Síntesis Histórica de la Aparición del Principio del Debido Proceso y su Incorporación en el Sistema de Enjuiciamiento Penal Chileno, *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, Vol. 8, 2008, pp. 75-92.

TAVOLARI, Raúl, *Tribunales, Jurisdicción y proceso*, Santiago, 1994.

VARGAS, Macarena. De qué hablamos cuando hablamos de acceso a la justicia. Un intento por iluminar el debate, en *Estudios de Derecho Procesal*; Machado, Priscilla y Larroucau, Jorge (coord.). DER ediciones, 2019.