

**LA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA:  
ANÁLISIS TEÓRICO, NORMATIVO Y CASUÍSTICO  
DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL CHILENO**

**Pablo Andrés Martínez Zúñiga**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la  
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

**Director de tesis: Prof. Dr. Claudio Meneses Pacheco**



Buenos Aires, verano de 2023

**A Sara, José Pablo y Rafaela por su amor incondicional**

**A la memoria de mi padre**

## ÍNDICE

Índice	3
Abreviaturas	6
Agradecimientos	7
Introducción	9
<b>Capítulo I: Fundamentos Teóricos de las Tutelas Procesales Diferenciadas</b>	<b>19</b>
<b>Introducción</b>	<b>19</b>
<b>La idoneidad de la técnica procesal para la efectividad de la tutela</b>	<b>25</b>
Eficacia, efectividad y eficiencia procesal: la revalorización de sus contenidos	26
Respecto de la eficacia	28
Respecto de la efectividad	29
Respecto de la eficiencia	31
<b>El derecho fundamental a la técnica procesal idónea</b>	<b>38</b>
El contenido asentado en Chile de los derechos fundamentales de orden procesal	39
Primer lugar común: se trata de derechos fundamentales sin reconocimiento normativo expreso	40
Segundo lugar común: necesidad de precisiones conceptuales	44
La porosidad de la regulación constitucional actual: la necesidad de releer su contenido	47
Ventajas de la porosidad iusfundamental	48
La integración progresiva de su contenido	51
<b>La idoneidad procesal: de la tutela cautelar a las tutelas diferenciadas</b>	<b>53</b>
<b>La relación entre técnica procesal y efectividad</b>	<b>58</b>
<b>La técnica procesal idónea y el principio de igualdad</b>	<b>60</b>
<b>La doctrina por la reivindicación de la idoneidad procesal</b>	<b>63</b>
<b>La reconexión materia-proceso</b>	<b>67</b>
<b>Capítulo II: La Tutela Procesal Diferenciada como categoría autónoma</b>	<b>71</b>
<b>Introducción</b>	<b>71</b>
<b>El origen de la expresión y su evolución en el pensamiento de Andrea Proto</b>	<b>73</b>
Las explicaciones de 1977 y 1979	79
La necesidad de deshacer los nudos de la tutela jurisdiccional diferenciada	84
<b>la reformulación categorial de la doctrina latinoamericana</b>	<b>87</b>
Los postulados de Marinoni	89
El impulso de la doctrina argentina	92
El aporte de la doctrina peruana	99
<b>Notas distintivas de la tutela procesal diferenciada</b>	<b>105</b>
La función de pesquisar en abstracto los elementos esenciales	108
<b>Examen de los elementos esenciales</b>	<b>109</b>

A. La existencia de una estructura o diseño procedimental con una intencionalidad o propósito (Nota de no neutralidad)	109
B. Sustanciación a través de este diseño procedimental de una pretensión autónoma de tutela de derechos no patrimoniales o de función prevalentemente no patrimonial	110
C. La dotación en esta estructura procedimental de técnicas que se apartan de los enclaves del procedimiento de cognición ordinaria de matriz decimonónica	111
<b>Manifestaciones normativas en procesos no penales chilenos: un cuadro de intensidades</b>	126
<b>Cuadro de diferenciación</b>	128
La elección del banco de pruebas: el procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo	130
<b>Capítulo III: Tensiones entre las tutelas y/o técnicas diferenciadas y las garantías del proceso justo</b>	133
<b>Introducción</b>	133
<b>Brevemente sobre el proceso justo y su complejidad</b>	135
<b>Los elementos esenciales pese a la oscuridad conceptual</b>	139
Esfuerzos por la integración de su contenido	139
La visión unitaria y minimalista	146
Una cuestión final para tener presente: las notas de apertura y proporcionalidad	148
<b>El proceso justo desde la óptica del garantismo, liberalismo o revisionismo procesal (no penal)</b>	150
<b>Sistematización de las críticas a la tutela diferenciada y/o a las técnicas en particular desde la óptica del proceso justo</b>	161
Críticas generales sobre su finalidad	161
Críticas en lo particular	165
<b>Propuestas para un necesario equilibrio</b>	174
<b>Capítulo IV: La tutela procesal de los derechos fundamentales en el Código del Trabajo chileno</b>	183
<b>Introducción</b>	183
<b>Antecedentes y motivaciones</b>	186
La horizontalidad iusfundamental como promotora de una tutela diferenciada en el Derecho Procesal Laboral	187
La insuficiencia de las formas procesales previas a la ley 20.087	190
Algunos antecedentes históricos y comparados	194
<b>Cuestiones generales sobre el procedimiento de tutela laboral</b>	200
Sobre la naturaleza de este conjunto de normas positivas	201
Brevemente sobre las hipótesis de aplicación	206
Acumulación inicial de pretensiones	212
Incompatibilidad con la acción constitucional de protección	218
Sujetos procesales	219
Acto procesal de iniciación y control de admisibilidad	219
Plazos y caducidades	222

<b>Notas diferenciadoras en el procedimiento de tutela laboral</b> _____	224
Legitimación ampliada (Art. 486 y 489 del CT) _____	225
Reforzamiento de las salidas colaborativas para la composición de la litis (Art. 486 inc. final del CT) _____	233
Preferencia para sustanciación y fallo (Art. 488 del CT) _____	235
Los indicios y el alivio probatorio (Art. 493 del CT) _____	236
V Técnicas de cognición sumarial no cautelares (Arts. 492 en relación con el Art. 490 del CT) _____	243
Técnicas procesales de naturaleza preventiva, inhibitoria, reparatorias o en general no resarcitoria (Arts. 495 del CT) _____	247
Medidas coercitivas (Art. 492 y 495 del CT) _____	249
Flexibilidad de la congruencia procesal (Art. 495 del CT) _____	251
<b>Capítulo V: Observación y análisis casuístico. La utilización y aplicación de las técnicas diferenciadas por la jurisdicción laboral de primer grado</b> _____	253
<b>Introducción</b> _____	253
<b>Cuestiones sobre la metodología de observación</b> _____	256
La finalidad de este análisis casuístico _____	256
El tipo de metodología y muestra utilizada _____	256
La delimitación de la muestra _____	258
La forma de la observación no participante _____	266
En relación al ACTA 44-2022, sobre reserva datos personales _____	269
<b>Tabla sumaria de la muestra</b> _____	270
Listado de causas año 2018 _____	271
Listado de causas año 2019 _____	275
Listado de causas año 2020 _____	277
<b>Análisis de las causas en relación al uso y recepción de las técnicas procesales diferenciadas</b> _____	281
En relación con la legitimación ampliada (486 y 489 CT) _____	281
En relación al reforzamiento de los métodos autocompositivos (486 inc. Final CT) _____	286
En relación a los indicios y el alivio probatorio (493 CT) _____	291
En relación a las técnicas de cognición sumarial no cautelares (492 del CT) _____	318
Con relación a las técnicas de tutela jurisdiccional no resarcitoria y a la flexibilidad de la congruencia (495 CT) _____	325
El uso y aplicación de medidas coercitivas (492 y 495 CT) _____	336
<b>Conclusiones</b> _____	340
<b>Bibliografía</b> _____	351
<b>Anexos</b> _____	370

## ABREVIATURAS

TJE: Tutela jurisdiccional efectiva

TJ : Tutela jurisdiccional

TJD: Tutela jurisdiccional diferenciada

TPD: Tutela procesal diferenciada

TD: Tutela diferenciada

TNR: Tutela no resarcitoria

AED: Análisis económico del derecho

EDC: Estado de Derecho Constitucional

EDL: Estado de Derecho Legal o Liberal

CPR: Constitución Política de la República de Chile

TC: Tribunal Constitucional de Chile

CSJ: Corte Suprema de Justicia de Chile

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

ICA: Ilustre Corte de apelaciones

CPC: Código de Procedimiento Civil

CT: Código del Trabajo

PTDFT: Procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador

COT: Código Orgánico de Tribunales

PTL: Procedimiento de tutela laboral

JLT: Juzgado de Letras del Trabajo

## AGRADECIMIENTOS

La soledad del doctorando y su tesis es un mito. Los seres humanos que circundan el pesado camino de este emprendimiento titánico hacen que parezca menos pesado de lo que es.

Sin duda voy a cometer el error de obviar a algunas personas por el deterioro predecible e implacable que el tiempo provoca sobre las capacidades cognitivas, desde ya mis disculpas a ellos.

En primer lugar, agradezco a mi familia, a quienes robé horas valiosas para poder redactar este trabajo. A mi mujer Sara, porque en este viaje me acompañó, y en el intertanto me regaló el tesoro más grande que tengo, nuestros hijos. Le agradezco además porque vivimos nuestros días más hermosos en Buenos Aires y la hicimos nuestra ciudad favorita en el mundo.

A mis hijos José Pablo y Rafaela, por la paciencia que me tienen y por la energía que me entregaron para poder continuar cuando no había fuerzas.

A mi madre Carmen y a mi hermana María Gabriela por darme su apoyo incondicional y alentarme al equilibrio en la vida.

Especialmente dedico esta investigación a la memoria de mi padre, Aquiles, que partió poco tiempo antes de concluir la y que, pese a que no podrá leer estas páginas, dejó registro que sin su apoyo jamás hubiesen comenzado. Fue mi inspiración y quien me regaló el don de la disciplina, quizás una de las pocas virtudes de las que puedo presumir.

A la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, donde tengo el privilegio de enseñar Derecho Procesal, por su constante apoyo. También al cuerpo de académicos, quienes me han entregado un inmerecido respeto y cariño.

Mención particular para el profesor de Filosofía del Derecho de la UCN, Pablo Gres, colega y amigo, que me ha concedido el regalo de su amistad. Por todos los cafés cargados de sólidas bases epistemológicas para desarrollar desde el proyecto de tesis hasta el capítulo quinto y final. Muchas gracias memo; tu ayuda metodológica fue determinante.

A mi director, el profesor Claudio Meneses, a quien admiro profundamente como académico y también como abogado. Por sus consejos, por su paciencia, por entregarme desinteresadamente horas de su ajetreada vida, por aceptarme como su discípulo y por confiar en mí.

Finalmente, al Doctorado de la Universidad Austral, por aceptarme, acogerme y entregarme una formación valórica, metodológica y teórica de primer nivel. Especialmente al profesor Rodolfo Vigo por refrescarme el gusto del estudio de la Filosofía y del Derecho.



## INTRODUCCIÓN

“Recuérdese que la tutela significa el resultado jurídico-sustancial del proceso, representando el impacto del proceso en el plano del derecho material. Cuando se teoriza el tema de las tutelas se tiene en mente precisamente la imprescindibilidad de la identificación de las situaciones de derecho material para el delineamiento de técnicas procesales capaces de otorgar efectividad a la prestación jurisdiccional y, así, colocarlas en una dimensión realmente capaz de concretizar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.”  
(Luiz Guilherme MARINONI, Introducción al Derecho Procesal Civil, Lima, Palestra. 2016, 66)

Situados en la nomenclatura procesal contemporánea escrita en clave de protección judicial de los derechos, toda investigación disciplinar debe ubicar su inicio en la trascendencia del adjetivo calificativo que acompaña a la tutela jurisdiccional en el foro, la doctrina y en la jurisprudencia: nos referimos a la *efectividad*.

La afirmación sobre la efectividad de los derechos y de que esto ha de lograrse en términos no voluntarios por vía jurisdiccional, es una afirmación de tipo deóntico. Lo que la sociedad toda quiere que sea, no necesariamente de lo que es. Se trata de un calificativo axiológico de cómo se debe entender el ejercicio de esta potestad.

No toda tutela jurisdiccional es admitida en un Estado de Derecho constitucional, ella debe tener correspondencia con la realidad y con la realización de lo que declara como misión proteger. Por eso es importante dejar bien establecido, que no se trata de un instituto que se compone únicamente de garantías abstractas, que versa solamente sobre reglas formales o adjetivas, ya que *lo efectivo* es imposible de disociar con él o los derechos materiales cuya tutela es requerida en una situación concreta.

Esta promesa de efectividad consagrada en la mayoría de las constituciones del *civil law*, incluida la chilena vigente, está integrada además por profusa regulación en tratados internacionales. Supone, el entendimiento de un derecho

de categoría iusfundamental de naturaleza prestacional y el más importante de los derechos, exactamente por constituir “el derecho a hacer valer los propios derechos”.<sup>1</sup>

En estas promesas y eslóganes comúnmente aceptados, aparece la preocupación de la ciencia procesal por entregar insumos o herramientas a efectos de lograr una conciliación entre el problema del tiempo, de los recursos y de la calidad de la respuesta jurisdiccional.

Entre las propuestas para materializar la efectividad, habrá quienes centren sus esfuerzos en una concepción económica que vislumbre una adecuada relación costo-beneficio del uso de los recursos estatales, otros postularán centrar el foco de los estudios en pro de la eficiencia procesal, pensando en la *tempestividad*, incluso algunos propondrán la *flexibilidad* y en gerenciar los casos particulares como una forma de optimizar la prestación del servicio de justicia.

Estamos también quienes pretendemos reivindicar las diferencias de los sujetos que intervienen en un proceso y las particularidades de los derechos materiales en juego. Aparece entonces la idea de propender a adecuar la tutela procesal a esas especiales características, haciéndola *idónea* a la necesidad de protección. En términos doctrinales, la noción de la *tutela jurisdiccional diferenciada*.

El concepto es palmaria expresión de la inminente derrotabilidad del mito de un procedimiento común y neutral capaz de entregar respuesta a todos y a todas las justiciables y de satisfacer la realización de todos los derechos materiales.

La recepción de esta voz ha tenido particular impacto en Latinoamérica, a veces confusa, otras veces mimetizada con las técnicas o herramientas particulares que la componen, pero muy pocas veces abordada de manera integral o sistémica. Pese a eso podríamos desde ya esbozar la idea de que en estas costas ha logrado mayor profundidad y tratamiento de lo que

---

<sup>1</sup> Luiz Guilherme MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, 6ª ed. en e-book basado en 6ª ed., Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, RB-8.1

originalmente se pretendía con ella. Especial interés ha despertado en Argentina, Brasil, Uruguay y Perú.

En Chile, actualmente el estado dogmático y jurisprudencial de estas categorías es escaso, e incluso en algunos casos resistidos. No obstante, si somos capaces de descender sin prejuicios sobre la realidad judicial y sin ingenuidad sobre las técnicas procesales utilizadas en los procedimientos reformados más importantes de las últimas décadas, avizoraremos un florido territorio de profusa diferenciación respecto de las categorías clásicas del derecho procesal civil.

El principal problema es que el uso de esta diversidad de técnicas diferenciadas no ha ido acompañado de un desarrollo teórico adecuado que permita la regulación idónea, la aplicación correcta y la enseñanza óptima de las mismas. Objetivos propios de la elección de una técnica procesal determinada.

Atendida la extensión y porosidad de su contenido, denunciado ya hace mucho tiempo por la doctrina comparada, cabe preguntarnos si ¿estamos realmente frente a una categoría autónoma y útil? Y más aún, surge la interrogante primera en clave de normatividad: ¿Existe alguna manifestación en el derecho procesal chileno de andamiajes procesales diferenciados?

La verdad es que es muy sencillo e inmediato encontrar una respuesta en términos positivos, basta con revisar los procedimientos especiales que existen. Sin embargo, el problema real es determinar si este haz de herramientas dispuestas por el legislador procesal, encuentra una adecuada recepción jurisdiccional pensando en la naturaleza y función para cual fueron incorporadas.

Teniendo presente que este tipo de tutelas nace a propósito de la protección de los *derechos no patrimoniales*, la pregunta se parcelará ahora sobre los procedimientos de mayor tráfico judicial y más representativos de este tipo de derechos, sometiéndolos a un examen para comprobar si alguno de ellos se encuadra dentro de este concepto de tutela procesal diferenciada.

El caso que presenta mayor evidencia de *notas diferenciadoras*, como las llamaremos en la investigación, es el *Procedimiento de tutela laboral*, por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, regulado entre los Arts. 485 al 495 del Código del Trabajo chileno e incorporado por la ley 20.087 el año 2006.

Luego, las interrogantes se especifican: ¿es realmente este procedimiento especial una manifestación de tutela procesal diferenciada? y, sobre todo: ¿tienen recepción en la praxis, conforme su función y naturaleza, estas técnicas procesales por la jurisdicción laboral chilena? Esta última pregunta es el objeto final de nuestro trabajo e intentaremos dar respuesta a ella, desde lo teórico, normativo y casuístico.

En cuanto a la justificación de esta investigación. Esta disciplina tiene mucho más que decir que hace un par de décadas en Chile. Hoy se posiciona como una rama del derecho activa, profunda y con una interesante comunidad científica que se muestra crítica e inquieta. No obstante, aún estamos comparativamente en deuda con el estudio y la sistematización de temáticas que merecen una revisión desde sus bases teóricas, pues precisamente la ausencia y el abandono de investigación en estos temas generales ha dejado entregada la definición y contornos sustantivos de los mismos a la práctica forense y a los operadores jurídicos. De esa experiencia ya hemos sufrido suficiente y es evidente que debemos hacernos cargo. En este estado se encuentran tanto el proceso del trabajo, en especial el que protege o pretende proteger derechos fundamentales del trabajador, y las técnicas procesales diferenciadas.

Se han implementado estas técnicas extrayendo experiencias extranjeras o simplemente de manera intuitiva a través de regulación de nuevas instituciones. Sin embargo, este montaje procesal que busca diferenciarse del tronco común civil por razón del tipo de derechos en juego carece del sustrato teórico procesal mínimo para su basamento. De su lectura, de la técnica legislativa y de la forma en que deben aplicarla los jueces, estamos en deuda.

Existe de hecho, un notable abandono del estudio general del proceso del trabajo por parte de la doctrina procesal, siendo hoy la comunidad académica del Derecho del Trabajo la que ha debido hacerse cargo de esta labor, con los problemas que ello implica, atendida la asunción de una obligación que excede el marco de su disciplina y que noblemente han abordado bajo la mirada pasivamente desoladora de la doctrina procesal chilena.

La tarea está pendiente también en torno a explicar razonable y justificadamente la fricción de estas técnicas diferenciadas con las categorías propias del *debido proceso* miradas en abstracto, así como con los dogmas tradicionales de las fórmulas procesales clásicas.

Ya con más de una década en rodaje, la detección de la incorporación y consagración legal de una tutela procesal diferenciada para la protección de derechos no patrimoniales debe ser puesta a prueba en términos prácticos o *realistas* si se quiere. Es fundamental, que el montaje procesal sea contrastado por su recepción judicial, especialmente en el primer grado, reforzado fuertemente por el legislador el año 2006.

De este contraste, podremos extraer la necesidad de reubicar el estudio de las *notas diferenciadoras* del proceso laboral por vulneración de derechos fundamentales, de releer su estudio y de pesquisar como los jueces chilenos están absorbiendo el uso de estas técnicas en relación con su función y naturaleza. A más de diez años de su implementación, se les ha puesto frente a estos diversos institutos, sin marco teórico necesario para tamaña labor.

El resultado de este contraste teórico con la realidad judicial es un incierto, pero no deja de ser un levantamiento de datos útil a efectos de propender al mejor servicio de justicia posible.

En cuanto a las hipótesis declaradas. Considerando que la investigación se formula desde una pregunta general y a su vez subproblemas, plantearemos la hipótesis general e hipótesis particulares para los problemas teóricamente planteados más arriba.

En un primer lugar, planteamos que las tutelas procesales diferenciadas, pese a su contenido poroso o indeterminado, constituyen una categoría autónoma que se distingue principalmente por su función y por notas distintivas comunes: la sustanciación de una pretensión principal, una estructura procesal de cierta complejidad, la flexibilidad procedimental y de axiomas procesales como el principio de congruencia y la cosa juzgada, además de una vigorización de las potestades jurisdiccionales, todo en función de entregar una respuesta efectiva e idónea al justiciable, habida consideración de la especialidad de la litis, los sujetos que intervienen y los derechos materiales cuya protección se pretenden.

Luego, en base a esta construcción teórica del fin y concepto, y especialmente pesquisando sus notas o elementos esenciales, afirmaremos que el procedimiento de tutela laboral regulado en los arts. 485 al 495 del Código del Trabajo chileno conforma en su conjunto una manifestación normativa intensa de tutela procesal diferenciada. Contiene todas las notas distintivas denunciadas por la doctrina para entender que estamos frente a esta categoría procesal.

Finalmente, nuestra hipótesis final, apunta a corroborar que, en la praxis judicial, la aplicación y manejo de los insumos diferenciados del procedimiento de tutela laboral, especialmente por parte de los jueces *a quo*, no logran ser recepcionados adecuadamente, ni utilizados cabalmente en todos de los casos, considerando la función para la cual se instauraron.

En cuanto a la metodología de investigación. A objetos de poder evitar lo más posibles sesgos en la investigación, utilizaremos la idea de al menos triangulación metodológica.<sup>2</sup>

La investigación pretende abarcar el método cognoscitivo como piedra angular. Ello se combina con el estudio histórico y sistemático respecto de las fuentes como la doctrina y jurisprudencia. Se utilizará la forma lógico-deductiva y descriptiva respecto de exégesis y nuevamente cognoscitiva (y dialéctica) en cuanto la postura que se adopte para la parte general referida al derecho a una

---

<sup>2</sup> Andrea GASTRON, *A fojas cero: el proyecto de tesis en derecho. Experiencias, conceptos y ejemplos*, Dois de Jhulo, Salvador de Bahia, 2013, 209.

tutela jurisdiccional idónea, así como para el análisis estructural de la tutela diferenciada.

En la parte final del trabajo se propone un análisis casuístico que pretende una aproximación a la realidad judicial como fenómeno para la revisión de las categorías teóricas estudiadas.

Para desarrollar esta parte se ha optado por la observación y análisis a través del método del *muestreo*.

En cuanto al tipo de muestra, se trata de una del tipo *no probabilística*, y específicamente *casual* con delimitaciones formuladas en base a parámetros disciplinares (o expertiz). La porción analizada de realidad además está limitada en tiempo (tres años de análisis), territorio (todos los territorios jurisdiccionales chilenos con asiento de Corte de Apelaciones) y extensión (número acotado de causas tramitadas dentro de esos años y territorios).

En cuanto a la división formal de este trabajo. Hemos propuesto seccionar la investigación en cinco capítulos que aborden el esquema elemental de una tesis jurídico-teórica, con el matiz ya referido del capítulo quinto, desarrollado sobre casos reales.<sup>3</sup>

El capítulo primero está destinado a abordar dos grandes tópicos. En primer lugar, el estado actual de cosas respecto de la tutela jurisdiccional, ofreciendo un panorama general sobre los compromisos constitucionales de efectividad en la realización de los derechos.

Luego, este primer capítulo abordará la necesaria incorporación de la *técnica procesal idónea* y adecuada, como parte integrante de la tutela jurisdiccional efectiva, describiendo la denuncia de su incorporación por parte de la doctrina comparada como sustrato básico de una lectura funcionalista de la eficiencia procesal, centrada en el justiciable y en el reconocimiento de sus diferencias, más que en criterios economicistas.

---

<sup>3</sup> Jorge WITKER, *Como elaborar una tesis en Derecho*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1991, 86-92.

Esta incorporación es el basamento para la justificación de la regulación positiva de tutelas procesales diferenciadas, tendientes a los fines de mayor efectividad posible.

El segundo capítulo abordará derechamente la pregunta por la autonomía categorial de la tutela procesal diferenciada. Se inicia con un enfoque originalista, desde Florencia de los años setenta hasta la recepción y definición del concepto por los tratadistas latinos de nuestros días. Analíticamente se postularán sus rasgos comunes y aquello permitirá trazar las *notas diferenciadoras* que propondremos, conciliando las opiniones de la doctrina contemporánea para reivindicar este instituto.

Se enunciarán los procedimientos que en Chile responderían a esta categoría y efectuaremos una prueba o examen de *notas diferenciadoras* para fundamentar la elección particular del banco de pruebas escogido: el *Procedimiento de tutela laboral*.

El tercer capítulo abordará una temática indispensable antes de investigar sobre cualquier manifestación de tutela procesal diferenciada concreta: el problema de estas técnicas para con las formas clásicas, o *axiomas procesales*. En especial, el tópico más árido comprende una puesta a prueba de las *notas diferenciadoras* para con las garantías abstractas del proceso justo o debido.

Será necesaria la sistematización de las críticas provenientes desde distintas corrientes de pensamiento. Especialmente aquéllas identificadas con la idea de un proceso único y neutral, así como de un concepto abstracto de acción.

Finalmente, habiendo sistematizado las voces más críticas, se pretenderá establecer lineamientos comunes de la resistencia a la consagración y utilización de este tipo de técnicas explicando las causas de esa oposición. Intentaremos abordar las críticas, y ofrecer propuestas para conciliarlas con su naturaleza y función, puesto que ninguna estructura procesal puede afectar en esencia derechos fundamentales procesales, a cambio de valores o fines de eficiencia.



El cuarto capítulo se hace cargo del banco de pruebas escogido, pero en un análisis abstracto. Se describirán los orígenes del procedimiento de tutela laboral chileno, particularmente aquéllos registrados en el *Foro para la Reforma a la Justicia del Trabajo*, así como en aquellas evaluaciones actuales que se han hecho de la operatividad y valoración de este tipo de regulaciones.

Se analizarán en detalle los diez artículos que componen el llamado *Procedimiento de tutela laboral* previsto y consagrado en el Código del Trabajo chileno, y se cotejarán con las notas diferenciadoras para confirmar la hipótesis de ser este tipo de procedimiento, una fértil parcela cargada de técnicas procesales diferenciadas.

En el capítulo final se contiene la observación casuística del comportamiento o conducta judicial frente a la disponibilidad de estas particulares herramientas.

Como se indicó más arriba, la investigación se focaliza sobre un número acotado pero importante de causas afinadas de tribunales de instancia. La razón de esta parcela exclusiva de muestreo radica en que, es en este grado jurisdiccional en donde se diseminaron normativamente las distintas técnicas diferenciadas incorporadas por el legislador que creó el procedimiento de tutela laboral. De hecho, hemos referido a lo largo del trabajo como se potenció la figura del juez de instancia.

El foco del estudio es la recepción y aplicación o inaplicación por parte de este tipo de tribunales respecto de las técnicas diferenciadas. Sin embargo, no solo se trata de análisis descriptivo. A la luz de nuestro intento de dar sustrato teórico adecuado, se propondrá un análisis correctivo o integrador de aquello que parece desviarse en la conducta judicial de su naturaleza y función.

En cuanto a las prevenciones generales de esta investigación. La posición del investigador suscrito no es ni de activista ni de detractor acérrimo del uso o incorporación de estas técnicas. Tampoco del procedimiento de tutela laboral chileno.

El objeto de esta tesis doctoral es abordar un fenómeno jurídico indesmentible que está ocurriendo, que existe en cuanto normatividad y realidad jurídica y que, no ha sido abordado con la suficiente densidad, considerando sus variadas aristas teóricas y dogmáticas.

La cuestión sobre la ponderación de su inclusión en normas procesales contemporáneas, su conveniencia, la justicia o equidad de sus razones, será una cuestión de política legislativa, no es nuestro foco de atención. Si lo es intentar develar sus cimientos, efectuar análisis sobre su contenido y alcance, así como delimitarlos. Es una propuesta de conciliación para con las garantías de un justo y racional proceso, de modo que todo este conjunto de acciones pueda servir especialmente a operadores jurídicos que se enfrentan al más complejo problema dentro de este arte: la administración de justicia.

## CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LAS TUTELAS PROCESALES DIFERENCIADAS

### INTRODUCCIÓN

Si el proceso es instrumental, cabe preguntarse ¿a qué o a quien sirve el proceso? Siendo la jurisdicción y el proceso conceptos inescindibles, cabe preguntarse lo mismo respecto de la tutela jurisdiccional.

Las concepciones actuales sobre la disciplina procesal nos ponen en posición de cuestionar las ideas de igualdad formal y pasividad judicial tan arraigadas en la cultura jurídica chilena, a propósito de la vigencia de más de cien años del Código de Procedimiento Civil<sup>4</sup>. Un texto decimonónico heredero de la ideología liberal imperante en la época de su publicación, de corte privatista y orientado a la resolución de cuestiones de contenido esencialmente patrimonial.

La tarea de este primer capítulo es entregar una respuesta teórica a la inquietante existencia y aparición de nuevas estructuras jurídicas aplicables al derecho procesal, que tienen por objeto tutelar a su vez derechos e intereses legítimos más allá del ámbito estrictamente pecuniario.

En lo particular, se ofrecerá una propuesta de relectura de la eficiencia y la efectividad procesal que orienta a los órganos jurisdiccionales por mandato constitucional, demostrando que existen fundamentos constitucionales y teóricos, para entender que debe incorporarse en el ordenamiento iusfundamental positivo, a la *adecuación e idoneidad* de las técnicas procesales. Esto permitirá luego, avanzar hacia el paso siguiente: desmitificar la neutralidad procesal, denunciar la injerencia de la distinción entre igualdad material y formal, y conocer las alternativas de idoneidad que la propia doctrina nos ofrece. Entre ellas (no es la única), las que nos interesa para efectos de esta investigación son las tutelas procesales diferenciadas.

---

<sup>4</sup> Ley 1552 de 28 de agosto de 1902.

## Hacia una jurisdicción coherente con el Estado de Derecho Constitucional

La jurisdicción en tanto potestad pública ha tenido sin duda una de las más interesantes evoluciones dentro del estudio de las potestades públicas. Se llega a hablar en nuestros días del gobierno de los jueces,<sup>5</sup> de activismo judicial o de que el poder organizado jurídicamente que detenta este poder-deber<sup>6</sup> ha llegado a posicionarse como el poder estatal respecto del cual no existen ámbitos externos a su control, extendiéndose también al de otras potestades como la legislativa y la administrativa.<sup>7</sup> Esta evolución no está exenta de relevancia de cara al tema que nos convoca pues el paso del tiempo y la evolución de este concepto ha permeado también a la jurisdicción chilena y con ello la mirada que se tiene de sus fines, para que luego podamos entender porque aparecen luego vigorizados los poderes de la judicatura en diseños procesales modernos que propugnan mayor eficiencia encaminada a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Decir el derecho o *jurisdicencia*<sup>8</sup> es la traducción al español del latín *iuris dictio*, origen etimológico de la expresión<sup>9</sup> y que tiene un sinnúmero de acepciones dependiendo del contexto en que se utiliza. Puede ser utilizada en referencia al ámbito de potestades de un determinado órgano público, para referirse a una materia específica que sirve para individualizar luego al órgano jurisdiccional en concreto, para referirse al poder de un órgano del Estado sobre el individuo y/o para denominar órganos estatales que tienen el poder específico para resolver conflictos de intereses.<sup>10</sup> De todos estos usos, por cierto, que nos interesa el último de ellos, que enuncia lo que clásicamente el derecho procesal chileno ha entendido por función jurisdiccional, siguiendo una línea de pensamiento sociológica sobre su finalidad, que identifica con la resolución de conflictos de

---

<sup>5</sup> Para un tratamiento profundo del tema puede verse José GARCÍA y Sergio VERDUGO, *Gobierno Judicial en Chile ¿Hacia un gobierno de los jueces?*, Ediciones LyD, 2013.

<sup>6</sup> Cfr. Juan COLOMBO, *La jurisdicción en el Derecho Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1991, 41.

<sup>7</sup> Cfr. Andrés BORDALÍ, *Derecho Jurisdiccional*, Ediciones Universidad Austral, Valdivia, 2016, 29.

<sup>8</sup> Sergio RODRÍGUEZ, *Fundamentos de Derecho Procesal Moderno: Jurisdicción Judicial*, Ediciones Vitacura, Santiago de Chile, 2007, 33.

<sup>9</sup> Cfr. COLOMBO, 30.

<sup>10</sup> Cfr. Juan MONROY, *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, I, 206.

intereses jurídicos intersubjetivos.<sup>11</sup> No compartimos que esta definición sea omnicomprendensiva por lo que la resistiremos desde ya, pero debemos entender que es fruto de una evolución en que estamos a medio camino.

La primera concepción de la potestad de administrar justicia supone un Estado absolutista que está representado en la figura del monarca, príncipe o como quiera titularse. Éste detenta la plenitud de los poderes públicos, que son sólo dos: el legislativo y el ejecutivo (administración).<sup>12</sup> Es dentro de esta segunda función donde se ubica la administración de justicia y en ella los jueces no son más que delegados monárquicos pues toda la potestad jurisdiccional (si podemos llamarlo así en este período) recae sobre el Rey en tanto “vicario de dios”.<sup>13</sup> Lo más relevante en términos de la significación de la potestad jurisdiccional es que no tiene en ningún caso en esta época la intención de proteger o tutelar derechos subjetivos de particulares, pues no encontramos en la sociedad civil sujetos de derechos sino súbditos que se encuentran en una situación de igualdad formal negativa frente al poder del Estado<sup>14</sup>: todos carecen de derechos subjetivos, públicos o privados.

El barón de Bredé, MONTESQUIEU pronunció la frase “el poder de juzgar, tan terrible a los hombres, se hace invisible y nulo” (*El espíritu de las leyes*, [1748] Libro 11, Cap. 6, 108) (sic) ya que el tribunal no es más que “la boca de la ley”.<sup>15</sup> La famosa expresión representa plenamente lo que significa la jurisdicción para el llamado Estado de Derecho Legal, o Estado de concepción político-liberal.

La separación de poderes supone en el Estado Liberal una concepción sobre la jurisdicción que se mira con suma desconfianza. Esto se explica históricamente por la experiencia de la Francia pre revolucionaria que encajó en la ciudadanía el fundado temor de que la administración de justicia no era sino un brazo más del

---

<sup>11</sup> Cfr. Francesco CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. de Niceto ALCALÁ y Santiago SENTÍS, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, II, 4.

<sup>12</sup> Cfr. Juan MONTERO, *Derecho Jurisdiccional I: Parte general*, 27ª ed, Tirant lo Blanch Valencia, 2019, 60.

<sup>13</sup> BORDALÍ, 16.

<sup>14</sup> Cfr. BORDALÍ, 20.

<sup>15</sup> Jorge LARROUCAU, *Judicatura, Der*, Santiago de Chile, 2020, 31.

poder del Rey a través del cual éste expandía y abusaba del mismo. De este modo, la función legislativa pasa a ocupar un lugar privilegiado y la soberanía de la Ley, manifestación de la voluntad popular, es condición de la libertad y autonomía de los hombres<sup>16</sup>

En este orden de cosas, el Estado se erige sobre la idea liberal de concebir a todos los hombres al menos formalmente como iguales, y a la luz del *Code de 1804*, existe una sinonimia entre derecho y ley, con plena confianza en la plenitud y completitud de la voluntad general infalible que crea la ley, es decir un enaltecimiento de la potestad legislativa, sin alternativas creadoras de derecho para el juez.

Dice VIGO que la labor en concreto del jurista en este modelo es simplemente “subsumir el caso individual en el supuesto genérico previsto en la ley, construyendo el silogismo respectivo donde la premisa mayor sería el [sentido] que se obtenía de las entrañas de la misma por medio de ciertos métodos (centralmente el gramatical y el lógico), la premisa menor el caso, y la conclusión que proyectaba en el caso las consecuencias previstas en la ley”.<sup>17</sup>

Pareciera que estuviésemos hablando de otro tiempo cuando revisamos la forma de entender a la jurisdicción en el estado moderno, liberal, sin embargo, en Chile, no es infrecuente encontrar desde la enseñanza del derecho, pasando por la práctica forense y hasta en la labor legislativa y judicial la arraigada cultura o conciencia jurídico-procesal,<sup>18</sup> de nuestra tradición legal.

Caló hondo en nuestra administración de justicia, la ideología liberal, porque en Latinoamérica a mediados del siglo XIX los diseños procesales y de la administración orgánica de justicia provenientes de la tradición europea fueron heredados sin hacer un borrón y cuenta nueva. Recogieron las concepciones jurisdiccionales de los conquistadores, y en el caso particular de Chile se

---

<sup>16</sup> Cfr. BORDALÍ, 21.

<sup>17</sup> Rodolfo VIGO, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, 12.

<sup>18</sup> Cfr. Mónica VÁSQUEZ, *La ciencia útil*, Uniandes, Bogotá, 2015, 11-13.

mantienen hasta hoy, con un modelo de justicia colonial<sup>19</sup> orientado en su tronco común (la jurisdicción civil) por un código decimonónico anexo de la codificación general civil de Andrés Bello y que sostiene a ultranza el mito de la igualdad formal del Estado liberal. Esta concepción es incoherente con el sistema todo, producto de las reformas procesales chilenas en materia de litis familiar, penal y laboral, pero no ha dejado de tener injerencia sobre la formación judicial y su labor. Razón por la cual la reforma la jurisdicción civil es tan anhelada en Chile, especialmente por la doctrina.<sup>20</sup>

El mito de la igualdad formal, en que gobiernan el principio dispositivo, y la concepción de un juez pasivo estilo *iudex* romano, además de entender al conflicto de intereses como una cuestión entre particulares, está en crisis. De hecho, la doctrina más autorizada, postula que debe ser abandonado por no ser acorde hoy a la concepción de un Estado Constitucional, protector de derechos<sup>21</sup>. Si bien la concepción decimonónica del juez del Estado liberal sirvió profundamente para combatir el absolutismo, después de la segunda guerra mundial estas concepciones formalistas merecieron ser revisadas. Y es en este entendido en que no solo la jurisdicción, sino que el Estado en general ha visto como la Constitución, las garantías y los derechos fundamentales han pasado a desplazar a la ley en cuanto fuente directa y orientadora de la actividad jurisdiccional.

En el Estado de Derecho Constitucional la jurisdicción supera la idea de que su centro o fin es la resolución de conflictos de intereses y se enfrenta a un desafío mayor que es la protección y/o tutela no solo de derechos subjetivos, sino también de velar por la actuación concreta del derecho objetivo, provocando la eficacia del ordenamiento jurídico completo. Aparecen entonces las teorías jurídicas sobre la función de la jurisdicción, que se muestran críticas a esta

---

<sup>19</sup> Cfr. LARROUCAU, 75

<sup>20</sup> Nos referimos al Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil chileno, actualmente en tramitación, en: [http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=8197-07](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8197-07) (disponible el 29-VI-2020)

<sup>21</sup> Cfr. MARINONI, *Técnica processual...*, RB-3.1.

concepción meramente pacificadora y que entienden que sin la labor del juez el Estado de Derecho pierde su eficacia.<sup>22</sup>

Lo importante es entender que está asentado que la concepción decimonónica ha cedido terreno al menos en la dogmática y que se ha repensado la actividad jurisdiccional como una labor creadora, sustituta y/o sucedánea de la actividad primaria de creación de derecho abstracto u objetivo. Se propone una actividad protectora estatal a la que se tiene derecho por el sólo hecho de ser persona, y como dijera Couture: “en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución”.<sup>23</sup>

Esta concepción de una jurisdicción que implica actividad más que pasividad, derechos subjetivos públicos, garantías, derechos fundamentales y una expansión del control a que puede llegar la potestad jurisdiccional, no está exenta de críticas. Como mencionábamos más arriba, en el afán de esta labor protectora han aparecido voces que tildan a estas concepciones contemporáneas como el *gobierno de los jueces* o de *activismo judicial* para manifestar la injerencia de la actividad judicial sobre la esfera política cuando a raíz de casos concretos se pretende favorecer intereses o promover una cierta agenda política.<sup>24</sup> No obstante, y teniendo muy presente que el equilibrio en estas cuestiones es complejo de lograr, la cuestión parece ir al menos en Chile, en dirección de reubicar la tarea del Juez de entregar una respuesta al requerimiento ciudadano que sea acorde con los compromisos que el Estado chileno celebró a propósito del acceso a la justicia y la protección de derechos. En este sentido la necesidad de eficiencia en la labor jurisdiccional apunta a la función misma y su calificativo, es decir que ésta sea *efectiva* en su tarea protectora.

---

<sup>22</sup> Cfr. Giuseppe CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. de la 3ª ed. italiana de José CASAS Y SANTALÓ, Reus S.A., Madrid, 1977, I, 180 y 492.

<sup>23</sup> Eduardo COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Metropolitana, Santiago de Chile, 2013, 48.

<sup>24</sup> LARROUCAU, 32.



## LA IDONEIDAD DE LA TÉCNICA PROCESAL PARA LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA

La afirmación sobre la efectividad de los derechos y de que esto ha de lograrse en términos no voluntarios por vía jurisdiccional es una afirmación de tipo deóntico.<sup>25</sup> Lo que la sociedad toda quiere que sea, no necesariamente de lo que es. Se trata de un calificativo axiológico de cómo debe entenderse el ejercicio jurisdiccional. Así, no toda tutela jurisdiccional es admitida en un EDC, ella debe tener una correspondencia con la realidad y con la necesaria realización de los derechos que declara como misión proteger. Por eso es importante tener bien establecido, que no se trata de un instituto que se compone únicamente de garantías abstractas, que versa solamente sobre reglas formales o adjetivas, y que *lo efectivo* es una vinculación imposible de disociar con él o los derechos materiales cuya tutela es requerida en una situación concreta.<sup>26</sup>

No obstante, su frecuente uso dogmático, forense y jurisprudencial, parece tener poco contenido cuando observamos a los operadores jurídicos. Incluso se utilizan frecuentemente por la propia doctrina procesal, como veremos más adelante, términos que parecieran análogos o sustitutos: tutela jurisdiccional eficaz, tutela jurisdiccional efectiva y tutela jurisdiccional eficiente.

Estamos frente a lo que el filósofo norteamericano Félix COHEN llamó conceptos *mágico-jurídicos*, que son más bien *escamoteos verbales* vacíos de contenido. “El sistema está repleto de conceptos sobrenaturales, es decir, de conceptos que no pueden ser definidos en términos de experiencia, y de los cuales se supone que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. La teoría jurídica moderna presenta un ultimátum a estos conceptos no verificables”.<sup>27</sup>

El problema además se debe a la desconexión aún muy evidente entre la naciente y redescubierta ciencia procesal, (fenómeno de no más de veinte años en

---

<sup>25</sup> Cfr. Silvia BARONA, “A la búsqueda de la eficiencia y celeridad, claves de la justicia civil del siglo XXI”, en *Libro homenaje al profesor Fábrega, Instituto colombo-panameño de Derecho Procesal*, Panamá, 2019, 661-685, en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3511153> (disponible el 26-VIII-2020)

<sup>26</sup> Cfr. Michele TARUFFO, “Derecho sustancial y procesal”, en Giovanni F. PRIORI (coord.), *Derecho Material y proceso*, Palestra, Lima, 2017, 13-20.

<sup>27</sup> Cfr. Felix COHEN, *El método funcional en el derecho*, trad. de Genaro CARRIÓ, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 54.

Chile<sup>28</sup>) y la praxis judicial. Esta desconexión provoca que los usos que han penetrado desde distintas fuentes; tratados internacionales suscritos por los estados latinoamericanos, la formación doctoral de la doctrina procesal actual y el fenómeno del *neoprocesalismo*, hagan que la terminología aún no encuentre una correlación completa y suficiente con su aplicación.

Por lo anterior, la propuesta es darle una vuelta de tuerca a estos tres adjetivos con que habitualmente se acompaña la voz TJ: eficacia, efectividad y eficiencia.

El uso de estos dos primeros calificativos, cuando se utilizan, hace referencia a la afirmación deóntica que más arriba se ha postulado, por ende, no piense el lector que se propondrá un ejercicio lingüístico científicista, sino asentar ambas categorías en distintos planos para luego vincularlas. La idea es que giren en torno a sí mismos de manera funcional de modo que despejemos el lenguaje técnico procesal con propósito, no por mera sofisticación.

Esta cuestión es relevante para el resto de la investigación sobre todo en términos de técnica procesal, por lo que se enunciará de la manera más sencilla posible: para que sea *eficaz* el derecho material, para que pueda ser obedecido de manera lo más general posible y por ende legitimarse el ordenamiento jurídico y cumplir sus fines, la TJ tiene que ser *efectiva*, materializadora de esos derechos. A su vez, para que podamos constatar esa efectividad en la realidad, es necesario que el instrumento procesal sea *eficiente* en términos funcionales a las dos categorías anteriores.

### **Eficacia, efectividad y eficiencia procesal: la revalorización de sus contenidos**

En junio de 1935, el profesor norteamericano Félix S. COHEN publicó en la *Columbia Law Review*<sup>29</sup>, la necesidad de estudiar conceptos jurídicos que fueran verificables en la realidad, cuestionando y reflexionando en torno a los *sinsentidos*

---

<sup>28</sup> Cfr. Cristián MATURANA, "Los Doctores que imparten cátedras de Derecho Procesal en Chile" *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, 9, (2018) 225-242. doi:10.5354/0719-5516.2017.48378

<sup>29</sup> El artículo lleva por nombre original "*Trascendental Nonsense and the Functional Approach*".

*jurídicos*,<sup>30</sup> que habían hecho era generado verdaderas “acrobacias conceptuales”<sup>31</sup> de cuestiones absolutamente vacías de contenido, que en el fondo nada aportaban al conocimiento realmente pues no eran verificables en la realidad.

La propia concepción actual de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso son utilizados como para un sin número de cuestiones sin una clara delimitación y sobre todo en el primer caso, sin que podamos afirmar que efectivamente aquélla ha acaecido en la realidad judicial como para entender cumplida la promesa del Art. 19 numeral 3 inciso primero de la actual Constitución chilena, cuando se asegura a todos los ciudadanos la “protección” en el ejercicio de sus derechos.

En Latinoamérica, MASSINI ha denunciado que el excesivo cientificismo, monismo cientificista o matematización de todas las ciencias humanas, ha llevado a que nos olvidemos del objeto de esta ciencia, que no es otro que “directivas del obrar, criterios a la luz de los cuales evaluar las conductas jurídicas y juicios normativos acerca del cual es la conducta jurídicamente debida en un cierto tipo de situaciones; en otras palabras, lo que los juristas realizan en la práctica, a exigencias de jueces, abogados, administradores o legisladores, es un estudio de tipo práctico, intrínsecamente ordenado a la dirección del obrar humano jurídico. Por otra parte, es preciso que así sea, toda vez que el objeto del saber jurídico es una realidad práctica, operable, realizable por el hombre a través de su obrar libre”.<sup>32</sup>

También hemos olvidado el carácter práctico del derecho, su perfectamente posible inclusión dentro del saber práctico. “Todo saber jurídico, en tanto que

---

<sup>30</sup> Felix S. COHEN, *El método funcional en el derecho*, trad. de Genaro R. CARRIÓ, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1935, 45.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 55.

<sup>32</sup> Carlos MASSINI, *La prudencia jurídica. Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, 97.

jurídico, ha de ser práctico, pues su objeto lo es, ya que se trata de una praxis humana social en materia de justicia".<sup>33</sup>

De lo dicho, por supuesto se descuelga que dos pensadores de tiempos, latitudes y corrientes diversas encuentran conexión: COHEN y MASSINI coinciden en los problemas de verificación que los conceptos jurídicos como los puestos sobre la discusión, tienen ante la realidad. De esta coincidencia o relación aparece la propuesta de repensar y redefinir las conceptualizaciones abstractas y de darles un *enfoque funcional*, que no es otra cosa que un sentido pragmático, verificable, operativizable. En lo que toca a la TJE, que cumpla su objetivo más elemental: la materialización de los derechos que son prometidos en protección por el Estado.

### **Respecto de la eficacia**

Siguiendo la tesis que encuentra necesaria conexión y atribución al positivismo jurídico aún dominante entre nosotros, digamos que las normas jurídicas, sean materiales o procesales,<sup>34</sup> requieren de la eficacia para poder ser consideradas válidas.<sup>35</sup> De ahí la importancia que le demos al tema, si no se materializa este calificativo de eficacia las normas materiales carecen de validez. En este sentido, una norma inválida es una norma jurídica inexistente.<sup>36</sup>

Si bien para KELSEN existe una relación en el sentido enunciado entre validez y eficacia, su postura se encuentra en un medio entre aquéllos que confundían eficacia con validez y aquéllos que niegan toda relación entre ambos conceptos.<sup>37</sup> Para el purismo positivista la eficacia supone en definitiva un hecho de la realidad, al igual que el acto de su instauración. Supongamos nosotros para

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, 99.

<sup>34</sup> Para un tratamiento del tema puede verse: Juan MONROY, *Introducción al proceso civil*, Temis, Lima, I, 145-172.

<sup>35</sup> Cfr. Hans KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la segunda edición en alemán, por Roberto J. VERNENGO, Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1982, 24 y 219.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 23-28.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 218.

conectar con el ejercicio jurisdiccional la instauración de una norma jurídica *individual* (en clave purista) como lo es la sentencia judicial.

Esta idea también fue reconocida por H. L. HART, quien enuncia la idea de que la norma válida es aquélla que es generalmente eficaz. La eficacia de una regla es un enunciado externo,<sup>38</sup> una conclusión del observador de un sistema jurídico. La cuestión es pasar entonces al punto de vista de quien participa del ordenamiento jurídico, no sólo de quien observa. En términos funcionales el observador debe considerar el punto de vista del participante para conceptualizar las implicancias sociales de la norma.

En este orden de ideas vinculadas a la realidad, ROSS enseñó que "El derecho presupone la regularidad en el comportamiento del Juez"<sup>39</sup> al hablar de fuerza y validez del derecho. La vigencia de éste involucra dos cuestiones: el acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción y la experiencia de esa pauta como norma obligatoria. El derecho vigente debe ser vivido como socialmente obligatorio. La vigencia del derecho no puede apoyarse en una visión puramente conductista.<sup>40</sup>

La eficacia está inescindiblemente vinculada a los fines queridos por la norma, sean éstos verificados con la exactitud propuesta por la fuente política creadora, o sean los que finalmente termina determinando la realidad judicial y forense.

### **Respecto de la efectividad**

Teniendo enunciado que a través de la eficacia y a través de la efectividad se comprometen sin duda la vigencia o validez de las normas jurídicas, repensemos estas categorías en miras de la TJ, separando aguas. Para ello, la explicación de CAPELLA sobre el punto es clarificadora, además de coherente con la separación de funciones estatales.

---

<sup>38</sup> Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro CARRIÓ, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, 129.

<sup>39</sup> Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 4° ed., trad. de Genaro CARRIÓ, Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, 33 y 35.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 51.

CAPELLA advierte que “La eficacia de una norma respecto de un fenómeno jurídico empírico determinado se entiende como la capacidad de la norma para funcionar como determinante de causa de tal fenómeno. Es eficaz  $x$  norma porque es lo que determina que pase  $y$ ”.<sup>41</sup> Se refiere entonces una relación material que mira el impacto de las normas jurídicas en cuanto al “universo social”<sup>42</sup> (o realidad).

Trayendo esto al lenguaje procesal, podríamos afirmar por ejemplo que tal norma procesal logró tutelar un derecho porque la ley creó un diseño procesal funcional a esa finalidad. No es más que eso lo que queremos describir y proponer.

Por su parte, efectividad sería “una especie de eficacia particular, exclusivamente institucional”.<sup>43</sup> Es decir, la norma es efectiva a su vez cuando es obedecida y aplicada por los órganos del poder público. Esta institucionalidad en la instauración de hecho de las normas jurídicas supone desde luego la potestad pública por excelencia encargada de esa tarea: la jurisdicción.

Eficacia y efectividad sugieren entonces, ser conceptos empíricos, es decir debe tratarse de fenómenos perceptibles, correspondientes en la realidad.<sup>44</sup> No obstante, siguiendo a CAPELLA, está referido en el primer caso a la ordenación de conductas por los coasociados y en el segundo a la aplicación y respeto de esas normas por la institucionalidad.<sup>45</sup>

Desde una concepción economicista, se ha dicho que “las normas procesales son efectivas cuando cumplen sus objetivos (cualesquiera sean). La efectividad de las normas constituye algo deseable. Es razonable pretender que las normas satisfagan los fines para los cuales fueron dictadas. Las normas constituyen el producto de un proceso colectivo de formación que implica costos, tiempo y ciertos niveles de consenso que son difíciles de obtener. Si las normas terminan

---

<sup>41</sup> Juan Ramón CAPELLA, *Elementos de Análisis Jurídico*, Trotta, Madrid, 2006, 84 a 90.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 85

<sup>43</sup> *Ibid.*, 87

<sup>44</sup> *Ibid.*, 88.

<sup>45</sup> *Ibid.*

no siendo efectivas, entonces habría un malgasto de recursos asociados a ese proceso colectivo”.<sup>46</sup>

La efectividad que puede verse confundida con eficacia, o utilizada comúnmente de manera indistinta a propósito de explicaciones sobre TJ, creemos que tienen una significación diferente, en el sentido que sea funcional al concepto de eficacia anteriormente referido.

El legislador manda prohíbe o permite<sup>47</sup> con fines propuestos por la norma en abstracto, y sólo se realiza o verifica en la realidad (en cuanto fines y legitimidad) si es posible constatar que dichos mandatos o imperativos se recojan en la realidad judicial. Luego, sin el aparato jurisdiccional y la segunda tutela, no es posible realizar las normas jurídicas abstractas, cuestión ya enunciada también en nuestra disciplina por CALAMANDREI en sus *Instituciones*.<sup>48</sup> De ahí que queramos proponer que la TJ es *funcional* a la *eficacia* de las normas jurídicas y cuando esto ocurre la primera puede ser recién valorada o calificada entonces como *efectiva*.

Sin efectividad de la tutela judicial el ordenamiento o sistema de normas jurídicas es ineficaz y eso compromete en definitiva su validez y/o existencia, en la medida en que se trate de una ineficacia generalizada y constante.<sup>49</sup>

### **Respecto de la eficiencia**

El desenvolvimiento de esta a efectos de poder prestarse en términos de derecho fundamental concreto, <sup>50</sup> supone necesariamente que se inmiscuya este concepto en la técnica procesal utilizada tanto por el legislador en cumplimiento

---

<sup>46</sup> Nicolás CARRASCO, “Efectividad de las normas procesales civiles”, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 52 (2019) 67 – 100.

<sup>47</sup> El Art. 1° de Código Civil Chileno establece, que la ley que es una manifestación de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

<sup>48</sup> Piero CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de la 2ª ed. italiana de Santiago Sentis, Europa América, Buenos Aires, 1963, I, 123-125.

<sup>49</sup> Cfr. KELSEN, 224.

<sup>50</sup> Cfr. Andrés DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia, derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980, 24.

de este mandato constitucional, como por el juez al momento de la substanciación procesal de un caso concreto y materialización de la misma.<sup>51</sup>

De esta proposición hay que develar entonces dos cuestiones antes de desarrollar cualquier explicación: ¿de qué hablamos en el derecho procesal cuando hablamos de eficiencia? y ¿cuál es la importancia de su traducción contemporánea: técnica procesal adecuada o idónea?

En cuanto a la eficiencia, no cabe duda alguna que el concepto no es un concepto jurídico. Proviene de la teoría elemental económica. Esto no es menor porque la mayoría de las personas (sino la totalidad) queremos calificar a cualquier actividad con el calificativo de eficiente.

Digo lo anterior porque desde la doctrina del *análisis económico del derecho* la eficiencia se erige como uno de sus pilares fundamentales. POSNER parte en su clásica obra señalando que los conceptos a utilizar son los de valor, utilidad y eficiencia.<sup>52</sup> Para esta doctrina la eficiencia supone la asignación de recursos en la que se maximiza el valor, reconociéndose sin embargo las limitaciones de esto a la hora de la toma de decisiones sociales.<sup>53</sup>

STORDEUR señala que se trata de un concepto elemental para este enfoque teórico economicista, que importa en la asignación de recursos (escasos) la maximización de la utilidad o riqueza,<sup>54</sup> reconociendo, sin embargo, las limitaciones y la indiferencia de la economía en relación a la justicia y a la equidad tanto del servicio judicial como de su respuesta.

Estas nociones, que sin duda son de utilidad porque recogen la noción de aprovechar al máximo posible los recursos disponibles, no reflejan el completo sentido que le da la realidad al eficientismo procesal. Ello es óbice a que podamos establecer única o puramente criterios económicos para el análisis, la

---

<sup>51</sup> Cfr. MARINONI, *Técnica processual...*, RB-8.8.

<sup>52</sup> Cfr. Richard A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L SUÁREZ, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2007, 37.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 57.

<sup>54</sup> Cfr. Eduardo STORDEUR, *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 20.



configuración normativa y el desenvolvimiento de la prestación jurisdiccional, y en definitiva del concepto en estudio.

Que todas las personas tomen sus decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad o satisfacción, es un estado de cosas supuesto por el AED, que es perfectamente cuestionable y de hecho esta fuera del conocimiento humano el poder comprobar que ese enunciado se dé respecto de los justiciables a todo evento.

Una idea más sencilla es la de reconocer dentro de esta concepción de la eficiencia las limitaciones de la teoría económica y afirmar a la vez que la eficiencia constituye “un test de deseabilidad propia de la mirada económica de la conducta humana. El equilibrio que satisface las condiciones de eficiencia sea en sentido estricto o potencial es deseable desde el punto de vista del bienestar o utilidad, en tanto éstas están en la mejor situación posible dadas las circunstancias del caso”.<sup>55</sup> Este llamado al equilibrio concilia mejor la tradición procesal en los países latinos para con la introducción de terminología económica que comentábamos.

Nuestra tradición procesal es mucho más conservadora. Hablamos hace décadas de un principio orientador que ha estado a la mano todo este tiempo y que refleja una pretensión más simple en la disciplina para con esta terminología. Me refiero al principio de *economía procesal*, que se conceptualiza clásicamente bajo la idea de que el proceso, instrumental que es, no puede ser más costoso que el valor de los bienes que están en debate.<sup>56</sup> Ello supone simplificación de formas, limitación sobre pruebas onerosas, reducción de impugnaciones recursivas, reducción de costes para los justiciables para el desahogo de diligencias, etc.<sup>57</sup> Hoy en Chile, de acuerdo con la doctrina más autorizada, se le continúa

---

<sup>55</sup> STORDEUR, 37.

<sup>56</sup> Cfr. COUTURE, 155.

<sup>57</sup> *Ibid*, 155.

definiendo en términos bastante pragmáticos, como “la obtención del máximo resultado posible con el mínimo esfuerzo”.<sup>58</sup>

La eficiencia está de alguna manera asentada en el ideario procesal. Pero eso no significa que lo sea únicamente desde la óptica del AED. La prestación jurisdiccional como derecho fundamental es una actividad humana cuya función es la materialización de los derechos de las personas. Este regreso hacia la humanización, de volver hacia la justicia “de carne y hueso”<sup>59</sup> supone utilizar a las ciencias auxiliares para ese fin, pero no transformar al derecho en una más de esas ciencias auxiliares. Principalmente porque despojamos al derecho del mínimo componente axiológico que aún le queda, al que la economía es absolutamente indiferente: la búsqueda de alcanzar fines de realización de la justicia a través de su actuación, particularmente del derecho procesal.<sup>60</sup>

DE OLIVEIRA, utilizando como ya hemos detectado y referido precedentemente esta triada de términos de manera indistinta, refiere esta conexión necesaria hacia los valores del ordenamiento jurídico. De hecho, hacia el punto central en estudio que es la TJE y que sincera como el resultado de una conjugación virtuosa de estos conceptos:

“A nuestro entender, la efectividad solo se revela virtuosa si no coloca en el limbo otros valores importantes del proceso, comenzando por el de la justicia, pero no sólo por éste. Justicia en el proceso significa ejercicio de la función jurisdiccional de conformidad con los valores y principios normativos conformadores del proceso justo en determinada sociedad (imparcialidad e independencia del órgano judicial, contradictorio, amplia defensa, igualdad formal y material de las partes, juez natural, motivación, publicidad de las audiencias, término del proceso en plazo razonable, derecho a la prueba).

---

<sup>58</sup> Gonzalo CORTÉS y Diego PALOMO, *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, 54.

<sup>59</sup> MARINONI, *Técnica processual...*, RB-5.2.

<sup>60</sup> Cfr. Lon L. FULLER, *La moral del derecho*, ed. en español, trad. de Francisco NAVARRO, Trillas, Ciudad de México, 1967, 202.

Por eso, la racionalidad del derecho procesal no ha de ser la racionalidad tecnológico-estratégica, sino la orientada por una validez normativa que la fundamente y al mismo tiempo esté fundamentada por el discurso racional del juicio, de modo que la sociedad pueda controlar tanto la corrección material como la concordancia dogmática de la decisión. No desconozco, es claro, que el propio valor justicia, reflejando la finalidad jurídica del proceso, se encuentra íntimamente relacionado con la actuación concreta y eficiente del derecho material, entendido en sentido amplio como todas las situaciones subjetivas de ventaja conferidas por el orden jurídico a los sujetos de derecho”.<sup>61</sup>

Utilizaremos entonces de manera no antojadiza, valernos de la propuesta entregada por Ramón GARCÍA, quien sin necesidad de recurrir al AED en *latu sensu*, propone una categorización inicial de la eficiencia, a la vez que una propuesta de contenido de la misma.

Lo primero que se advierte en esta concepción es la de plantearlo como un principio que informa o debe informar y promover todo sistema de justicia. Esto no es menor, porque en la distinción entre principios y reglas<sup>62</sup> los primeros suponen mandatos de optimización (para el legislador y para el juez al adjudicar) que pueden alcanzar verificación en un grado o medida de posibilidades conforme otras reglas y principios opuestos. Esta idea es importante porque siendo la eficiencia un mandato de optimización en tanto norma jurídica, irradia hacia el resto del ordenamiento procesal en concreto. En Chile la expresión “racionalidad” utilizado por la CPR actual invita a incorporar este principio como un mandato de optimización para el legislador y veremos que también podemos postular lo mismo para el juez dependiendo de la técnica procesal adecuada e idónea que quiera consagrarse. Volveremos sin embargo sobre eso más adelante.

---

<sup>61</sup> Carlos Alberto DE OLIVEIRA, “Efectividad y proceso de conocimiento”, *Revista Jurídica del Perú*, 105, (2009) 277-288.

<sup>62</sup> Cfr. VIGO, *Perspectivas...*, 238.

El principio de eficiencia que propone GARCÍA debe ser “instrumental en la consecución de los fines del proceso (...) y debe estar al servicio del sistema de justicia, de sus valores y objetivos, esto supone un consenso sobre cuales son ellos y explicitarlos tanto como sea posible. Mientras más claros sean ellos, se orienta mejor la gestión necesaria para alcanzar la eficiencia”.<sup>63</sup>

En cuanto al porqué de la eficiencia, destaca este autor que se compone de una doble finalidad axiológica o ética (lo que corrobora la necesidad de este componente que ya hemos venido anunciando) en cuanto a la “correcta utilización de los recursos públicos y asegurar una medida de justicia a todos los justiciables”.<sup>64</sup>

TARUFFO y ORTELLS coinciden, en que la eficiencia debe apuntar a los fines del proceso civil, vinculando este concepto a duración razonable del proceso, costes y calidad de la decisión.<sup>65</sup> Es decir, en general los autores que han escrito sobre el tema han puesto de relieve, ideas similares sobre la identidad del porqué, del *theos* que debe perseguir la eficiencia como principio.

Un sistema procesal moderno debe ser efectivo, eficiente y justo.<sup>66</sup> Es efectivo “cuando hay adecuada fijación de hechos y aplicación de derecho (sentencias bien fundadas) dentro de un tiempo razonable y proporcional con la inversión de los recursos públicos y de los litigantes. Es eficiente, lo que implica que los recursos disponibles para los tribunales sean utilizados para maximizar beneficios y no para desperdiciarlos. Y justo, que los recursos se distribuyan con justicia entre los distintos litigantes, y entre los litigantes presentes y futuros”<sup>67</sup>.

Sin perjuicio de que estas ideas se proponen para analizar el conjunto de casos y no sólo un caso individual, sin duda que tienen sentido en relación al concepto

---

<sup>63</sup> Cfr. Ramón GARCÍA, *Case Management*, Tirant lo Blanch, Santiago de Chile, 244.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 249.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 73.

<sup>66</sup> Cfr. Adrian A.S. ZUCKERMAN, “The Challenge of civil justice reform: effective court management of litigation”, *City University of Hong Kong Law Review*, 1 (2009).

<sup>67</sup> *Ibid.*

de eficiencia en análisis. Esto lo dejo planteado porque luego esto se ve reflejado en la idea de TARUFFO sobre los denominados planos de la eficiencia procesal.<sup>68</sup>

En términos de planos de eficiencia, TARUFFO distingue dos niveles, el institucional y el concreto.<sup>69</sup> Digamos desde ya, que en este trabajo estamos particularmente interesados por el concreto. Respecto del institucional, BERIZONCE a su vez nombra subniveles como la orgánica de la administración de justicia, los modelos procesales, el auxilio a las partes en términos de defensa, disposición de peritos, colaboradores, infraestructura, entre otros.<sup>70</sup>

Respecto de la eficiencia en concreto, es relevante considerar que en un modelo de normas jurídicas abstractas será difícil poder anticiparse al caso concreto y sus dificultades. Por eso GARCÍA propone que exista un adecuado equilibrio entre potestades judiciales y norma procesal abstracta y restar injerencia a la excesiva teorización para priorizar lo empírico; como se dan estos conceptos en la práctica.<sup>71</sup>

Nuestra propuesta es aún más doméstica. Desde la perspectiva de la *técnica procesal* contribuir a concretar tempestividad y costes como dos de los ejes de la nueva tridimensionalidad de los fines del proceso,<sup>72</sup> pero sobre todo a verificar la protección de los derechos. Luego, es dar una vuelta funcional y realista a las regulaciones rituales y potestades judiciales para efectos de instar por una mayor eficiencia, entregando un marco teórico más definido a estas especiales técnicas que se diferencian del rito común ordinario, cuyo anacronismo sin duda es el que motiva todo este tipo de investigaciones.

Usaremos una expresión que se aviene mejor al objeto pretendido: la *idoneidad* o *adecuación* de la técnica o diseño procesal.<sup>73</sup> Es incluso una propuesta para

---

<sup>68</sup> Cfr. Michele TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, Trad. de Maximiliano ARAMBURO CALLE, Marcial Pons, Madrid, 2009, 68-69.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Cfr. Roberto O. BERIZONCE, "Nuevos principios procesales y su recepción en ordenamientos jurídico-nacionales (influencia del derecho internacional y los derechos humanos)", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, 42-9 (2012), 257-289.

<sup>71</sup> Cfr. GARCÍA, 253- 254.

<sup>72</sup> Cfr. GARCÍA, 187-208.

<sup>73</sup> Cfr. MARINONI, *Técnica processual...*, RB-8.8.

erradicar el deo economicista del efficientismo y revalorar la diferencia entre los justiciables, a efectos de lograr la conexión o puente entre el derecho material y el derecho procesal, funcionalmente dispuesto a la verificación del primero en la realidad.<sup>74</sup>

En esta cuestión hay un importante cambio de paradigma en torno a los objetivos del proceso civil (o procesos no penales para darle una visión un poco más amplia). Pasamos de una visión única, de resolución del conflicto de intereses a cualquier costo, para alcanzar una decisión correcta o justa, a un enfoque en la justicia sustantiva, en la justicia procesal y en a la consistencia de las decisiones judiciales.<sup>75</sup> En este sentido se habla de tridimensionalidad de objetivos o fines del proceso: una justicia de costo asequible, de una decisión correcta y efectiva en su ejecución (oportuna y completa) y de tiempos razonables o proporcionados.<sup>76</sup>

Por eso, preferimos la idoneidad o adecuación de la técnica procesal al derecho material protegido, más que hablar de técnica eficiente, para despojarlo del contenido economicista y su indiferencia valórica. Categoricalmente puede entregársele la ubicación que se quiera, pero como sea, afirmamos y nos avocaremos a ello en las páginas que siguen, que en Chile la idoneidad del diseño procesal es condición para la efectividad de la TJ. La afirmación encuentra sentido sobre todo cuando sabemos que este ajado binomio tiene reconocimiento de derecho fundamental en el ordenamiento jurídico chileno.

#### EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TÉCNICA PROCESAL IDÓNEA

Parece un tema muy estudiado el de la TJE, pero la verdad es que no lo es tanto, al menos no en Chile. No puede dejar de referirse antes del fin de la misma, la indeterminación que aún persiste en la conciencia jurídica chilena sobre su

---

<sup>74</sup> Cfr. Álvaro PÉREZ RAGONE, "Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal: el puente de la justicia procedimental", en Giovanni F. PRIORI (coord.), *Derecho Material y proceso*, Palestra, Lima, 2017, 57-80.

<sup>75</sup> Cfr. GARCÍA, 180.

<sup>76</sup> *Ibid.*

contenido. Sostendremos que la TJE es, o tiene, la categoría de derecho fundamental, con todo lo que aquello implica y que dentro de su contenido encontramos la necesidad de eficiencia de la técnica procesal, que reorientaremos axiológicamente como *idónea* o adecuada.

En ese cometido, advierto eso sí, que lo delimitaremos por razones de extensión y pertinencia a la incorporación dentro del contenido sustancial de este derecho fundamental en relación con la eficiencia procesal y particularmente en torno a la real actuación o materialización de los derechos subjetivos e intereses.

Digámoslo desde luego para que sepamos hacia donde iremos. La TJE en Chile se confunde con otras tres categorías que son distintas: el derecho de acción o de acceso a la justicia, el derecho a defensa y el debido proceso.<sup>77</sup> Tal vez la confusión más habitual es aquélla que la hace sinónimo con el último de los conceptos referidos.

### **El contenido asentado en Chile de los derechos fundamentales de orden procesal**

La voz tutela jurisdiccional efectiva proviene o se ha introducido en los países latinoamericanos a propósito de la terminología utilizada por la Constitución Española de 1978, en que expresamente en su artículo 24 consagra a nivel constitucional “la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos”.<sup>78</sup> A nivel del derecho chileno, como hemos referido, es posible evidenciar un contenido difuso de este concepto, pero es posible encontrar algunas manifestaciones de sistematización del asunto. Se trata de un incipiente desarrollo dogmático y jurisprudencial. Esta más o menos asentado que ese es el estado del arte.<sup>79</sup> Sin embargo, es posible afirmar, que existen lugares comunes o puntos de encuentro entre las fuentes para tratar de develar el sustrato teórico.

---

<sup>77</sup> Macarena VARGAS, El derecho a la ejecución forzada: noción e implicancias a partir de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, Ed. Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2019, 30-42.

<sup>78</sup> Andrés BORDALÍ, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la Tutela Judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2011) 311-337.

<sup>79</sup> VARGAS, 30.

### **Primer lugar común: se trata de derechos fundamentales sin reconocimiento normativo expreso**

La constitucionalización de las distintas disciplinas del derecho alcanzó obviamente también al derecho procesal y sus institutos.<sup>80</sup> En la doctrina constitucionalista y procesal chilena no hay ninguna duda. ALDUNATE advierte que el inciso primero del artículo 19 en su numeral tercero consagra el “deber de tutela judicial”<sup>81</sup> tanto para derechos (subjettivos privados debemos entender) como para también los otros derechos fundamentales consagrados en la carta de 1980.

GARCÍA y CONTRERAS discurren sobre la misma idea señalando que se trata de derechos constitucionales que tienen una peculiar característica, al no estar ninguno de los dos expresamente reconocidos por la Constitución chilena.<sup>82</sup>

Andrés BORDALÍ, ya en el plano estrictamente procesal, sostiene que “el reconocimiento de la tutela judicial en cuanto derecho fundamental requiere de un procedimiento interpretativo complejo, pues no hay precepto que lo reconozca formalmente” recurriendo entre otras fuentes a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para justificar su afirmación.<sup>83</sup>

Macarena VARGAS cataloga de *exiguo* el reconocimiento que la Constitución Política de la República de Chile hace de las garantías procesales en general y del derecho a la tutela judicial.<sup>84</sup> A propósito de la falta de reconocimiento y la confusión que ello genera, máxime que las investigaciones de la autora referida se enderezan a buscar fundamentación para vigorizar el contenido de efectividad en cuanto ejecución de las resoluciones judiciales como parte indiscutible de la TJE.

---

<sup>80</sup> Cfr. Giovanni PRIORI, “Del derecho de acción a la tutela jurisdiccional de los derechos”, *Ius et Veritas*, 49 (2014), 146-161.

<sup>81</sup> Eduardo ALDUNATE, *Derechos fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, 205.

<sup>82</sup> Cfr. Gonzalo GARCÍA y Pablo CONTRERAS, “El derecho a la tutela judicial y el debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, 11- 2, (2013) 229-282.

<sup>83</sup> BORDALÍ, *Derecho jurisdiccional...*,185.

<sup>84</sup> VARGAS, 31.



Así las cosas, más o menos es claro, que, pese a su falta de reconocimiento expreso este binomio categorial reviste naturaleza iusfundamental y ello tiene implicancias para el rol y función de la potestad pública que ejerce.

Supone, en una comprensión contemporánea propia del Estado de Derecho Constitucional y de la dogmática de mayor difusión en los países latinos, que éstos conforman un ideario de valores en cuya faceta correctiva o de ordenación de conductas, pueden proyectarse como principios o mandatos de optimización y en definitiva en la categoría de normas jurídicas.<sup>85</sup> Normas jurídicas que no obstante al tratarse de orientaciones de conducta hacia las funciones estatales encargadas de concretarlas reglamentariamente (legislador y juez), ha encontrado un terreno complejo en su integración, no exento de confusiones a la hora de determinar su contenido.

Pese a esta nota de atipicidad resulta importante destacar que si ha recibido pleno reconocimiento por las fuentes jurisprudenciales más relevantes; los fallos del Tribunal Constitucional chileno y la Corte Suprema de Justicia de Chile.

Así, por ejemplo, en nuestros días el TC se ha pronunciado en torno a la naturaleza iusfundamental de la TJE:

“Que, de esta forma, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión. Por una parte, adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho”.<sup>86</sup>

En el mismo sentido, a propósito del *solve et repete*:

“Que, por lo demás, siguiendo esta tendencia, el legislador ha ido derogando expresamente dicho injustificado condicionamiento procesal, por no ser

---

<sup>85</sup> Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Carlos BERNAL, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 67-70.

<sup>86</sup> TC de Chile, Rol 8.452/20, considerando 28º, (2020), en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> (disponible el 15-IX-2020).

conciliable con un régimen de Estado de Derecho. Así, en el Mensaje que dio origen a la aludida Ley N.º 20.087, sobre reforma al procedimiento laboral, y en la que -entre otros aspectos- se eliminó el referido inciso tercero del artículo 474 del Código del ramo, se dejó explícita constancia de que, a este respecto, su objetivo fue “materializar en el ámbito laboral el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone no sólo el acceso a la jurisdicción sino también que la justicia proporcionada sea eficaz y oportuna” (Boletín 3.367-13, Mensaje Presidencial, septiembre de 2003, p. 4).<sup>87</sup>

Pero no sólo el TC chileno se ha pronunciado en fallos recientes sobre su carácter iusfundamental, también lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la República de Chile, independiente de su contenido, que veremos encuentra cierta sistematización por la doctrina chilena.

Así el máximo tribunal ordinario chileno ha dicho recientemente:

“Que uno de los intereses que deben ser protegidos y útil a la resolución que debe ser adoptada, dice relación con el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, asegurado por el N.º 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, como la prerrogativa a la defensa jurídica, a ser juzgado por el juez natural, a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al magistrado, sin estorbos o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente”.

---

<sup>87</sup> TC de Chile, Rol 7.587/19, (2019) considerando 10º, en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> (disponible el 15-IX-2020).

“En el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, cualquier limitación por vía de interpretación que obste al derecho a la tutela judicial, aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como admisible a la luz de lo dispuesto en el N.º 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental”.<sup>88</sup>

Es manifiesta la concepción en un fallo aún más reciente:

“Que tal error configura sin duda una falta grave, desde que impide el acceso al sistema judicial, teniendo en consideración el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos. Tal basamento, que la doctrina denomina como derecho a la tutela judicial efectiva, se constituye como fundamento esencial de todo Estado de Derecho, y se encuentra garantizado mediante el numeral 3º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al consagrar la prerrogativa universal de igual protección de la ley, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, y el derecho a un justo y racional procedimiento, garantía que, además, encuentra como contrapartida orgánica, los principios rectores de la actividad jurisdiccional consagrados en el artículo 76 del texto constitucional, en especial el de inexcusabilidad, que impone a los jueces el deber imperativo de otorgar un pronunciamiento de mérito sobre la controversia que legalmente se le plantee, sin poder excusarse de hacerlo”.<sup>89</sup>

No cabe duda, de acuerdo con estas breves pero contundentes manifestaciones jurisprudenciales, que estamos frente a un derecho fundamental en el ordenamiento chileno. Ahora, de cara revisar el contenido que se le ha dado a

---

<sup>88</sup> CSJ, Rol 5098/2017, considerando 6º, (2017) en [https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Corte=1&CRR\\_IdTramite=3255385&CRR\\_IdDocumento=2761795&Cod\\_Descarga=11](https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=3255385&CRR_IdDocumento=2761795&Cod_Descarga=11) (disponible el 15 - IX-2020)

<sup>89</sup> CSJ, Rol 29.767/2019, considerando 7º, (2020) en [https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Corte=1&CRR\\_IdTramite=3713373&CRR\\_IdDocumento=3202928&Cod\\_Descarga=11](https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=3713373&CRR_IdDocumento=3202928&Cod_Descarga=11) (disponible el 15-IX-2020)

esta categoría no reconocida expresamente, merece atención lo postulado por MARINONI en torno a darle a la TJE una nota diferenciadora que pretendemos contamine todo nuestro análisis para enfrentar el problema desde una aproximación pragmática o funcional. En este sentido, el profesor brasileño postula que estamos frente a un derecho de naturaleza prestacional, el derecho fundamental a la prestación jurisdiccional efectiva que ya fue proclamado como el más importante de los derechos, exactamente por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos.<sup>90</sup>

### **Segundo lugar común: necesidad de precisiones conceptuales**

El segundo lugar común que es posible pesquisar, es que se escogió un tratamiento difuso en cuanto norma, pues no se utilizaron las expresiones tutela jurisdiccional, ni efectividad, ni debido proceso, ni proceso justo, tampoco derecho a la acción ni acceso a la justicia.

Desde ya despejemos: TJE no es sinónimo de debido proceso ni del derecho de acción. Coinciden estudios sobre la jurisprudencia chilena al respecto, en relación con que se trata de categorías distintas y que la CPR lo que hizo fue regular un breve e insuficiente catálogo de garantías en los numerales del Art. 19.<sup>91</sup>

En este sentido, BORDALÍ y VARGAS, coinciden en que deben separarse desde luego los conceptos de debido proceso y TJE conforme la norma constitucional, así como el derecho fundamental de acceso a la justicia o derecho de acción. Es posible sin embargo encontrarlos o situarlos dentro de la precaria regulación.<sup>92</sup> En tanto el inciso primero del Art. 19 se encarga de asegurar a todos los ciudadanos “la igual protección en el ejercicio de sus derechos”.

En el caso del debido proceso o proceso justo, este conjunto de garantías de origen anglosajón<sup>93</sup> encuentra a su vez recogimiento en la expresión *racional y*

---

<sup>90</sup> Cfr. MARINONI, *Técnica Processual...*, RB-8.1

<sup>91</sup> Andrés BORDALÍ, “Análisis crítico...”, y Gonzalo GARCÍA y Pablo CONTRERAS, “El derecho a la tutela judicial y el debido proceso...”.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Cfr. Adolfo ALVARADO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Juris, Rosario, 2009, 177.

*justo procedimiento*<sup>94</sup> consagrada en el artículo inciso sexto de la cláusula en comento que al efecto prescribe:

“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.”

Los incisos primero y sexto, pese a servir de referencia para la interpretación, son normas difusas que, no obstante, permiten por medio de la integración jurisprudencial y la aplicación de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile<sup>95</sup> conforme el Art. 5 inc. 2° de la CPR,<sup>96</sup> ser consideradas como norma jurídica vigente y reconocida en el ordenamiento.

BORDALÍ sistematizando y criticando las descripciones de la jurisprudencia constitucional chilena hasta el año 2011, postula que el artículo 19 numeral tercero comprende cinco derechos: la tutela judicial (del inciso primero), la defensa jurídica y su gratuidad (del inciso segundo y tercero), el derecho a un juez natural (inciso cuarto) y por último “el derecho a un debido proceso”.<sup>97</sup>

Categoriza en este sentido el profesor valdiviano a la TJE como un derecho más amplio o meta derecho donde cabrían los demás, separándolo a su vez del derecho de acción o de acceso a la justicia que sería el punto de inicio, la puerta de entrada a la tutela jurisdiccional, que solo “asegura al justiciable la realización de los actos de apertura y sustanciación del proceso”.<sup>98</sup>

Indica además que no es necesario traer calificativos como el de efectividad pues aquello es propio del derecho español, e implica importar toda la

---

<sup>94</sup>Cfr. BORDALÍ, “Análisis crítico...”, 311-337.

<sup>95</sup> Destacamos particularmente en este último apartado, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1976.

<sup>96</sup> Art. 5 inc. 2° de la CPR: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>97</sup> BORDALÍ, “Análisis crítico...”, 316.

<sup>98</sup> *Ibid.*

problemática interpretativa que ha generado esta expresión en la jurisprudencia hispana.<sup>99</sup>

No concordamos del todo con la categorización ni con este último comentario. Si bien es cierto, es un hecho que se trata de instituciones diversas, la TJE atendido precisamente su nota realista, está fuertemente concentrada en la parcela que le corresponde a la materialización tempestiva, justa y proporcional de los derechos afirmados por quienes reclaman su intervención. Prueba de ello es la contemporánea incorporación del derecho a la ejecución de las resoluciones como parte de su contenido.<sup>100</sup> El debido proceso en tanto, dado su origen anglosajón y de clara vertiente anti absolutista, se construye como un sistema de garantías contra el Estado que dispone de la utilización exclusiva del instrumento procesal para resolver conflictos o proteger derechos. Esto no es baladí, pues como hemos referido hay una diferencia entre la concepción derecho y garantía en que el primero de ellos, evoca para estos efectos particulares analizados, el sentido de prestación estatal más que un elemento de defensa únicamente respecto del abuso y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.<sup>101</sup>

De otro lado, en cuanto a la importación de la expresión efectividad, ésta ha sido reconocida no sólo por el derecho hispano, sino que es una expresión que cruza toda cultura contemporánea continental y prueba de ello es que en la doctrina italiana de autoridad se ha dicho: “la tutela jurisdiccional o es efectiva o no es”.<sup>102</sup> Por ende, sea que le otorguemos nosotros el calificativo o no, es la verdad una valoración deóntica sobre la misma que es difícil de resistir.

Compartimos eso sí, las conclusiones parciales a las que arriba VARGAS al intentar conceptualizar estos institutos complejos. Nos parece que recoge, dentro de la germinal doctrina chilena sobre el punto, (eso sí en clave negativa) una sencilla y eficaz forma de escindir institutos. “El derecho a la tutela judicial es un

---

<sup>99</sup> Cfr. BORDALÍ, “Análisis crítico...”, 311-337.

<sup>100</sup> Cfr. VARGAS, 59.

<sup>101</sup> Cfr. ALDUNATE, 79.

<sup>102</sup> Andrea PROTO PISANI, *La tutela jurisdiccional*, trad. de Giovanni PRIORI, Palestra, Lima, 2014, 12.

derecho fundamental que asiste a todos los ciudadanos. No es sinónimo de acceso a la justicia en tanto actos de apertura e inicio del proceso ni de asistencia jurídica gratuita. Tampoco es sinónimo de debido proceso entendido como el conjunto de estándares mínimos que regulan el desarrollo de un proceso de acuerdo a criterios de razonabilidad y justicia”.<sup>103</sup>

Finalmente, GARCÍA y CONTRERAS se aventuran con una definición en sentido positivo. La TJE “importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales”.<sup>104</sup>

### **La porosidad de la regulación constitucional actual: la necesidad de releer su contenido**

Teniendo presente que, en el derecho chileno, medianamente esclarecido está que debido proceso, derecho a la acción y TJE son cuestiones diferentes, en lo que respecta a este trabajo, es importante saber cuál es el contenido hasta el momento develado del concepto analizado para conocer si dentro de él puede asignarse algún a algo más, especialmente en reconocidos tiempos de crisis por la inefectividad de la justicia.

La garantía del juez natural, el derecho a la defensa, a un juez imparcial, a la motivación de la sentencia, a la impugnación de las resoluciones judiciales, entre otras, forman parte del conjunto de garantías del proceso justo,<sup>105</sup> una categoría que juega una directa relación con la finalidad y función de la TJE, pero que no

---

<sup>103</sup> Cfr. VARGAS, 59.

<sup>104</sup> Cfr. GARCÍA Y CONTRERAS, 244.

<sup>105</sup> Cfr. Enrique NAVARRO, “El Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Alejandro ROMERO, José Ignacio MARTÍNEZ y Jaime ARANCIBIA (Coord.), *Litigación pública*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

se identifica con ella, sino con los estándares conforme a los cuales debe sustanciarse el instrumento de su desenvolvimiento: el proceso judicial.

¿Cuál es el contenido entonces de este derecho fundamental a la TJE y por qué nos interesa releerlo?

De momento, digamos que hay pronunciamientos desde la doctrina comparada y también en Chile. En este sentido, está el derecho chileno un poco atrás en cuanto al reconocimiento de la integridad de su contenido, especialmente en aquello que dice relación con la pretensión correctiva del calificativo *efectividad*.

### **Ventajas de la porosidad iusfundamental**

Independiente de si estemos en la posición de considerar, especialmente al Art. 19 numeral primero de la CPR como una regla o un principio, la expresión *textura abierta* es muy reveladora de la situación que se quiere plantear.<sup>106</sup> El problema del lenguaje en la utilización de la técnica regulatoria es una cuestión pasada, actual y futura.

“Es una característica de la condición humana (y por ello también condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos”.<sup>107</sup>

El diagnóstico de HART no puede ser más certero y es precisamente la pretensión de certeza y formalismo absoluto lo que lleva al *paraíso de conceptos jurídicos*.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> HART, 155.

<sup>107</sup> *Ibid.* 160.

<sup>108</sup> *Ibid.* 162



En efecto, debe reconocerse que, a propósito de pautas de conducta de la mayor generalidad como lo es una norma iusfundamental para la administración de justicia, no puede pensarse únicamente con un sentido y para todos los casos de manera uniforme. Si bien es cierto la Constitución chilena fue precaria en la regulación, y preferiríamos una mayor definición de intenciones, se agradece al momento de interpretar (o argumentar) el contenido de un derecho fundamental, la ductilidad como nota distintiva.<sup>109</sup> Esto permite que problemas o propósitos no tenidos a la vista al momento de positivizar puedan irse incorporando conforme la evolución y el dinamismo de la realidad jurídica y social.

Estoy por esta flexibilidad y/o ductilidad como propone ZALGREBELSKY ante la indeterminación,<sup>110</sup> o visto desde una perspectiva más general, por entender que la TJE en tanto derecho fundamental forma parte de la *porosidad* del sistema jurídico.<sup>111</sup>

Esta apertura y dinamismo permite integrar no solo normas en las respuestas que debe dar el sistema, sino también y sobre todo principios y valores. Si nos detenemos acá, logramos traer esa *juridicidad indisponible* o contenido mínimo como primera cuestión,<sup>112</sup> y consecuentemente el fácil reconocimiento por parte de la unidad porosa de los derechos fundamentales y sus mutaciones estacionarias.

Finalmente, este sistema flexible permite una rehabilitación de la razón práctica, como se ha venido postulando, y que es más accesible para la cultura jurídica europea continental propia de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en pro de instaurar el Estado de Derecho Constitucional. Lo anterior por dos razones: necesita el juzgador en la integración de los valores y principios de argumentación, de razonamiento, de la razón para la justificación de la decisión, en un intento por superar la búsqueda dogmática permanente de

---

<sup>109</sup> Cfr. Gustavo ZALGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011, 14.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Cfr. Juan Antonio GARCÍA AMADO, "Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2 (1985), 297-316.

<sup>112</sup> Cfr. Rodolfo VIGO, "La ley natural y la ciudad", *Prudentia Iuris*, 72 (2011), 157-195.

voluntades de la autoridad. Y además permite tener como directriz al componente axiológico ético o moral, que estimo forma parte u orienta basalmente al derecho, y que puede venir representado como bien común, interés público o el nombre que quiera dársele.

En concreto, en las Actas Oficiales de formación de la CPR de 1980 no hay constancia siquiera que se haya abordado derechamente el tema relativo a la efectividad de la tutela judicial, sino más bien se englobó todo dentro del concepto de debido proceso legal. En este sentido se decidió voluntariamente, que la consagración a nivel constitucional debía ser flexible o porosa. Así, en la sesión N°101,<sup>113</sup> Ortúzar, presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, señalaba que el concepto “ya está incorporado a la doctrina jurídica universal y, en segundo lugar, es un concepto cuyas precisiones pueden ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y precisadas por la jurisprudencia” como de hecho ha ocurrido. En consecuencia, se le considera como un concepto flexible, que va modificándose conforme a la evolución institucional, política y social de un país.

Con lo dicho, debemos plantear que la realidad social y política del país exige una relectura de la integración de este derecho fundamental. Ello ya se ha hecho y nadie ha rajado vestiduras. Primero siquiera existía la idea de TJE en la Constitución chilena. Luego, el concepto fue integrándose no exento de confusiones y la doctrina y jurisprudencia han hecho un esfuerzo para delimitarlo y contornearlo. Hoy no hay duda de que es un concepto separado de las garantías del proceso justo y que tiene un contenido diverso, pero esencialmente prestacional. Sin embargo, la cuestión no termina ahí, el objeto de nuestro análisis es el inciso primero del Art. 19 de la CPR, en cuanto derecho fundamental, lo que se ha dicho sobre él en forma aislada y lo que se ha ido proponiendo para adecuarse a los tiempos que corren, dadas sus características porosas o abiertas.

---

<sup>113</sup> Cfr. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 100ª, 30 de diciembre de 1974, III.

### La integración progresiva de su contenido

Aprovechando la textura abierta declarada de la consagración precaria que la CPR de 1980 detenta en cuanto a TJE, veamos básicamente que es lo que se ha recogido en tanto base jurisprudencial y doctrinal. Es relevante en este sentido señalar que la mayoría (sino todos) de los autores chilenos que se han referido a la materia se pronuncian en torno a la jurisprudencia del TC chileno. Sin embargo, es de destacar que hay coincidencias y desencuentros.

En primer lugar, se trata de normas que imponen un “mandato al legislador” para su regulación.<sup>114</sup> Por ende, la técnica legislativa influirá directamente sobre la concreción de la TJE, cuestión importante de cara a lo que pretendemos develar finalmente pues esta idea implica que se reconozcan distintas naturalezas en los requerimientos de tutela, por ende, el diseño procesal, ahora en clave de derechos fundamentales, debe tender a la máxima realización posible del derecho en análisis. Agreguemos sí, que la TJ como señala ALDUNATE, es un derecho prestacional en Chile tanto para la tutela de derechos constitucionales como para los de valor infra constitucional,<sup>115</sup> parece obvio, pero es mejor explicitarlo.

En segundo lugar, se trata de “garantías adaptadas a los procedimientos”.<sup>116</sup> GARCÍA y CONTRERAS no lo dicen expresamente por su cercanía al Derecho Constitucional más que al Derecho Procesal, pero lo que plantean es una idea trabajada en la dogmática procesal: la TJE tiene un elemento común y es que se reconozcan las características particulares de los derechos que se pretenden tutelar. Deben reconocerse y tratarse las diferencias que son manifiestas en la realidad material y que ya ha venido haciendo el derecho sustancial desde hace mucho tiempo. Es más explícito en este sentido NAVARRO, que trata a esta característica común al debido proceso y a la TJE señalando que “las garantías dependen de la naturaleza del asunto”.<sup>117</sup> Un ejemplo palmario es el proceso del

---

<sup>114</sup> GARCÍA y CONTRERAS, 240.

<sup>115</sup> Cfr. ALDUNATE, 205.

<sup>116</sup> García y contreras, 243.

<sup>117</sup> Enrique NAVARRO, “El debido proceso en la jurisprudencia del TC chileno”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 19 (2013) 121-145.

trabajo en Chile, que reconoce y absorbe instrumentalmente principios propios de las normas laborales materiales a efectos de corregir las evidentes condiciones de desigualdad de las partes en este tipo de relaciones contractuales.

En tercer lugar, en cuanto a su contenido esencial, es posible distinguir que los autores coinciden en cuanto las siguientes manifestaciones:

- a. Derecho de acceso a la justicia y derecho de acción
- b. Resolver las pretensiones conforme derecho.
- c. Derecho a una sentencia motivada y fundada
- d. Derecho a la duración racional del proceso judicial o sin dilaciones indebidas.
- e. Derecho a la irrevocabilidad de la decisión jurisdiccional o cosa juzgada.
- f. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

El contenido pareciera muy prístino, sin embargo, de lo que menos se habla en nuestro medio es de la parte más concreta de su contenido, de la parte de este núcleo esencial que forma parte de la efectividad, de la realización de los derechos materiales, de la función jurisdiccional propiamente dicha. Es decir, del escaso reconocimiento que se da a “la efectividad de las resoluciones judiciales”.<sup>118</sup>

Si bien es cierto se han reconocido al menos las categorías de la ejecución y la razonabilidad del uso del tiempo como hemos señalado, éstas son las que denotan menos desarrollo.

Macarena VARGAS al respecto es categórica. Se trata de un derecho fundamental que va más allá de la declaración de mérito, pues con ella no se acaba el ejercicio jurisdiccional.<sup>119</sup> El abandono de la ciencia procesal chilena a estas cuestiones a contrario del sobre estudio respecto a la actividad cognitiva o

---

<sup>118</sup> BORDALÍ, “Análisis crítico...”, 133.

<sup>119</sup> Cfr. VARGAS, 9.

de declaración de los jueces, es sin duda un factor para la no consideración de la efectividad en el estudio del derecho fundamental a la tutela judicial.

#### LA IDONEIDAD PROCESAL: DE LA TUTELA CAUTELAR A LAS TUTELAS DIFERENCIADAS

Dentro de la expresión *efectividad* a propósito del análisis del contenido nuevo o reciente que podamos ir integrando a la TJE en Chile, BORDALÍ nos dice se pueden categorizar tanto la ejecución como la actividad, tutela o protección por vía cautelar.<sup>120</sup> En el mismo sentido, PRIORI en Perú ha postulado expresamente a la efectividad como una garantía que comprende no solo la ejecución sino también la cautela a efectos del cumplimiento de las resoluciones judiciales.<sup>121</sup>

Sin duda, investigaciones contemporáneas como la ya referida de VARGAS y otras como la de SILVA,<sup>122</sup> van concretando definitivamente la idea que la ejecución en tanto momento, proceso autónomo o actividad jurisdiccional, debe quedar consagrada como parte del contenido indiscutible de la TJE.

Sin embargo, sobre lo que no hay consenso en Chile dice relación con que la TJE comprenda el derecho a la actividad cautelar. En nuestro sistema procesal civil aún vigente, llamadas todavía por su denominación medieval como *medidas precautorias*.<sup>123</sup>

Esto es un punto de partida para el reconocimiento de otras formas de tutela jurisdiccional<sup>124</sup> distintas a la cognitiva y a la ejecutiva. Estas otras formas desmitifican la idea de una única vía y el reconocimiento de la flexibilidad necesaria para adecuar las necesidades sociales al tiempo procesal.

El punto no es menor, pues lo cierto es que la tutela cautelar es la primaria y más elemental categoría dentro del derecho procesal que reconoce lo concreto de

---

<sup>120</sup> Cfr. BORDALÍ, "Análisis crítico...", 133.

<sup>121</sup> Cfr. Giovanni PRIORI, *El proceso y la tutela de los derechos*, Fondo Editorial, Lima, 2019, 77.

<sup>122</sup> Nos referimos en especial a la obra *La transparencia patrimonial del deudor en la ejecución civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

<sup>123</sup> Código de Procedimiento Civil de Chile, Título V, libro II.

<sup>124</sup> Cfr. PRIORI, *El proceso...*, 144.

un proceso y la necesidad de adecuación de la técnica procesal que debe existir en toda prestación de tutela judicial.<sup>125</sup> Sobre ella se ha construido el debate para discutir en torno a que las formas de tutela provisional de los derechos<sup>126</sup> pueden resolver el eterno problema procesal del tiempo y la eficiencia.

En este sentido, reconoce y propone la consagración de la tutela cautelar dentro de la TJE BORDALÍ al señalar: “el valor que debe ser atribuida a la tutela cautelar, debe entenderse en la necesidad de las partes de un proceso judicial que ampare a los derechos e intereses esgrimidos de una manera efectiva y en sus propios términos”.<sup>127</sup> Se esgrime jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en base a la cual se ha afirmado que la tutela cautelar constituye un componente esencial del derecho a la tutela judicial y de cómo esta sentencia fue reconducida por la doctrina italiana en torno a que la idea central es el reconocimiento de la flexibilidad y adaptación tutelar a las necesidades y de entregar respuesta pronta y efectiva según el tipo de derechos de que se trate.<sup>128</sup> Nuevamente algo que ya hemos venido tratando, independiente de si se le catalogue como cautelar o no: la necesidad de flexibilizar la tutela judicial para que ésta sea o pueda realmente siquiera ser efectiva. Para ello el basamento es reconocer la existencia de diferencias y en que la uniformidad del procedimiento civil es un mito, como viene denunciando hace más de una década MARINONI.<sup>129</sup>

PICO Y JUNOY, en España aboga también por la inclusión de estas otras técnicas diversas enfocadas en la efectividad. “La efectividad de la tutela judicial, a pesar de ser un asunto debatido y controversial en sí mismo, hace relación al acatamiento y cumplimiento de la resolución judicial: que ella sea capaz de producir un cambio en la vida cotidiana de las personas o, en otras palabras, que la jurisdicción logre realmente tutelar y reestablecer el derecho inobservado. Así, el principio de efectividad (que se manifiesta, incluso, en el nombre de la tutela

---

<sup>125</sup> Cfr. MARINONI, *Técnica procesal...*, RB-5.2.

<sup>126</sup> Gonzalo CORTEZ, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016, 5.

<sup>127</sup> BORDALÍ, “Análisis crítico...”, 133.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> Cfr. MARINONI, *Ténica processual...*, RB-3.1.

judicial, al ser esta efectiva) se concretaría en tres grandes garantías: la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, la potestad cautelar del juez (medidas cautelares), y, especialmente, en la ejecución -incluso compulsivamente- de la resolución judicial firme”.<sup>130</sup>

De los trabajos chilenos que han abordado el problema, quienes se oponen, al menos formalmente, a reconocer la tutela cautelar como parte del núcleo central, son Gonzalo GARCÍA y Pablo CONTRERAS señalando como argumento único que si la tutela cautelar constituyera parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva “debería concurrir siempre en todo procedimiento, cuestión que no acontece puesto que depende de circunstancias contingentes propias de la naturaleza de la pretensión. Existen determinados presupuestos jurídicos para la adopción de una medida cautelar: el *fumus boni iuris* (apariencia del buen derecho), el *periculum in mora* (el peligro en la demora), la adecuación, la no irreversibilidad y la proporcionalidad. La concurrencia de la apariencia de un buen derecho “no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo). La medida cautelar, por otro lado, requiere que exista un real, efectivo y grave peligro que su no disposición derive en consecuencias irreparables”.<sup>131</sup>

Resistimos el planteamiento de los profesores GARCÍA y CONTRERAS por las siguientes razones:

En primer término, el argumento es que para que las medidas cautelares se den en un proceso determinado deben cumplirse una serie de presupuestos que no se dan en todos los casos. Esta es una confusión entre potencia y acto como apunta MONROY<sup>132</sup> usando la clásica diferenciación aristotélica. Antes de la existencia del proceso (potencia), y para el evento de que sea necesario en lo concreto (acto) existe un derecho prestacional a la protección judicial que se compone de una serie de subderechos que hemos ido recogiendo, dentro de los

---

<sup>130</sup> Joan PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2011, 85.

<sup>131</sup> GARCÍA y CONTRERAS, 252.

<sup>132</sup> MONROY, 245.

cuales (recientemente en Chile) se ha reconocido a la ejecución y creemos también debiera reconocerse la eventual protección cautelar o provisional a través de sus distintas nomenclaturas. Obviamente, puestos en el caso concreto, si no es necesaria o no se dan los supuestos que permiten la concesión de la tutela provisional, cautelar, anticipatoria, de urgencia o como se le quiera titular a esta serie de nuevas tutelas jurisdiccionales (intentaremos incardinarla en lo futuro) este derecho no podrá darse en la especie, del mismo modo que si no me encuentro en la posición jurídica de dueño, el tribunal no podrá proteger mi derecho de dominio en un juicio declarativo pues nunca fui titular del mismo. Toda institución procesal tiene supuestos de concreción, pero eso no quita que en tanto eventualidad debe existir la posibilidad y disponibilidad de una tutela adecuada para cumplir el estándar de efectividad.

Como señala ROSATTI, “el derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del Estado -monopolizador del servicio de administración de justicia - el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta”.<sup>133</sup>

El segundo argumento, es que los autores mencionados citan dos fallos<sup>134</sup> que muestran indirectamente supuestos de pronunciamientos sobre tutela cautelar. Desde ya digamos que en realidad versan sobre formas que puede adoptar la tutela provisional como la anticipación o la conservación del *status quo*, más que sobre cautela en *stricto sensu*, y en ambos el razonamiento no es por el rechazo a la posibilidad de que forme parte esta modalidad tutelar, sino que en realidad reconocen la existencia de la misma y la confrontan con otros derechos materiales infra constitucionales. Por ejemplo, de técnica anticipatoria<sup>135</sup> en pro de la protección de derechos subjetivos cuya afectación requería de un

---

<sup>133</sup> Horacio ROSATTI, *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1984, 47.

<sup>134</sup> Ambas sentencias del TC de Chile: Rol 349/04, considerando 37°, (2004), en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> (disponible el 15-IX-2020) y Rol 2.411/13, considerando 6°, (2013), en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> (disponible el 15-IX-2020).

<sup>135</sup> Cfr. Felipe POZO, *La Tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2013, 63.



pronunciamiento acelerado. Por otro lado, se comenta un fallo en que se concluye la superposición de la tutela de urgencia por encima de la bilateralidad de la audiencia, que sin dudas forma parte del núcleo esencial asentado del debido proceso. ¿Cómo es posible que el TC haya justificado por encima de una garantía del debido proceso a una decisión mediante tutela o técnica de urgencia sin que ésta última forme parte de algo de tal entidad que permita hacerlo ceder? Pporque como se ha dicho, se reconoce indirectamente que existen otras formas de tutela jurisdiccional para el derecho material a proteger. Existen y son parte de la necesidad de cada caso concreto, cumpliéndose los presupuestos de concesión. Su punto de confluencia o inicio fue el instituto cautelar, expandiéndose hacia la tutela cautelar innominada,<sup>136</sup> porque judicialmente todo lo extraño a las dos modalidades típicas de tutela (declarativa y ejecutiva) se le cataloga en Chile como de naturaleza cautelar.

Esta impropiedad ha sido recogida por la doctrina chilena a propósito del proceso de protección<sup>137</sup> (proceso chileno declarativo tutelar de derechos fundamentales denominado comúnmente como *Recurso de Protección*) pero no por el lenguaje judicial que insiste tozudamente en el equívoco de considerarla como una *acción cautelar*.<sup>138</sup> Hoy sin embargo, aquello se ha complejizado y hay nuevas categorías, un paso más allá de la actividad cautelar, que se conjugan funcionalmente para brindar tutela y combatir el problema tiempo-efectividad.

---

<sup>136</sup> MARINONI, *Técnica Processual...*, RB. 4.2.

<sup>137</sup> Art. 20 de la CPR: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

<sup>138</sup> Gonzalo CORTEZ, *La tutela cautelar...*, 15.

Estamos sin duda por la incorporación en el contenido del derecho a la TJE de estas nuevas técnicas en cuanto idóneas para servir funcionalmente a la meta de la tarea jurisdiccional.

Se trata de matrices diferentes del molde procedimental tradicional. Diferentes de lo cognitivo y ejecutivo, como parte si se quiere, de la tutela cautelar, de la tutela provisional o simplemente de la necesaria idoneidad o adecuación que la prestación jurisdiccional requiere a cambio de poder realizar la justicia, más que arrojar una solución inocua e intempestiva, pero legal.<sup>139</sup>

### LA RELACIÓN ENTRE TÉCNICA PROCESAL Y EFECTIVIDAD

La técnica procesal es una variante específica para la disciplina de la ciencia procesal de la técnica jurídica en general, que permite ir transformando las directivas de política jurídica en reglas claras (agregamos nosotros también principios), es decir materializando las fuentes materiales del derecho en fuentes formales.<sup>140</sup>

En sentido procesal, fue definida por PODETTI para el proceso civil como “el conjunto de procedimientos idóneos para su realización, desde la elaboración y formulación de la norma, hasta la interpretación de las normas procesales y jurídicas en general, y de los hechos probados, dentro de la sentencia”<sup>141</sup>.

En este sentido, no debe confundirse el *tecnicismo o formalismo procesal* con la técnica procesal. El primero de ellos, es una hipérbole, una atrofia de las formas que en sí mismas terminan considerándose un fin, obstaculizando la realización de los fines del proceso<sup>142</sup>. Muy por el contrario, la técnica puede contribuir, y

---

<sup>139</sup> ROSATTI, 43.

<sup>140</sup> Cfr. Daniel Roberto HERTEL, *Técnica processual e tutela jurisdiccional: a instrumentalidade substancial das formas*, Faculdade de Direito de Vitoria, Vitoria, 2004, 60, en <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/38>, (disponible el 15-IX-2020)

<sup>141</sup> J. Ramiro PODETTI, *Teoría y técnica del proceso civil*, 1963, Buenos Aires, Ediar, 1963, 303.

<sup>142</sup> Cfr. José Roberto DO SANTOS, *Efectividade do processo e técnica processual*, 3ª edición, Malheiro Editores, Sao Paulo, 2010, 76.

creo que es factor determinante para la efectividad de la tutela jurisdiccional cuando se pone al servicio funcional de los fines del proceso.<sup>143</sup>

Clásicamente se ha entendido en sentido amplio que la técnica procesal debe ser analizada desde tres visiones: “desde la técnica adecuada para la formulación de las leyes procesales, para enseñar derecho procesal y para interpretar la ley en la sentencia o para la sentencia”.<sup>144</sup>

En concreto, cuando nos referimos a la necesidad adecuación de la técnica, como parte del derecho fundamental a la TJE, nos referimos a la elaboración y a la interpretación (argumentación en el EDC) judicial de la norma procesal. Sin perjuicio del importantísimo rol de la enseñanza sobre la técnica, que moldea tradiciones culturales jurídicas.

MARINONI nos advierte sobre la necesidad de separar técnica y tutela. En el sentido que “es necesario aclarar que la tutela del derecho no se confunde con las técnicas procesales destinadas a permitir su prestación. Hay que establecer de una vez por todas, la separación entre las tutelas prometidas por el derecho material y las técnicas procesales. La tutela resarcitoria y la sentencia condenatoria están en planos diferentes, así como son distintos todos los tipos de tutela judicial de los derechos frente a los tipos de sentencias.”<sup>145</sup>

Se plantea este plano diferenciador con la sentencia porque el mismo MARINONI ha postulado que componen entre otros a la técnica procesal idónea, una acción adecuada al tipo de tutela que se persigue, un procedimiento no rígido o uniforme, la disponibilidad de medidas cautelares o de técnicas anticipatorias, inhibitorias, de urgencia u otras diferenciadas frente a las necesidades del caso concreto, sentencias adecuadas a la especificidad de los casos y medios ejecutivos idóneos que favorezcan o vayan en pro de la realización del derecho.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> Cfr. HERTEL, 62

<sup>144</sup> PODETTI, 304.

<sup>145</sup> Luiz Guilherme MARINONI, “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, en Giovanni PRIORI, *Derecho material y proceso*, Palestra, Lima, 2017, 53.

<sup>146</sup> MARINONI, *Técnica Processual...*, RB-8.8.

Por su parte “la presentación de una solución en el plano del derecho material puede facilitarse o alcanzarse mediante el uso de la técnica procesal. En otras palabras, es mediante la elaboración, conocimiento e interpretación que la tutela jurisdiccional puede tornarse efectiva”.<sup>147</sup>

Hay en realidad más que una posibilidad, una relación directa y necesaria entre la idoneidad de la técnica procesal y la tutela del derecho. Es decir, mientras más optimizada está la técnica, mayor será la intensidad de efectividad con que podremos calificar a la actuación de la jurisdicción en su función protectora.

“Entre las tutelas de los derechos y las técnicas procesales debe haber una relación de adecuación. Así, hay tutela del derecho material y derecho de acción. Quien debe tutela judicial al derecho, como respuesta al derecho de acción, es el Estado. Pero el derecho de acción, porque es el derecho a través del cual se puede ejercer la pretensión a la tutela judicial del derecho material, es el derecho a una acción adecuada, valga decir es el derecho a que, entre otras técnicas procesales, exige la sentencia capaz de permitir la tutela del derecho material”.<sup>148</sup>

“No se puede pensar en tutela judicial efectiva, sin separar las distintas formas de tutela de los derechos de las técnicas procesales que deben posibilitar su prestación. Esta separación es imprescindible para probar la compatibilidad de la estructura técnico procesal con el derecho fundamental de acción”.<sup>149</sup>

#### **LA TÉCNICA PROCESAL IDÓNEA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Como corolario de las postulaciones efectuadas hay un argumento iusfundamental que no dice relación directa con las normas constitucionales procesales sino con el tratamiento igualitario prometido por la CPR a todos los ciudadanos.

En efecto el Art. 19 numeral segundo de la carta fundamental chilena expresa:

---

<sup>147</sup> Cfr. HERTEL, 66.

<sup>148</sup> MARINONI, “Derecho a la tutela...”, 54.

<sup>149</sup> *Ibid.*, 54.

“La constitución asegura a todas las personas:

la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

La consagración en una Constitución como la chilena, de marcado orden normativo neoliberal,<sup>150</sup> con un Estado basado en el principio de subsidiariedad, tiene como corolario lógico el establecer una igualdad meramente formal. Es decir, declarar que no pueden establecerse diferencias fuera de la razón por parte del Estado, pero no más que eso. Nada de acciones positivas en pro generar igualdad material.

Sin embargo, con el desarrollo del Derecho Constitucional y particularmente con la arremetida del EDC, es indispensable repensar el contenido y significación de esta norma. La igualdad que debe y está consagrada constitucionalmente debe mirarse bajo el prisma de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional.

Esto supone necesariamente entender que la igualdad material se consigue sólo reconociendo la diferencia entre las personas que quedan sujetos al ordenamiento jurídico. En el reconocimiento estatal de la diferencia está la igualdad concreta, pues ello implica el reconocimiento de ventajas y desventajas en los planos de la realidad material, económico, social, cultural, religioso, étnico, de género, entre tantas otras particularidades.

Con lo dicho entonces, cabe preguntarse la igualdad de trato que promete el Estado ¿cómo se concreta en el plano procesal?, ¿tratando a todos como iguales de manera absoluta? En situaciones de igualdad, venga la igualdad formal y absoluta pues allí obviamente el principio tiene aplicación abstracta. ¿Y ante situaciones de desigualdad como las expresadas? En tal caso la igualdad se logra

---

<sup>150</sup> Cfr. Juan Carlos FERRADA, “La Constitución económica de 1980”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 11 (2010), 47-54.

precisamente por vía el trato racionalmente desigual (o no arbitrario) que permite reconducir el desequilibrio que existe dentro y fuera de las situaciones de facto.

Esta crisis del concepto de igualdad y su necesaria integración o definición ha sido abordada por la doctrina constitucional chilena, y se ha dicho que se trata de una expresión que no puede ser considerada en forma absoluta, sino que la igualdad debe ser para los iguales y la diferencia para quienes se encuentren razonablemente en una situación de diferencia<sup>151</sup>. Estableciéndose, por ejemplo, a propósito de la jurisprudencia del TC, cinco estándares para racionalizar la desigualdad que no solo mantienen incólume la norma constitucional, sino que además materializan y promueven la igualdad para con grupos desventajados o vulnerables. Entre ellos se encuentran: a) el trato diverso se justifica en la medida en que las situaciones fácticas se diferencian por cuestiones objetivas y relevantes, b) que no importe hostilidad hacia un grupo vulnerable ni se establezcan privilegios personales indebidos, c) la diferencia debe perseguir una finalidad lícita, d) adecuación y necesidad de la diferenciación para el fin perseguido y e) debe pasar un examen de proporcionalidad constitucional.

NOGEIRA, a propósito de las acciones positivas en promoción de la igualdad, señala que ésta es una condición general de validez de las leyes y un derecho subjetivo público de las personas y supone tratamiento diferenciado en aquellos casos en que hay diferencias jurídicas relevantes.<sup>152</sup>

De muestra un botón. En el plano económico el Estado chileno ha proveído de beneficios tributarios y exenciones a los pequeños y medianos empresarios.<sup>153</sup> En materia de desarrollo indígena se ha encargado de crear un estatuto indígena<sup>154</sup> que intenta responder (independiente de si lo ha logrado o no) a su deber de promover e instaurar la promoción de los derechos de los pueblos originarios en consideración a sus diferencias con otras personas dentro del Estado, en sentido

---

<sup>151</sup> Cfr. Jorge CORREA, "Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?", *Anuario de derecho público*, 1 (2011), 102.

<sup>152</sup> Cfr. Humberto NOGEIRA, "El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas", *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, 2-13 (2006), 61-100.

<sup>153</sup> Ley 21.207 de 20 de enero de 2020.

<sup>154</sup> Ley 19.253 de 05 de octubre de 1993.

positivo. Ambos cuerpos normativos son ejemplos de manifestaciones de primera tutela diferenciada, en que el Estado legislador es capaz de reconocer la diferencia para promover o aspirar al menos a un estado de igualdad real o efectiva. ¿La solución contraria supondría auxiliar de beneficios tributarios por ejemplo a los grandes consorcios empresariales? Ello derivaría obviamente en una mayor desigualdad material, en una atrofia de las condiciones de competencia en la economía y nadie cuestionaría su inmoralidad. Deben aplicarse estos mismos estándares de promoción y respeto por el trato racionalmente desigual en el ámbito procesal. Obviamente ello debe ir acompañado de las particularidades de seguridad que requiere el proceso y que ponen al proceso justo como el elemento guardián de la racionalidad y justicia de su desenvolvimiento. Es una cuestión de proporcionalidad y de equilibrio, no de sesgos.

#### **LA DOCTRINA POR LA REIVINDICACIÓN DE LA IDONEIDAD PROCESAL**

Sin perjuicio de lo que ya hemos dicho a propósito de la relación entre el componente axiológico de la TJE y su relación con la técnica procesal, conviene asentar la idea de que, por lo que se aboga no es por cualquier técnica sino por aquélla que sea capaz o apta para materializar derechos y hacerlos efectivos en la realidad. Es decir, se aboga también por el componente deóntico en el análisis de la técnica. De esta manera se recogen las diferencias de los casos concretos y en definitiva de las situaciones de facto diversas que pueden provocarse en el plano material.

Estas ideas, no tienen ninguna pretensión de novedad, como nada de lo que he planteado en este primer capítulo, pero eso no quita la motivación de introducir este enfoque funcional sobre categorías que ya existen, de las cuales se habla o se ha hablado en otras realidades cercanas, integrantes también de nuestra tradición jurídica. La aspiración es a que éstas pueden redefinirse y utilizarse como un medio para elaborar, leer y adjudicar el derecho procesal

desde la perspectiva del EDC, sin necesidad en lo deseable, de que pendan de reformas legislativas.

Esta idea de idoneidad o adecuación, en cuanto calificativo axiológico sobre la técnica procesal, se ha usado y se usa tanto para referirse a la técnica como para referirse a la tutela. Los primeros esbozos de ella parten de la obra del profesor italiano Andrea PROTO, quien fue capaz de detectar esta necesidad de idoneidad para que la efectividad pudiera prosperar. Llega a manifestar incluso en esta relación entre ambos calificativos (sumado a la oportunidad en que acaece la tutela) una relación condicional.<sup>155</sup> Famosa es su frase, la tutela jurisdiccional “es efectiva o no es”.<sup>156</sup> Refleja plenamente el pensamiento del autor en tanto “la tutela jurisdiccional no es una forma abstracta, indiferente a las características de la situación sustancial necesitada de tutela, sino por el contrario, es un aspecto necesariamente concreto que se va modelando en torno a las particularidades y exigencias de protección de la situación jurídica sustancial cuya protección se pretende en el proceso”.<sup>157</sup>

La reivindicación de la técnica y la conexión entre los calificativos deónticos referidos, es posible atribuirlo a la recepción de la doctrina contemporánea italiana por la dogmática brasileña de las últimas décadas. Antes y más ahora desde la dictación del Código Procesal Civil de 2015. Particularmente en nuestros días, destacable es en este sentido la obra del Luiz Guilherme MARINONI.<sup>158</sup> Es de hecho él quien separa estas categorías expresamente y postula que responden a criterios de clasificación diversa.<sup>159</sup>

Ya hemos expresado a lo largo del trabajo, latamente la visión de MARINONI sobre la técnica procesal y su necesidad de adecuación a la tutela del derecho

---

<sup>155</sup> Cfr. PROTO, 12.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>158</sup> Es deber mencionar también a otros autores que forman parte de esta camada de procesalistas como Daniel MITIDEIRO, Sergio CRUZ ARENHART, Cândido RANGEL, Carlos Alberto DE OLIVEIRA, entre otros.

<sup>159</sup> Cfr. MARINONI, “La tutela judicial...”, 53.



material, y cómo esta idea forma parte del contenido del derecho fundamental a la TJE, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

DE OLIVEIRA, ha también propuesto la lectura de la actividad legislativa y judicial (técnica en sentido amplio) en miras de la eficacia normativa de los derechos fundamentales, señalando que “El propio proceso pasa así a ser el medio de formación del derecho, sea material o procesal, lo que se ve incrementado por la constatación de que el proceso deber servir para la producción de decisiones conforme a la ley; pero, además. Dentro del marco de corrección. Sirve esencialmente para la producción de decisiones justas”<sup>160</sup>.

En el Perú, Giovanni PRIORI, a quien debemos la traducción de varias obras de Andrea PROTO, reivindica la necesidad de entender a la TJE en base a la idea de idoneidad o adecuación de la tutela jurisdiccional. Postula que esta idoneidad debe ser material e instrumental.

La idoneidad material importa la disponibilidad de remedios legales adecuados para la lesión del derecho sustantivo y la actividad del Juez de otorgar ese remedio previsto por el ordenamiento abstracto confiriéndolo en el caso concreto, considerando las particularidades del caso.<sup>161</sup>

La idoneidad instrumental por su parte supone que el proceso debe ser el adecuado para brindar el remedio que el ordenamiento jurídico haya previsto para la protección del derecho material.<sup>162</sup>

En Argentina, Roberto BERIZONCE, ha destacado que “la universalidad del proceso ordinario atenta contra la necesidad de tratamiento específico de las varias situaciones de derecho material. Como se ha señalado esa concepción se inspira en la ilusión de neutralidad del proceso en relación al derecho material, que llega a ser confundida con la autonomía del proceso. No cabe admitir, especialmente en el Estado cosntitucional de justicia, que el proceso civil vaya a

---

<sup>160</sup> DE OLIVERA, “El derecho a...”, 191.

<sup>161</sup> Cfr. PRIORI, “Del derecho de acción...”, 159.

<sup>162</sup> *Ibid.*, 160.

desligarse del papel que el derecho material y los derechos fundamentales desempeñan en la sociedad".<sup>163</sup>

Jorge PEYRANO, ha intentado darle una estructura de sistematización a estas técnicas que recogen la diferencia del caso concreto, señalando que son una realidad y que es posible evidenciarlas "cuando - excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del Servicio de Justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama - se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del Servicio de Justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos y notoriamente, de las matrices vigentes clásicas".<sup>164</sup>

En Chile, poco se ha dicho al respecto, y esperamos poder abrir la discusión o montar al menos un andamiaje mínimo teórico sobre el cual puedan descansar técnicas o diseños procesales en pro de una mejor administración de justicia.

A propósito del análisis de una manifestación de las técnicas procesales anticipatorias, se encuentran trabajos que abogan por la pretensión de corrección que implica la idoneidad o adecuación. Así, POZO refiere que "Los procedimientos tradicionales no son idóneos para atender a las nuevas situaciones sustantivas que requieren tutela o para adaptarse a los nuevos procedimientos que plantea la sociedad actual.

La superación de estos obstáculos constituye un requisito esencial para garantizar a todas las personas el derecho fundamental a una tutela efectiva, de caso contrario, como lo señalábamos en un principio, si no existen mecanismos

---

<sup>163</sup> Roberto O. BERIZONCE, "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas" *Ius et Veritas*, 40 (2010), 244-253.

<sup>164</sup> Jorge PEYRANO, ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada, en Argentina?, *Revista peruana de derecho procesal*, 12 (2008), 229-244.

que hagan efectiva la aplicación de los derechos, su naturaleza viene degenerada a meras declaraciones de principios o buenas intenciones”.<sup>165</sup>

Felipe RAYO, a propósito de un interesante estudio sobre la necesidad de técnica monitoria en Chile, también anuncia lo evidente, “debemos entender que el derecho a la jurisdicción no puede ser comprometido ni obstaculizado mediante las imposiciones de formalismos enervantes ni con interpretaciones de las formas procesales en un sentido contrario a la finalidad para la que se han establecido. Una actitud excesivamente formalista, del legislador o del órgano jurisdiccional, no es admisible. Las formalidades deben ser sólo aquéllas que aparezcan justificadas, legitimadas y proporcionadas conforme su finalidad”.<sup>166</sup>

Un buen ejemplo, en sentido negativo, pero en pro del reconocimiento de la técnica procesal adecuada y su conexión a la efectividad, denuncia JENKINS a propósito de la carencia de idoneidad tutelar del procedimiento contenido en la ley 20.606 sobre medidas de antidiscriminación, también conocido en Chile como “ley Zamudio”.<sup>167</sup> Afirma que “el Estado está en la obligación de ofrecer una protección jurisdiccional a las personas, no bastando para ello la implementación legal de una simple acción judicial, sino que debe instaurar toda una maquinaria estatal (orgánica y procesal) dirigida a lograr la tutela efectiva de los derechos (una tutela intencionada) que responda sobre el fondo del asunto”.<sup>168</sup>

#### LA RECONEXIÓN MATERIA-PROCESO

Creo que, si bien el punto está hecho, es menester señalar que todas estas propuestas de integración de nuevos elementos a la efectividad de la TJ responden a una cuestión más general, que es la reivindicación que se viene postulando en la doctrina contemporánea de la conexión entre derecho material y derecho procesal. El estado actual del arte entre ambos planos es de disociación.

---

<sup>165</sup> POZO, 22.

<sup>166</sup> Felipe RAYO, *Proceso Monitorio Civil*, Metropolitana, Santiago de Chile, 35.

<sup>167</sup> El nombre deriva del caso del brutal homicidio cometido en Santiago de Chile en contra del Joven Daniel Zamudio (Q.E.P.D) por razones homofóbicas.

<sup>168</sup> Gaspar JENKINS, “La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva”, *Estudios constitucionales*, 18-1 (2020), 211-258.

Lo anterior producto de las aspiraciones de autonomía, tanto del proceso como de la acción en tanto estructuras objeto de estudio disciplinar. En hora buena que así fue, sin embargo, esa época ya pasó, y el extremo de este cientificismo, la forma y la idealización del proceso en tanto categoría llevaron al *insularismo procesal* respecto de las necesidades del derecho material.

TARUFFO ha graficado muy bien esta situación afirmando que el procesalista tipo ha abandonado el estudio del derecho material y su conexión al proceso. “Como máximo se reconoce, de acuerdo a la doctrina estándar, que el proceso tiene como finalidad la tutela y la aplicación del derecho, y por tanto, tiene una función instrumental respecto de la aplicación concreta de las normas sustanciales”.<sup>169</sup>

En definitiva “La justicia o equidad procedimental sustenta así la realidad de unión e interdependencia, no de dicotomía, entre sustancia y procedimiento. El énfasis en la dignidad individual ante los órganos del Estado, en especial el que acá se trata, el juez, se entiende como un derecho de dignidad del ser humano<sup>170</sup>” y quien pretenda una disociación absoluta entre ambos planos, el material y el procesal, esta “desafiando la realidad”.<sup>171</sup>

En algún modo, entre líneas podemos leer a DE LA Oliva en este mismo camino cuando se atreve a ir contra la abstracción y reivindica el derecho a la tutela jurisdiccional concreta; “por lo demás, raya en la evidencia que el derecho a la tutela jurisdiccional, no puede ser sino a una tutela concreta, al menos en el orden civil. La tutela jurisdiccional en abstracto sólo puede concebirse identificándola con la existencia de la jurisdicción en general, esto es, identificándola con el conjunto de dispositivos destinados a satisfacer ciertos derechos concretos cuando existan. No resulta proporcionado a lo que se prohíbe, ni mínimamente serio, prohibir la autotutela, y a cambio, establecer tan sólo el simple derecho de

---

<sup>169</sup> Cfr. Michele TARUFFO, “Derecho sustancial y procesal”, en Giovanni F. PRIORI (coord.), *Derecho Material y proceso*, Palestra, Lima, 2017, 14-19.

<sup>170</sup> Álvaro PÉREZ-RAGONE, “El Impacto Del Diálogo Entre Derecho Sustantivo Y Derecho Procesal (The Impact of the Dialogue between Substantive Law and Procedural Law)” *Revista Derecho del Estado*, 41 (2018), 255.

<sup>171</sup> *Ibid.*, 258.

acudir a una especie de oficina de reclamaciones, que resolverá sobre éstas sin preocuparse para nada de un inexistente derecho del reclamante a lo que reclama".<sup>172</sup>

Nos preguntamos sinceramente, ¿existe algún/a justiciable que recurra al órgano jurisdiccional para obtener solo formas procesales abstractas? Nadie afirma la existencia de un derecho o interés sólo para buscar forma, éste es el instrumento; la función y finalidad son otras.

La preocupación del caso concreto y sus particularidades es lo que orienta este tipo de lecturas o relecturas sobre la técnica procesal. Ella cuando toma estos caracteres diferenciadores, adaptándose a las particularidades ha sido concebida bajo el rótulo de *diferenciada*<sup>173</sup>, pues se aleja del tronco común que representa el marco rígido de la uniformidad procedimental. Esta diferenciación, aún ambigua entre nosotros, es la que Andrea PROTO cataloga en 1973 a propósito de un estudio sobre el proceso del trabajo en Italia, como "Tutela jurisdiccional diferenciada",<sup>174</sup> abriendo sin duda un mundo de discusiones en torno a este concepto y sus significaciones y un apetito por parte de la doctrina latinoamericana de utilizarla. Esta conducta de encontrar en ella una vía hacia la efectividad no es sino muestra de la evidente precariedad que cruza todos nuestros sistemas procesales y que necesita de un sustento teórico, práctico e institucional de cara a transitar de las meras declaraciones al plano de la efectivización.

Estoy consciente de que se trata de una terminología ambigua que puede invocar a equívocos y por cierto a polémica. El propio padre de la expresión así lo declara.<sup>175</sup> Encontraremos este calificativo para referir procedimientos, técnicas, tutelas, instrumentos o mecanismos procesales. No obstante, hay una idea común detrás y aquello no puede negarse. Además, por mucho que el propio artífice de la expresión lo resista, *principio de adquisición procesal* de por medio, ya

---

<sup>172</sup> DE LA OLIVA, 12.

<sup>173</sup> MARINONI, *Técnica processual...*, RB-8.8.

<sup>174</sup> PROTO, 12.

<sup>175</sup> *Ibid.*, 78.

es parte del acervo cultural de la ciencia procesal contemporánea. La tarea es develar sus manifestaciones reales, determinar si es posible afirmar su existencia en tanto categoría autónoma y medir su real utilidad funcional respecto de la TJE, a la vez que ponerla a prueba con las garantías abstractas y concretas del proceso justo.

## CAPÍTULO II: LA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA

### INTRODUCCIÓN

Las nuevas concepciones sobre tutela jurisdiccional y sus fines nos ponen frente a un prisma diverso en cuanto a la concepción dialéctica con la que estamos acostumbrados a entender el proceso judicial. Y a reconocer por consecuencia, las diferencias que componen o integran el conflicto y a los sujetos que en él intervienen o participan.

En nuestro sistema, hay sin duda un esfuerzo por el reconocimiento de esas diferencias materiales y una pretensión de corrección de la desigualdad por vía de actividad estatal. ¿La actividad jurisdiccional alcanzó a empaparse de este fenómeno? La respuesta es sí. Prueba de ello es la creación de procedimientos especiales, diversos al tratamiento ritual civil que se ha entregado a la litis familiar, laboral, medioambiental, a la discriminación civil, a la protección de datos personales, entre otras.

No puede ser de otra manera pues forma parte de las funciones estatales y en cuanto tal debe ajustarse a los compromisos celebrados por el Estado de Chile en el derecho internacional, así como actualizarse al desarrollo y evolución dinámica de los derechos no patrimoniales y fundamentales tanto en el ámbito del pensamiento jurídico como en la normativa material concreta. Estimamos, sin embargo, que este fenómeno, replicado también en nuestro sistema judicial, carece aún de un sustrato teórico, orgánico y funcional sobre el cual descansa tanto la tarea legislativa, la lectura que la academia hace de ella y, sobre todo, de la recepción que los tribunales chilenos han hecho de estas técnicas procesales orientadas a la protección judicial idónea.

La labor en este capítulo es intentar conocer las notas distintivas y comunes de este fenómeno procesal elevado por la doctrina comparada a la autonomía disciplinar: la tutela jurisdiccional diferenciada.

Desde ya, ensayemos una idea a efectos de clarificar el camino. La voz tutela, se dispara desde el vértice del fin o concepción contemporánea de la jurisdicción que apunta hacia el resultado verificable de protección efectiva de los derechos e intereses y no desde las herramientas o haz de herramientas<sup>176</sup> que el legislador por mandato constitucional pone a disposición de las partes y del juez para esta tarea. Luego, parece más adecuado preliminarmente decir que el enfoque esta puesto en la detección y sistematización de este conjunto de técnicas procesales, que estructuralmente y orientados por principios y reglas particulares, tienden hacia este fin de otorgar una tutela jurisdiccional diferenciada.

Intentaremos asimismo responder a la pregunta más común que se formula cuando se usa la expresión *diferenciada*: ¿diferenciada respecto de qué?

Esta pregunta y su consecuente respuesta llevará a la búsqueda de los orígenes de esta categoría, a los problemas de indeterminación que la propia doctrina ha denunciado y a responder a la sub interrogante de si ¿existen estas tutelas diferenciadas en Chile?

La promesa es intentar reivindicar su autonomía y jerarquía disciplinar, pensando en explicar el fenómeno de los procedimientos especiales diseminados por todo nuestro ordenamiento y entregar una respuesta teórica en cuanto a las fronteras y límites de estas estructuras complejas.

En lo concreto, el final del capítulo se propone un cuadro comparativo de procedimientos especiales en que cabrían las particulares notas que caracterizan a este tipo de tutelas procesales, evidenciando que existen niveles de intensidad en cuanto a la diferenciación, y terminando con la explicación del porqué decantarnos hacia el proceso laboral para el análisis jurisprudencial y de *praxis* en la absorción de estas técnicas, que se desarrollará en la parte final de la investigación.

---

<sup>176</sup> Cfr. Álvaro PÉREZ RAGONE, "Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria", *Revista peruana de derecho procesal*, 4 (2001), 199-230.



La pretensión no es otra que formular y responder a la pregunta que hace más de una década se hizo y respondió PEYRANO en Argentina con una claridad meridiana: ¿Qué es y que no es una tutela jurisdiccional diferenciada?<sup>177</sup>

#### EL ORIGEN DE LA EXPRESIÓN Y SU EVOLUCIÓN EN EL PENSAMIENTO DE ANDREA PROTO

La doctrina italiana es la que vio nacer el concepto de TJD en 1955, específicamente mediante la expresión utilizada por Mauro CAPPELLETTI, en que se postula por vez primera, en su obra *La jurisdicción constitucional de la libertad*, 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)”.<sup>178</sup>

CAPPELLETTI centra esta necesidad de *diferenciar* en cuanto a las formas, en un modo reforzado, diferente por su estructura y fundamentalmente por sus efectos, del que se persigue, en los juicios ordinarios”,<sup>179</sup> en torno al carácter supra individual y esencialmente no patrimonial de esta categoría de derechos.

Para ello, se advierte por el maestro italiano que la utilización del *amparo* (en Chile su equivalente sería el proceso de protección, o recurso de protección contenido en el Art. 20 de la CPR) se muestra como la primera y mejor forma de tutela jurisdiccional diferenciada para la protección de derechos fundamentales.<sup>180</sup>

No obstante que se introdujo por CAPPELLETTI la expresión, fue durante la década de los setenta que, gracias a la obra del profesor Andrea PROTO PISANI es que la TJD cobra vida propia.

---

<sup>177</sup> Cfr. Jorge W. PEYRANO, “¿Qué es y que no es...?”

<sup>178</sup> Mauro CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, Ed. peruana, trad. del italiano de Héctor FIX ZAMUDIO, Palestra, Lima, 2010, 21.

<sup>179</sup> *Ibid.*, 25.

<sup>180</sup> Cfr. PRIORI, *El proceso y...*, 140.

La terminología altamente equívoca<sup>181</sup> como el mismo profesor florentino señalara años después, nace a propósito de una publicación en la prestigiosa revista *Il foro Italiano*, en septiembre de 1973. La publicación original lleva por nombre *Tutela Guirizionale differenziata e nuovo processo del lavoro (\*) (premesse alla legge 11 agosto 1973 n. 533)* y en una veintena de páginas tuvo por objeto ofrecer un análisis fresco de un acontecimiento no menor en el ordenamiento procesal de la época. La extirpación del procedimiento civil común, de las litis que versaba sobre derecho material del trabajo. Nada más próximo al análisis de esta investigación. Es decir, la primera *diferenciación* procesal que se advirtió dogmáticamente es aquella que permitió sustanciar de otro modo, con otros principios y con técnicas procesales diversas, al proceso del trabajo.

Puede que los elementos del análisis de PROTO se hallen en obras anteriores en términos técnicos, esparcidos por la literatura especializada sin esta denominación, pero hay una cosa que no puede desconocerse y es que pocas publicaciones indexadas tienen el privilegio de tener el impacto que tuvo este trabajo para toda la cultura procesal continental, sobre todo en Latinoamérica.<sup>182</sup>

Posteriormente, seguirían esta línea investigativa del autor, tres trabajos que complementan la postulación original y que, reflexiones mediante, demarcan el pensamiento evolutivo del profesor de la *Università degli Studi di Firenze*, en relación a esta categoría.

En el artículo científico de 1973, PROTO comienza a tejer las características esenciales de la idea de TJD, pero debemos hacer presente que se observa el carácter de ser una primera aproximación.

La primera cuestión que se denuncia para justificar la necesidad de una tutela preferente, diferenciada, diversa, es el punto desde donde se proyecta la diferencia. En ese sentido, el procedimiento civil común regulado en el *Código di*

---

<sup>181</sup> Cfr. Andrea PROTO, "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*, 5 -1 (2014) 169-184.

<sup>182</sup> Cfr. PRIORI, *Tutela...*, 12.

*procedura civile* de 1942 es el punto inicial para la comparación. Esta referencia aún está presente en los tratadistas contemporáneos<sup>183</sup> adaptando los análisis a cada ordenamiento en particular. Ya hemos develado en el capítulo anterior lo penetrante del mito del procedimiento civil común, esencialmente privatista, dialéctico y de arraigada cultura decimonónica.

PROTO aborda entonces en su primer discurso sobre el tema, tres cuestiones. El problema: la profunda crisis del proceso civil, las causas de la crisis y el impacto sobre los conflictos laborales; su propuesta y la justificación de la misma.<sup>184</sup>

Respecto del problema, este no es otro que el tiempo de sustanciación del proceso del trabajo. Pone de manifiesto las estadísticas de duración que en la época se evidenciaban respecto de la tramitación del juicio civil común: de 5 a 6 años promedio. Nada muy diverso de la realidad latinoamericana y sobre todo chilena, y como esto impactaba a los conflictos laborales que presuponen una relación jurídica sustancial en que: “la intervención jurisdiccional solo tiene significado si es inmediata o de todas formas rápida – es decir, a las situaciones sustanciales que sufren un daño irreparable al prolongarse en el tiempo su estado de insatisfacción – o la tutela jurisdiccional es rápida o sino el proceso termina en una negación sustancial de justicia: no realiza la función que le fue asignada por el Art. 24 de la Constitución”.<sup>185</sup>

Al respecto hay que anotar que “las controversias individuales de trabajo y seguridad social tienen por objeto en su mayoría, situaciones sustanciales para las cuales la rapidez del proceso es un elemento fundamental para su *efectiva tutela*”.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> Al respecto puede verse: en Luiz Guilherme MARINONI, *Técnica processual e tutela...*

<sup>184</sup> Cfr. Andrea PROTO, “Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo Del Lavoro (Premesse Alla Legge 11 agosto 1973 n. 533)”, *Il Foro Italiano*, 96-9 (1973) 205-250, en [www.jstor.org/stable/23164193](http://www.jstor.org/stable/23164193) (disponible el 2-XI- 2020).

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> *Ibid.*

Como se ve, hay dos ideas claras en el trabajo original de PROTO: no todas las relaciones sustanciales deben recibir el mismo tratamiento procesal, ergo hay una conexión materia -proceso que debe reivindicarse, y de no ser así, aquello amenaza gravemente la efectividad de la tutela prometida por el constituyente.

En relación a las causas que concretan esta profunda crisis, hay un segundo grupo de cuestiones denunciadas, que resulta muy importante destacar en relación a esta investigación, pues ya en este primer esbozo se denuncia que pese a las reformas legales para el proceso del trabajo, la práctica forense, el uso judicial y la aplicación en definitiva de los preceptos, no han sido absorbidos de forma sistémica o estructural y orientados a un tratamiento diferenciado considerando las personas involucradas y el tipo de conflicto. Así señala PROTO que “La falta de previsión de una adecuada fase preparatoria para la primera audiencia de negociación (fase preparatoria cuya importancia había sido evidenciada por Chiovenda) y la notable limitación de poderes del Juez efectuada por la norma de 1950, han agilizado de facto el proceso de destrucción del modelo de proceso propuesto por el legislador de 1942”.<sup>187</sup>

“Suprimidas las preclusiones – o con mayor exactitud, abolida cualquier disciplina de determinación, aún progresiva. Del *thema decidendum* – la primera audiencia de negociación es degradada a una descarada comedia, donde partes y jueces, aun cuando tienen la posibilidad de encontrarse físicamente, no pueden instaurar un diálogo (...) es decir, una vez admitido que las partes pueden utilizar deliberadamente todo el transcurso de la instrucción para especificar los hechos constitutivos de la demanda y/o de las excepciones y para solicitar la admisión de los medios de prueba, el proceso ha vuelto a ser un negocio privado entre partes, donde el juez ha vuelto a asumir la figura del tercero incómodo”.<sup>188</sup>

Finalmente, denuncia tres problemas normativos y de aplicación forense que incrementarían la crisis: a) la falta de aplicación de las normas que permiten ejecución provisional, b) la ausencia de casación para atacar las sentencias que

---

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> *Ibid.*

inaplican o aplican erróneamente convenios colectivos y c) la falta de legitimidad procesal para que los sindicatos participen del proceso laboral representando trabajadores o empleadores.<sup>189</sup>

Frente a esta problemática y ante la innegable necesidad de diferenciación, se pregunta PROTO dos cuestiones: ¿por qué se justificaría en este caso solo intervenir el proceso laboral? y ¿está legitimado constitucionalmente este trato *preferente*?

Ambas interrogantes no han dejado de estar vigentes, especialmente entre los defensores de la neutralidad del proceso y las formas, cuestión que será abordada más adelante.

La primera pregunta es objetada aludiendo a un mal entendimiento de las relaciones proceso y relaciones jurídico-sustanciales y a un formalismo difundido que abarca tanto la interpretación legal como los esfuerzos de reforma legal.<sup>190</sup>

En este sentido, PROTO reconoce que la relación laboral está compuesta por una parte en detrimento económico; y otra fuerte económicamente, que no están en condiciones de igualdad. La primera de ellas con menores posibilidades de resistencia y mayormente propensa a un daño por la espera en el proceso. En este sentido, se postula uno de los pilares en la concepción contemporánea sobre la tutela jurisdiccional diferenciada: “Ahora bien, cuando el legislador debe predisponer para una sola categoría de derechos debe tomar en cuenta las peculiaridades de estos derechos (derechos evidentemente identificados también por los sujetos titulares de los mismos) a fin de predisponer un *procedimiento técnicamente adecuado* a la necesidad de tutela específica”.<sup>191</sup>

“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

---

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> *Ibid.*

sustancial cuya necesidad de tutela ha surgido progresivamente y ha logrado ser reconocida a nivel político a través de la historia”.<sup>192</sup>

“El proceso de cognición ordinario constituye solamente el procedimiento que se seguirá en aquellos casos donde el legislador no haya previsto un procedimiento específico que tome en cuenta las características particulares de la controversia, de la situación sustancial necesitada de tutela”.<sup>193</sup>

La segunda pregunta sobre la legitimidad constitucional de este trato preferente se responde luego de un análisis de abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en relación con la legitimidad de técnicas sumariales, concentradas, procedimentales, cautelares, de flexibilidad probatoria y de ejecución, similares o vinculadas a las dispuestas en la Ley 533 de 11 de agosto de 1973 sobre nuevo proceso laboral en Italia. En este análisis se concluye por PROTO:

- a) La tutela jurisdiccional no es una forma abstracta, indiferente de las características de la situación sustancial necesitada de tutela, sino al contrario, es un *quid* extremadamente concreto que se modela – muchas veces de un modo extremadamente articulado – sobre las particularidades y sobre las exigencias de tutela de las situaciones sustanciales deducidas en juicio”.<sup>194</sup> En esta conclusión y en todas las consecuencias procesales derivadas hay una fuerte influencia del concretismo procesal, corriente seguida por su maestro Virgilio ANDRIOLI, quien fuera a su vez discípulo directo de Giuseppe CHIOVENDA. Como sabemos CHIOVENDA fue el mayor exponente en Italia de la teoría concreta del derecho de acción.<sup>195</sup> Las referencias a *sommo* Chiovenda son numerosas en todas las obras de Andrea PROTO.

---

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> Cfr. Francisco HOYOS, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, 105.

- b) No existe un proceso neutral. Se postula la deferencia del proceso para con las particularidades subjetivas y objetivas de las situaciones sustanciales deducidas en juicio. “La investigación llevada a cabo en los párrafos precedentes ha demostrado ampliamente que una neutralidad tal no ha existido nunca en la legislación procesal, sino solo, en todo caso, en la mente fecunda de algunos juristas”.<sup>196</sup>
- c) Se deriva de fuente constitucional, un reconocimiento de la relación sustancial que genera el trabajo, que se caracteriza por una desigualdad económica, teniendo el Estado el deber de promover la corrección de esa desigualdad y la participación entonces adecuada en el proceso de los sujetos de esa relación. De hecho, PROTO señala que los trabajadores tienen en la Constitución italiana de 1948 un tratamiento privilegiado.<sup>197</sup> Ello justifica la intervención sectorizada en términos reformistas del legislador procesal.

### **Las explicaciones de 1977 y 1979**

Durante los años posteriores a la publicación original del concepto de tutela jurisdiccional diferenciada, se incorporaron nuevas reflexiones sobre la misma, a propósito de una polémica con el procesalista napolitano Giovanni VERDE.<sup>198</sup> El cuestionamiento especialmente está dirigido al presunto uso de la técnica procesal para justificar fines políticos en el derecho. PROTO salió al paso y se hizo cargo en dos posteriores trabajos de sus ideas precisando la justificación y la importancia de las tutelas diferenciadas.

En el primer trabajo, que data de 1977, a propósito de una conferencia de diciembre de dicho año,<sup>199</sup> se especifican los significados para el mejor entendimiento del concepto en estudio:

---

<sup>196</sup> Cfr. PROTO, “Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo...”.

<sup>197</sup> *Ibid.*

<sup>198</sup> Andrea PROTO, “Notas mínimas de las tutelas jurisdiccionales diferenciadas”, trad. del italiano de Giovanni PRIORI, en Giovanni PRIORI (coord.), *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima, 2014, 189 - 195.

<sup>199</sup> *Ibid.*

“Una cosa es la tutela jurisdiccional diferenciada, entendida como la predisposición de varios procedimientos de cognición plena y completa, algunos de los cuales son modelados con base a la particularidad de cada situación sustancial controvertida” y otra cosa es aquél significado de esta voz con la que se pretende “teorizar la predisposición de ciertas formas típicas de tutela sumaria (cognitiva o también meramente ejecutiva)”.<sup>200</sup>

La justificación en el segundo trabajo sobre el tema aporta elementos nuevos a los postulados originales, destinados en concreto a derrotar las críticas de VERDE sobre otorgar privilegios procesales injustificados por vía sumaria a determinados sujetos procesales. La idea general de VERDE es que la utilización de las tutelas diferenciadas y su expansión podría llevarla fuera de los límites constitucionales al reducir y también al alargar el área de privilegio sobre la cual se construyen estas estructuras procesales.<sup>201</sup>

Discurre ahora el autor, sistematizando sus argumentos en favor de la racionalidad de la técnica sumarial descartando por lo tanto un injustificado privilegio, cuando:

- a) La tutela sumaria “sea dirigida a evitar el costo del proceso de cognición plena, donde faltaría (sic) una seria voluntad de contestación por parte del obligado. Es ésta la justificación racional que está a la base de la técnica del procedimiento monitorio (...)”.<sup>202</sup>
- b) La tutela sumaria “sea dirigida a evitar que el demandado abuse del derecho de defensa garantizándole formas del proceso de cognición plena”.<sup>203</sup>
- c) La tutela sumaria “sea dirigida a garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional con referencia a todas aquellas situaciones de ventaja, a todos aquéllos derechos que teniendo contenido y/o función (exclusiva

---

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> PROTO, *Tutela Jurisdiccional...*, 284.

<sup>202</sup> *Ibid.*, 192.

<sup>203</sup> *Ibid.*, 193.



o prevalentemente) no patrimonial, sufrirán (*rectius*: sus titulares sufrirán) un perjuicio irreparable (no susceptible, esto es, de tutela adecuada, en la forma del equivalente monetario) donde deberían permanecer en un estado de insatisfacción por todo el tiempo necesario hasta la emanación de una sentencia (ejecutiva) al término del proceso de conocimiento pleno”.<sup>204</sup>

Se mantienen incólumes los principios originales inspiradores del instituto, llamados *situaciones de ventaja* por el autor,<sup>205</sup> así como la vinculación que tiene el ejercicio y tutela de sus derechos con una necesidad imperiosa y preferente de efectividad o materialización. No obstante, aparece con los años la reflexión sobre un nuevo foco problemático (que persiste hasta hoy) y que es el debate sobre los criterios para la cognición plena y la cognición sumarial. En ese sentido, es trascendental el tratamiento vigoroso que le otorga el maestro florentino a las técnicas sumariales, como una herramienta para poder obtener como resultado una tutela con atención a lo diferenciado. Decimos trascendente porque se ha focalizado por ejemplo en Latinoamérica la controversia sobre la TJD en torno a la utilización de este tipo de técnicas<sup>206</sup>, y sabemos que no es la única forma de obtener el resultado de protección diferenciado.

Posteriormente, en 1979 PROTO reconoce que la voz tutela jurisdiccional diferenciada es una expresión altamente equívoca y lo pernicioso de su uso indiscriminado.<sup>207</sup> En este sentido, vuelve sobre la idea de reconocer que la TJD se puede construir (que era la primera advertencia del trabajo de 1977) sobre la base de procedimientos de cognición plena estructuralmente concebidos en atención al sujeto y/o al tipo de derechos comprometidos y en base a técnicas sumariales, pero hace presente (y esta idea es nueva en su pensamiento) que la primera opción no parece la mejor solución.<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> *Ibid.*, 194.

<sup>205</sup> Cfr. PROTO, *Tutela Giurisdizionale Differenziata...*

<sup>206</sup> Cfr. ROMERO, I, 64.

<sup>207</sup> Cfr. PROTO, *La tutela jurisdiccional...*, 200.

<sup>208</sup> *Ibid.*, 202

No se desconoce la existencia de este fenómeno como una realidad o faz dentro de las TJD, pero se pone de relieve los problemas que esta decisión de técnica legislativa acarrea:

- a) Se construyen sin considerar la falta de especialidad de los jueces y no necesariamente responden con la aceleración exigida para estas particulares situaciones ventajosas establecidas por el derecho material.<sup>209</sup>
- b) Es imposible al legislador prever todas las particularidades de cada litis para otorgar la tutela más idónea a los casos concretos.<sup>210</sup>
- c) El exceso de ritos especiales provoca problemas de competencia al coexistir todos estos procedimientos especiales con un procedimiento llamado común.<sup>211</sup>
- d) Se presenta el problema de la conexión entre demandas sujetas a procedimientos diversos y su necesidad por razones de concentración de tener que optar por un solo rito. PROTO en este caso pone como ejemplo la hipótesis de la excepción de compensación laboral con un crédito de naturaleza civil.<sup>212</sup>

Para salvar estos inconvenientes, el autor valora la utilidad de la diversidad de procedimientos de cognición plena estructurados sobre la base del tema litigioso, pero incorpora lo que él estima deben ser los límites que orienten dicha opción diferenciadora. Por un lado, se debieran introducir únicamente a efectos de proteger integralmente situaciones de ventajas establecidas por mandato constitucional y por ende para ese tipo de derechos materiales. En segundo lugar, debe focalizarse esta decisión legislativa en miras de la eficiencia de la administración de justicia donde las formas de tutela sumarial típica no son posibles.<sup>213</sup>

---

<sup>209</sup> *Ibid.*, 203

<sup>210</sup> *Ibid.*, 209.

<sup>211</sup> *Ibid.*

<sup>212</sup> *Ibid.*, 232

<sup>213</sup> *Ibid.*, 244 y 245.

Luego, reflexionando sobre la segunda alternativa, que es la cognición sumarial y sus formas, Andrea PROTO, profundizó en 1979 en esta tarea de encontrar justificación racional del privilegio de afectación del derecho de defensa y del principio de igualdad que presuntamente llevaría implícito el uso de la tutela sumarial.<sup>214</sup> Así, desmarca categóricamente a la TJD de las formas de tutela sumarial cautelar (nuevo elemento a considerar considerando sus explicaciones originales) y se centra en aquélla que como él refiere estaría desenganchada del requisito del *periculum in mora*<sup>215</sup> llamada por CALAMANDREI tutela sumarial no cautelar.<sup>216</sup>

Al respecto, recoge desde el ordenamiento procesal italiano casos que responderían a este tipo de formas procesales, intentando extraer principios comunes, observando en ellos una faz *estructural*, que podemos identificar como la predisposición normativa, el andamiaje<sup>217</sup> de este conjunto de técnicas basadas en una cognición parcial o incompleta y una *funcional* que permita identificar en estos andamiajes un propósito u orientación clara: evitar el abuso del derecho de defensa, evitar el costo temporal del proceso donde no hay seriedad de oposición y garantizar efectividad a las situaciones materiales de ventaja o derechos materiales no patrimoniales (exclusiva o prevalentemente) que sufrirían por definición un perjuicio no susceptible de ser reparado mediante las típicas formas de tutela resarcitoria.

Con este análisis, PROTO efectúa dos propuestas relevantes al final de su investigación: propone eliminar categorialmente de la tutela sumarial no cautelar a la ejecución provisional y a las sentencias de condena, por no estar dotadas de estructura y función sumarial (lo que no quita que puedan posteriormente ser consideradas como técnicas de TJD – solo que no son sumariales ni cautelares según el autor) y además reconoce la necesidad de darle estabilidad a las

---

<sup>214</sup> Andrea Proto, "Sulla Tutela Giurizionale Differenziata", *Rivista di diritto processuale*, 35-4 (1979) 536-591.

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> Jorge W. PEYRANO, "Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada", *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2009) 21-28

resoluciones dictadas mediante cognición sumarial, sea que se produzcan dentro de un procedimiento principal o en sub procedimientos inmersos en otro principal. Estos últimos planteamientos, así como la idea de estabilidad, como veremos tendrán cobijo en la literatura latinoamericana que promueve el uso de técnicas autosatisfactivas o de urgencia.

### **La necesidad de deshacer los nudos de la tutela jurisdiccional diferenciada**<sup>218</sup>

Tendrían que pasar treinta años, para que se volviera a publicar un texto específico de PROTO PISANI sobre las tutelas jurisdiccionales diferenciadas. En 2006, aparecen estas reflexiones sobre sus planteamientos de 1973, en el mismo lugar que los vieron nacer: *il Foro Italiano*.<sup>219</sup> Las mismas reflexiones fueron nuevamente publicadas sin mayores alteraciones a propósito de una conferencia dictada para la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú el 19 de mayo de 2014.<sup>220</sup>

En esta etapa, ya mucho más madura, reconoce el autor la consolidación de la tutela sumaria no cautelar en el ordenamiento procesal italiano. Repasa sobre sus ideas iniciales de qué es lo que debía entenderse por TDJ y de la inconveniencia de la proliferación de ritos especiales modelados sobre la base de las peculiaridades de las situaciones controvertidas.

No obstante, su insistencia por desechar los ritos diferenciados, a la fecha de publicación del artículo referido en *Il Foro Italiano* el 2006, PROTO se hace cargo de la palmaria situación de proliferación de este fenómeno y reconduce sus postulados sobre el criterio de diferenciación, que como hemos enunciado se construía sobre el problema de eficiencia procesal por cognición plena o parcial.

La idea central en esta nueva revisión es que PROTO llega a la conclusión que, asentada la costumbre de crear ritos diferenciados y de continuar confiando en

---

<sup>218</sup> Para este apartado, ocupamos, por su claridad, la expresión con que fue publicado el artículo de Andrea PROTO, del mismo nombre, en la Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú el año 2014 ya citado más arriba.

<sup>219</sup> Cfr. Andrea PROTO, "Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario", *Il Foro Italiano*, 129 -1 (2006), 85 - 90 en <https://www.jstor.org/stable/23201340> (disponible el 06-VI-2020).

<sup>220</sup> Cfr. PROTO, "Necesidad de deshacer..."

que existe un rito común civil, propone virar el eje sobre el cual se provoca la eventual ineficiencia que pretende combatir. Ya no será la mayor o menor cantidad de información y los casos en que debe distribuirse esa necesidad de cognición plena o parcial por el legislador, sino que apuesta ahora por un vértice nuevo: la complejidad o no del caso.<sup>221</sup>

La propuesta central es ahora, no abandonar el rito ordinario, sino que estas normas generales puedan flexibilizarse entregándole poderes al juzgador a efectos de que moldee la diferenciación en etapas concretas del procedimiento ordinario, conforme la complejidad.

Para esta tarea, PROTO propone que luego de la fase preparatoria del juicio mediante información de instrucción inicial (sumado a posibilidades de modificación de los escritos de las partes para perfeccionar el objeto del proceso) y un contradictorio ya evacuado, se abra discusión respecto de la intensidad de complejidad del caso concreto, de modo que todos los sujetos procesales, sean capaces de definir el espesor del tratamiento procesal de marras (que habrá *ex ante* definido el legislador en términos del nivel de cognición requerido y sobre el cual deberá decidir el juzgador).

En concreto Proto en este trabajo abandona el centro de sus anteriores postulados relacionados a entregarle sustrato teórico a las formas típicas de tutela sumarial no cautelar y abraza declaradamente la idea de un procedimiento común moldeable y flexible luego de la fase preparatoria conforme la complejidad del caso.<sup>222</sup>

Del repaso de los postulados originales, es posible darse cuenta de que hay claramente lineamientos comunes en torno a esta expresión introducida por PROTO PISANI en los años setenta.

Toda esta noción atiende a la concepción del proceso cobijada en el pensamiento de Andrea PROTO en sus obras generales: la atipicidad de la acción

---

<sup>221</sup> Cfr. PROTO, "Dai riti speciali..."

<sup>222</sup> PROTO, *Tutela jurisdictional...*, 289.

y la instrumentalidad del proceso<sup>223</sup>, la reivindicación del vínculo entre proceso y derecho material,<sup>224</sup> la existencia de derechos no patrimoniales preferentes o situaciones de ventaja<sup>225</sup> consagradas en la *Códice* del 48'. La denuncia del mito del procedimiento común reformulado como residual y sobre todo la derrota dogmática del mito de neutralidad del proceso.<sup>226</sup>

No obstante, así como en el principio de adquisición procesal, el autor no es dueño de las consecuencias de sus postulados pues ellas impactaron de diversas maneras en otros sistemas procesales.

En Latinoamérica, veremos que la doctrina de PROTO sobre la TJD causó un importante impacto en jurisdicciones como Brasil, Argentina y Perú. De tal es la envergadura de este impacto, que la doctrina local profundizó particularmente sobre las técnicas sumariales no cautelares, y continúa entregando lineamientos y fronteras a esta categoría procesal, entregándole derechamente tal dignidad. Es posible evidenciar incluso, que se han extendido los límites originalmente trazados por el autor creador de la expresión, quien pese a las precisiones conceptuales no es dueño ya del destino del instituto en estudio.

Las estructuras procesales sobre las que se montan las técnicas diferenciadas para obtener un resultado de tutela procesal determinado, es la preocupación de importantes tratadistas contemporáneos. Sin embargo, es importante, de cara a los puntos siguientes de la investigación, hacer una breve síntesis del corazón de la expresión en términos del objeto protegido: la TJD se debe incorporar esencialmente para la protección judicial de (situaciones de ventaja o) derechos de contenido y/o función no patrimonial, o exclusiva o prevalentemente no patrimonial,<sup>227</sup> que sufrirían (sus titulares) un perjuicio irreparable (no posible de

---

<sup>223</sup> Andrea PROTO, "Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo", *Il Foro Italiano*, 135 - 1 (2012) 1-6, en <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26637725> (disponible el 20-VI-2020).

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> PROTO, "Tutela Giurisdizionale Differenziata ...

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> Antonio LORCA, Andrea PROTO y Camilo ZULEFATO, "¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la tutela diferenciada", *Ius et veritas*, 48 (2014) 346-352

resarcir de manera adecuada monetariamente) de mantenerse en insatisfacción toda la duración propia de un proceso de cognición plena o de aplicarse las formas típicas del juicio común u ordinario.

Postularemos superficialmente por ahora, que tendrán lugar estas hipótesis de situaciones preferentes o ventajosas en términos de protección judicial, en los derechos fundamentales (que son aquéllos que en nuestro ordenamiento tienen un contenido o función esencialmente no patrimonial).

En Chile las situaciones de ventaja en torno a la protección de derechos fundamentales encuentran respaldo normativo de rango constitucional y en las normas contenidas en tratados internacionales ratificados y vigentes en el ordenamiento jurídico. Dos cuerpos normativos de esta clase son relevantes mencionar para estos efectos: la Convención Americana de Derechos Humanos (y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha integrado la concepción sobre protección judicial de estos derechos) y las *100 reglas de Brasilia*<sup>228</sup> sobre acceso a la justicia, que establecieron además las obligaciones para los estados suscriptores (entre ellos el Estado de Chile, en torno a un tratamiento especializado de personas en condiciones de vulnerabilidad).

Sobre esta temática volveremos, pero es relevante desde ya ir trazando los vasos comunicantes entre las ideas originales de la diferenciación procesal y su objeto, y la fundamentación normativa aplicada a la realidad chilena, que es nuestro marco de referencia concreto.

#### LA REFORMULACIÓN CATEGORIAL DE LA DOCTRINA LATINOAMERICANA

Las ideas de PROTO, unificadoras en torno a teorizar sobre las TJD llegan a Latinoamérica principalmente por medio de la doctrina brasileña. Muestra de ello, es la reforma del Código Procesal Civil brasileño el año 2015, donde se

---

<sup>228</sup> Cumbre Judicial Iberoamericana XIV, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, 4 a 6 de marzo de 2008, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>, (disponible el 02-02-2021).

plasman instituciones paradigmáticas de las TJD como la técnica anticipatoria, de urgencia y preventiva.

Dentro de la misma doctrina brasileña, es posible encontrar inclusive conceptualizaciones. BEZZERRA DA COSTA ofrece una concepción ampliada (sobre todo funcional) del concepto de TJD, para separarla de la idea reduccionista de aceleración, definiendo la tutela jurisdiccional diferenciada como “cualquier forma de conformación del procedimiento a las características del litigio, de modo de proporcionar la forma más segura de cognición (exhaustiva o sumaria conforme la opción del legislador) en el menor espacio de tiempo posible”.<sup>229</sup>

ARMELIN señala que la TJD es “en último análisis, pensar en la predisposición de mecanismos en el proceso que lo tornen apto para cumplir con mayor eficiencia su papel”.<sup>230</sup>

PELLEGRINI, la conceptualizó como: “Aquella tutela que se contrapone a la obtenida por vía de procedimiento ordinario, considerado el paradigma de las formas procesales en buena parte del siglo pasado, por posibilitar la solución de conflictos de manera segura, integrando en el ejercicio de la función jurisdiccional las más plenas garantías y culminando en la sentencia de mérito y en la estabilidad de la cosa juzgada”.<sup>231</sup>

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

---

<sup>229</sup> José Wellington BEZERRA DA COSTA NETO, *Protagonismo Judicial. Novo ativismo e teoria geral da função jurisdiccional*, Leud, Sao Paulo, 2017, 393.

<sup>230</sup> Donaldo ARMELIN, “Tutela jurisdiccional diferenciada”, *Revista de Processo*, 65 (1992), 45-55, en <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242950/000939997.pdf>, (disponible el 20-XI-2020).

<sup>231</sup> Ada PELLEGRINI, “Tutela jurisdiccional diferenciada: a antecipação e sua Estabilização” *Revista de Processo*, 121 (2005), 1-19.



parcelada sobre tutela anticipatoria y monitoria que, como veremos forman una relación de contenido a continente con la estructura procesal diferenciada.<sup>232</sup>

Es importante mencionar, de cara al análisis que sigue, que se abordarán los postulados principales de los autores que han intentado definir sus rasgos comunes o esenciales en cuanto continente, es decir como estructura funcional. Por ende, debe hacerse presente que hay un catálogo de obras que profundizan (y de hecho ha sido aún más prolífera esta literatura) sobre las específicas o particulares formas que pueden adoptar las técnicas introducidas en un esquema procedimental diferenciado. Estamos de momento, empeñados en intentar develar los rasgos comunes en el global.

### **Los postulados de Marinoni**

Quién más temprano denunció el alcance teórico de esta institución es sin dudas Luiz Guilherme MARINONI. En los años noventa, el profesor de Rio Grande del Sur escribió, con permanentes referencias a PROTO en sus investigaciones, sobre los dogmas de neutralidad del proceso y del procedimiento común de inspiración liberal y sobre la necesaria instrumentalidad del proceso y la adecuación de la tutela jurisdiccional al derecho sustancial.<sup>233</sup> Estas ideas son permanentes en las investigaciones de MARINONI, y permanecen hasta hoy en su extensa obra. Basta revisar las publicaciones monográficas recientes<sup>234</sup> para encontrar, con matices y actualizaciones, las mismas proyecciones rescatadas desde la doctrina italiana.

No es este el lugar para hacer un repaso de su extensísima obra, sino para manifestar aquellos lineamientos comunes que aporta a la doctrina de las TJD, además de detallar el contenido de esta según su particular visión.

---

<sup>232</sup> ROMERO, I, 64.

<sup>233</sup> Cfr. Luiz Guilherme MARINONI, *Efectividade do processo e tutela de urgencia*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994, 1.

<sup>234</sup> Nos referimos particularmente a *Introducción al derecho procesal civil*, Palestra, Lima, 2015 y *Técnica e Tutela dos Direitos*, 6ª ed. en e-book basado en 6ª ed., Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.

Sus postulados fortalecen teóricamente la TJD. Al igual que lo hiciera PROTO, sus ideas se descuelgan desde el eje central de tutela jurisdiccional efectiva y la concepción contemporánea del derecho jurisdiccional. Es entonces para el jurista referido, trascendental el entregar propuestas para combatir la morosidad procesal.<sup>235</sup> En términos más concretos, se centra en desmitificar al juzgamiento por cognición plena, reivindicando la adjudicación por verosimilitud<sup>236</sup> a través de lo que PROTO llamó *las tutelas sumariales desenganchadas del requisito de periculum in mora*, cuestionando paradigmas como el binomio verdad-ejecución y que necesariamente y en todos los casos deba existir certeza para que exista título ejecutivo.<sup>237</sup>

Agrega también que el procedimiento ordinario declarativo y ejecutivo nacen para el derecho patrimonial, pero no alcanzan para las nuevas situaciones jurídicas de una sociedad contemporánea.<sup>238</sup>

Denuncia que la tutela cautelar, ha sido aceptada como la única tutela sumarial permitida por el liberalismo y que ha sido la práctica, lo forense, la rebelión del *agere*,<sup>239</sup> que frente a las inadecuadas formas del procedimiento común le abrió espacio a la aparición de nuevas técnicas procesales en torno a la satisfacción de situaciones jurídicas apremiantes. Aparecen así en su obra, con un desarrollo profundo la técnica de urgencia, autosatisfactiva, anticipatoria y las sentencias mandamentales, como las primeras exploraciones detalladas de este fenómeno. Luego profundizó en el tiempo sobre la tutela preventiva, inhibitoria y de remoción del ilícito, que cobija la idea central de cuestionar la idoneidad de la tutela resarcitoria respecto de derechos no patrimoniales.<sup>240</sup>

Si bien es cierto, sus ideas en torno a la diferenciación están claras y se repiten a lo largo de sus obras, hay un postulado que tal vez no es tan rupturista como el

---

<sup>235</sup> Cfr. MARINONI, *Efectividade de processo...*, 37.

<sup>236</sup> Cfr. MARINONI, *Introducción al derecho procesal civil*, Palestra, Lima, 2015, 16.

<sup>237</sup> Cfr. MARINONI, *Efectividade de processo...*, 15.

<sup>238</sup> Cfr. MARINONI, *Introducción...*, 41.

<sup>239</sup> *Ibid.*, 50.

<sup>240</sup> Al respecto puede verse: Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela Inhibitoria*, trad. del portugués de Laura CRIADO SÁNCHEZ, Marcial Pons, Madrid, 2014.

común de sus planteamientos, pero que es trascendental para el entendimiento de las TJD como categoría procesal: la construcción de las tutelas jurisdiccionales diferenciadas que tiendan a la real efectividad requiere del manejo correcto y adecuado de la técnica procesal.<sup>241</sup>

Decimos que este postulado es importante, porque si bien cada una de las técnicas que MARINONI describe como contenido de lo que debe ser una TJD, pueden ser estudiadas separadamente por su resultado a través de la expresión tutela preventiva, de urgencia, inhibitoria, etc. Lo que estamos intentando develar en esta investigación es si el conjunto de técnicas, como señaló PROTO, se ha provocado intencionalmente de manera conjugada y funcional en un montaje o estructura determinada para que puedan servir a la efectividad de los derechos.<sup>242</sup> En tal caso, estaremos frente al resultado querido:<sup>243</sup> un caso de tutela procesal diferenciada.

Respondiendo a la pregunta del contenido de una estructura procesal montada para lograr este resultado diferenciado, podríamos afirmar, sin que lo diga expresamente, que para MARINONI las técnicas necesarias para estar frente a esta categoría son las siguientes:

- Tutela de cognición sumarial no cautelar: inclúyanse acá las técnicas de urgencia y anticipatorias.
- Los procedimientos o ritos diferenciados respecto del común u ordinario.
- Las sentencias mandamentales, el uso de astreintes y las técnicas de ejecución provisional.
- Las técnicas de tutela preventiva, inhibitoria y de remoción del ilícito. Que él identifica como tutela específica en oposición a la tutela genérica resarcitoria o por equivalente respecto del daño civil<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> Cfr. MARINONI, *Introducción...*, 167.

<sup>242</sup> Cfr. PROTO, *Tutela Jurisdiccional...*, 193.

<sup>243</sup> Cfr. MARINONI, *Introducción...*, 66.

<sup>244</sup> Cfr. Luiz Guilherme MARINONI, "Tutela Inhibitoria: La tutela de prevención del ilícito", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 26 - 26, (2000) 161-175, en <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v26.n26.2000.177>, (disponible el 27-XII-2020).

De todas estas regulaciones, evidentemente rupturistas de los dogmas tradicionales del proceso civil clásico, si bien MARINONI no postula una conjugación en términos de considerar que aquello es TJD, siguiendo la idea de PROTO, son técnicas que deben ser funcionales entre sí y no tienen sentido sino en virtud de articularse, no de aplicarse aisladamente.

Debemos advertir, que, en su más reciente obra, el autor menciona expresamente que se debe ya avanzar desde las concepciones de TJD a la de idoneidad o adecuación de la técnica a través de lo que él denomina la “acción adecuada para el caso concreto”.<sup>245</sup> Estas ideas, son comunes a los postulados actuales de PROTO, en torno a dejar atrás la idea de ritos o procedimientos diferenciados conforme el derecho material tutelado, e incorporar cláusulas abiertas que permitan al juez y a los litigantes moldear el adecuado procedimiento a la especificidad de su caso.

En el capítulo anterior hemos hecho un repaso por la concepción de idoneidad y su necesidad de incorporación en el contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, pero aquello no llega a identificarse con el modo como se concreta la idoneidad, que puede ser por diversas vías; una de ellas es la técnica diferenciada, otra podrá ser la gestión de casos o *case management*, así como también la adecuación de acciones al caso concreto.

Esta última idea aún requiere de maduración teórica para arribar a ordenamientos procesales como el chileno, donde siquiera se está revisando estas primeras nociones de conectividad entre derecho procesal y derecho material.

### **El impulso de la doctrina argentina**

En Argentina, la voz a tenido también repercusiones dogmáticas y normativas, especialmente al alero del sector publicista de la doctrina procesal.

Augusto MORELLO señala que “el liberalismo del siglo XIX propuso centrar la cuestión en la defensa acérrima de la propiedad, que estaba dotada de un

---

<sup>245</sup> Cfr. MARINONI, *Introducción...*, 63.

régimen propio de debate y tutela. Un infierno que perdura hasta nuestros días y que nadie quiere simplificar y reducir a pocas normas racionales y eficaces”.<sup>246</sup>

Denuncia la proliferación absolutamente negativa de procedimientos diferenciados que identifica, al igual que MARINONI con la TJD y ante la pregunta ¿Qué entendemos en el presente por tutelas diferenciadas? La respuesta es muy sencilla pues solo habría cuatro tutelas posibles en el ordenamiento: las de trámite preferente, que protegen derechos fundamentales principalmente, las que protegen la propiedad y que tienen un mayor debate, las ejecutivas y monitorias, las voluntarias y nada más.<sup>247</sup> Y propone que, para atender al problema de morosidad procesal, se regule una “cláusula llave”<sup>248</sup> que permita al juzgador flexibilizar, suprimir o modelar los tiempos y trámites al caso concreto.

PEYRANO, por su parte, se avoca con una mayor profundidad a definir y responder la pregunta ¿Qué es y que no es una tutela diferenciada en Argentina?<sup>249</sup> Movido también por la inquietud de esclarecer este término altamente equívoco como fue catalogado por Andrea PROTO.

Señala el profesor rosarino que “el concepto de tutela diferenciada depende de las singularidades del ordenamiento jurídico en cuyo seno opere” y utilizando un método sencillo, pretende combatir la ambigüedad del término demostrando que existen “síntomas”<sup>250</sup> distintivos que mínimamente deben estar presentes para realzar el resultado del diseño normativo: estar o no frente a una tutela procesal diferenciada.

---

<sup>246</sup> Cfr. Augusto MORELLO, “¿Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas?”, *Revista de Derecho Procesal*, 2 (2008) 15-20.

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>249</sup> Cfr. Jorge W. PEYRANO, “¿Qué es y que no es...”

<sup>250</sup> *Ibid.*, 24.

Así, los síntomas, (nosotros en más utilizaremos la expresión *notas*)<sup>251</sup> que deben estar mínimamente son:<sup>252</sup>

- Debe ser portadora de una pretensión principal.
- Debe dar lugar a un proceso autónomo.
- Debe constituir una estructura de cierta complejidad.
- Apartamiento plural y notorio de las matrices corrientes.
- Fortalecimiento de los poderes-deberes del juez.

Es imposible obviar que la ambigüedad en el concepto de TJD se replica en las notas que ofrece PEYRANO. Sin embargo, aporta algo fundamental y es el hecho de que se recoge la idea de un fenómeno que está ocurriendo en la realidad judicial y la necesidad de reconocer sus manifestaciones. Luego, podemos afirmar que se trata de un verdadero *test* de diferenciación, que obviamente puede ser mejorado, pero que fue un intento importante por darle unidad sistémica a este conjunto de técnicas a veces dispuesta de manera dispersa por el legislador. Agreguemos además que explícitamente PEYRANO está pensando en la TJD como una estructura, un andamiaje de procedimiento, técnicas, medidas, facultades, poderes y deberes que se conjugan entre sí para el resultado tantas veces referido.

En otro estudio sobre el tema,<sup>253</sup> vuelve y reflexiona sobre sus propias ideas, en el sentido de complementar lo originalmente propuesto:

“(...) habrá tutela diferenciada cuando –excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama– se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador

---

<sup>251</sup> Siguiendo a Gonzalo CORTEZ MATCOVICH cuando describe las *notas* características de la Tutela Cautelar, que nos parece más apropiado para un instituto jurídico. Al respecto puede consultarse la referencia en: *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016.

<sup>252</sup> *Ibid.*

<sup>253</sup> Cfr. Jorge W. PEYRANO, “Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada”, *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2009) 21-28.

de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia”.<sup>254</sup>

PEYRANO en esta nueva versión o precisiones sobre lo ya escrito, reivindica el fundamento de las TJD sobre la base de las especiales características preferentes de los derechos materiales tutelados. Asimismo, aclara que no toda tutela especial (se está refiriendo al error común de identificar procedimientos especiales con TJD) cumple con estas características.

En el seno de este verdadero *test* de diferenciación, se encuentra la idea planteada a su vez por otro profesor argentino, Álvaro PÉREZ RAGONE, quien define a la TJD como: “un haz de medios, facultades y herramientas puestos en manos del requirente del servicio de justicia para asegurar la eficacia de éste; es decir, para hacer realidad el derecho material prometido por los códigos de fondo”.<sup>255</sup>

Así mismo, PÉREZ ha categorizado la institución proponiendo también un *test* de verificación de sus elementos que clasifica como diferenciados a los andamiajes procesales en que es posible constatar al menos un rasgo positivo y uno negativo según la siguiente clasificación:

“Con el concepto simple y amplio que dimos de tutela es que nos permitimos esta clasificación amplísima entre: a) la autotutela y b) heterotutela (de acuerdo a si la efectivización del derecho la hace el sujeto por sí y ante sí o sí por el contrario recurre a las instituciones del Estado).

---

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> PÉREZ RAGONE, “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 4 (2001), 201.

De esta última cabe el distingo entre: b.1) vías ordinarias y b.2) vías diferenciadas. En el caso de estas últimas según que se verifiquen o no estos aspectos corresponden a una u otra, uno negativo y otro positivo: el positivo tienen calidades de diferenciación en los elementos subjetivos de legitimación (v.gr. Interés difuso) u objetivos de materia (medida anticipatoria) o de resultado o de alcance (alcance erga omnes de la cosa juzgada), habrá consecuentemente diferenciación o calificación por alguna de las tres esferas descriptas; el negativo según que entren o no en el proceso ritual tradicional de conocimiento, sumarísimo, especiales, etc.) por intentar preservar derechos materiales que no reclaman un tratamiento procesal específico; abarcando las tutelas ordinarias a la generalidad de los casos.

Entiéndase si se verifican alguno de los datos negativos y el positivo de calificación nos encontramos frente a una 'tutela diferenciada'.

Las Tutelas diferenciadas a su vez se distinguen por su específico acicate de actuación en: a) Tutelas de urgencia (acicate temporal o sucedáneo): amparo, cautelar, anticipatoria, autosatisfactiva. b) Tutelas conminatorias (acicate en la reticencia injustificada): astreintes, conminaciones no pecuniarias, '*contempt of Court*' o desobediencia judicial. c) Tutelas de realización: monitorio, *injunctions*, podría caber la autosatisfactiva, *secundum eventum probationis*. d) Tutela preventiva: tutela inhibitoria".<sup>256</sup>

Roberto O. BERIZONCE, por su parte, reivindica la TDJ desde la óptica de los derechos materiales tutelados. Le aporta este autor al concepto en comento, este recordatorio de que el fundamento de las TJD son necesariamente el advenimiento de los derechos fundamentales y su materialización.<sup>257</sup>

Explica el profesor platense que este tipo de estructuras se basan primero en la conjugación de dos elementos: lo orgánico - funcional y luego las técnicas procesales. Ambos niveles comprenderían "El grado más complejo y articulado

---

<sup>256</sup> *Ibid.*, 204.

<sup>257</sup> Cfr. Roberto O. BERIZONCE, "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas", *Ius et Veritas*, 40 (2010) 244-253.



de los instrumentos que se brindan para la efectivización de los derechos preferentes está dado por los fueros especializados, que conjugan órganos específicos en función de la materia sustantiva, de articulación diversa conforme la singular naturaleza de esta última, y reglas procesales también diferenciadas”.<sup>258</sup>

“En suma, es típico de las tutelas diferenciadas que el legislador adopte distintas técnicas orgánico-funcionales con la finalidad de asegurar la satisfacción en tiempo propio de los derechos privilegiados en el modo que considera más apropiado, sea a través de órganos judiciales especiales, en el sentido de más perfeccionados –fuero de familia–, ya derivando la solución de los conflictos total o parcialmente a la esfera administrativa –tribunales arbitrales, órganos de aplicación para los derechos de consumidores y usuarios”.<sup>259</sup>

Luego, se propone un listado de técnicas procesales de complejidad que serían manifestaciones concretas:<sup>260</sup>

- Acceso irrestricto a la jurisdicción.
- Amplificación de los poderes-deberes del juez para: la mejor ordenación y gestión de las causas, la instrucción con fines de esclarecimiento de las circunstancias fácticas, el dictado de una sentencia intrínsecamente justa que respete los valores fundamentales comprometidos, a partir de un cambio estructural en el método de interpretación más adecuado (teleológico)
- Auspicio de las soluciones autocompuestas (intraprocesales).
- Acentuación de los deberes de colaboración de las partes: En la información de los hechos y la aportación de pruebas, y carga dinámica o interactiva de las pruebas.

---

<sup>258</sup> Roberto O. BERIZONCE, “Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas”, *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2009) 29, 31.

<sup>259</sup> *Ibid.*, 34.

<sup>260</sup> *Ibid.*, 35.

- Preclusión elástica de las deducciones por la flexibilización del principio preclusivo para posibilitar la re-proposición de las pretensiones u oposiciones.
- Flexibilización del principio de congruencia.
- Técnicas de sumarización del proceso en sus diversas modalidades: tutelas anticipatorias y urgentes; mandatos preventivos e imposición de acciones positivas.
- Operatividad revaluada del amparo y, dentro de su trámite, de las medidas cautelares, anticipatorias y urgentes.
- Régimen típico de los procesos colectivos.
- Títulos ejecutivos especiales de formación por el acreedor.
- Apertura de la admisibilidad y trámite de los recursos extraordinarios.

Esta enumeración, que no pretende ser exhaustiva, fue revisada posteriormente por el mismo autor, y reformulada de manera un tanto más omnicomprendensiva y no tan centrada en técnicas específicas sino más en recoger los rasgos o notas propias de la diferenciación:<sup>261</sup>

- Hay una estructura procesal, que atiende en general a lo sumario.
- Propende a la elasticidad de las formas legales.
- Están o deben estar delimitadas las personas a quienes se debe aplicar.
- Está presente la gratuidad de las actuaciones judiciales.
- Hay un componente fuerte de autocomposición y del principio colaborativo.
- Están orientadas preponderantemente por la relevancia del juicio de mérito, más que por la verdad procesal o formal.
- Los poderes-deberes del juez están vigorizados.

---

<sup>261</sup> Cfr. Roberto O. BERIZONCE, "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*, 48-15 (2018) 835-856.

- Esta presente la nota de provisionalidad con autonomía, es decir de técnicas sumariales no cautelares.
- Están dotadas de preferencia en su tramitación y vista.
- Hay atenuación del principio formalista.
- Existe posibilidad de reconducción de las postulaciones para la mejor fijación del objeto del juicio.
- El tratamiento de la prueba presenta particularidades como: la incorporación de categorías sospechosas y carga de prueba dinámica.
- Se exige un lenguaje sencillo para la fundamentación de la sentencia.

Como es posible ir apuntando ya pueden trazarse algunos elementos comunes entre quienes, con mayor o menor profundidad pretenden proponer *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.<sup>262</sup>

### **El aporte de la doctrina peruana**

En 2015, Perú ha introducido importantes reformas en términos de modernización y celeridad al Código Procesal Civil de 1993.<sup>263</sup> Este último texto, tenía ya variaciones respecto de los paradigmas típicos del proceso liberal del Estado legal, vigorizando las potestades jurisdiccionales y regulando expresamente derechos fundamentales como la tutela jurisdiccional efectiva.

No obstante, lo anterior, hay un movimiento dogmático en el Perú, que ha instado por la necesidad de la TJD como estructura procesal o que ha profundizado sobre la teorización de las especiales técnicas que la componen: en particular sobre la técnica preventiva, anticipatoria, de urgencia y sumarial.

---

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> Cfr. Giovanni PRIORI, "Breve Crónica de la Historia de la Reforma Procesal Civil en Perú", en Eduardo Oteiza (coord.), *Sendas de las Reformas de la Justicia en el Siglo XXI*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, 403-429.

Entre estos autores podemos mencionar al destacado jurista Juan MONROY GÁLVEZ, quien en 2001 aborda el problema del mito del juicio ordinario<sup>264</sup> y su incapacidad de brindar protección judicial a todos los derechos, advirtiendo la necesidad de incorporar lo que denomina las *tutelas diferenciadas contemporáneas*<sup>265</sup> para distinguirlas del conservadurismo procesal que en la diferenciación únicamente reconoce al proceso ejecutivo versus el declarativo, y con suerte al cautelar.

MONROY identifica en la TJD, en su núcleo esencial el uso y manejo de las técnicas preventivas y de urgencia. Especialmente en el caso de la primera, para combatir la no idoneidad de la tutela resarcitoria a todo aquello que no es necesariamente monetarizable.

No obstante, los postulados comunes, en torno “al reino de lo urgente”<sup>266</sup> con sus pares argentinos, se diferencia MONROY en cuanto al marco de aplicación de la TJD. Para el autor, no debe expandirse su aplicación sino a aquello esencialmente necesario manteniendo siempre una nota de excepcionalidad la TJD. En este sentido, utiliza el criterio del *agravio irreparable*<sup>267</sup> para su incorporación y así distanciar a este haz de técnicas con el presupuesto de peligro en el retardo, y su consecuente confusión con lo cautelar. Esta nota de excepcionalidad le ha valido las críticas del propio PEYRANO.<sup>268</sup>

MONROY llega a distinguir en el componente esencial de la TJD a dos tipos de técnicas, la preventiva y la de urgencia. Esta última a su vez, la reconduce en una subclasificación que distingue entre lo urgente cautelar y lo urgente satisfactivo.<sup>269</sup> Aparece en esta última categoría la reivindicación por el juzgamiento en grado cognoscitivo de verisimilitud, que MONROY identifica en la exigencia del requisito de “probabilidad intensa” sumado al requisito de

---

<sup>264</sup> Cfr. Juan MONROY GÁLVEZ y Juan MONROY PALACIOS, “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 4 (2001) 155-180

<sup>265</sup> *Ibid.*

<sup>266</sup> *Ibid.*, 187.

<sup>267</sup> *Ibid.*, 189.

<sup>268</sup> Cfr. PEYRANO, “¿Qué es y que no es...?”, 231.

<sup>269</sup> *Ibid.*, 190.

“infungibilidad”, es decir que no puedan ser reemplazadas estas medidas por otra de corte reparativa patrimonial.<sup>270</sup>

Es dable mencionar también, que MONROY reconoce que el término TJD “es más producto de una coyuntura que un nombre definitivo, es decir se trata de un concepto carente de rigor técnico y de ubicación histórica específica. Sin embargo, lo usamos porque es útil para concretar la idea de una nueva manera de hacer proceso, y porque podría no ser el primero ni el último caso de una palabra multívoca por origen, por esencia y por literalidad, que ha recibido la fortuna de la posteridad en el ámbito del Derecho”.<sup>271</sup>

Sin duda lleva razón el autor en cuanto a los calificativos coyunturales e históricos, pero desde la idea original de PROTO, se extendió este concepto a otras fronteras y formas identificables categorialmente con un fin o función. Esa carencia de rango científico que describe MONROY esta reducido al campo de lo analítico y a la época de su afirmación.

Giovanni PRIORI POSADA, es otro de los autores contemporáneos en Perú que ha postulado a la tutela procesal diferenciada como la evolución categorial natural ante la insuficiencia de las formas clásicas de tutela jurisdiccional.<sup>272</sup>

Ha dicho que uno de los objetivos claves del derecho procesal contemporáneo es preocuparse y ocuparse de la idoneidad instrumental, es decir “que el proceso debe ser el adecuado para brindar el remedio que el ordenamiento jurídico haya previsto para la protección del derecho material. Dicho de otro modo, atendiendo a la necesidad de protección del derecho y a su naturaleza, el proceso debe estar en capacidad de brindar esa respuesta del ordenamiento, de modo que se logre con ella, la plena satisfacción del derecho”.<sup>273</sup>

Bajo estos presupuestos comunes a los autores estudiados precedente y especialmente con referencias al trabajo de Andrea PROTO, Priori advierte que

---

<sup>270</sup> *Ibid.*

<sup>271</sup> MONROY, “Del mito del proceso ordinario...”, 178.

<sup>272</sup> PRIORI, *El proceso y la tutela...*, 189.

<sup>273</sup> *Ibid.*

“La noción de tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y la de tutela diferenciada sirvieron para diseñar nuevas formas de respuesta jurisdiccional frente a nuevos desafíos en la tutela de los derechos”.<sup>274</sup>

Esta tarea de diseño legal, según el profesor limeño debe efectuarse recurriendo a la técnica procedimental. Clásicamente el esquema procedimental, supone, según el autor, ocho momentos: “(i) un momento para que el demandante plantee sus pretensiones y señale sus fundamentos y pruebas; (ii) un momento para que el demandado formule sus defensas, fundamentos y pruebas, y, de ser el caso, sus pretensiones; (iii) un momento para que el demandante se defienda respecto de las alegaciones y pretensiones del demandado; (iv) un momento para que el juez determine el objeto de la litis y admita los medios de prueba sobre los que habrá debate probatorio; (v) un momento para que se actúe y discuta la prueba; (vi) un momento para que las dos partes expresen las conclusiones del debate probatorio; y (vii) un momento para la sentencia”.<sup>275</sup>

Luego, la diferenciación en los postulados trazados por PRIORI, suponen, en pro de la efectividad y su elevación a rango constitucional, del movimiento (o derechamente supresión) dentro del esquema procedimental clásico de los momentos conforme los requerimientos de tutela jurisdiccional concretos, dentro del respeto obviamente de las garantías procesales esenciales a todo proceso.

Esta propuesta resulta interesante porque nos ofrece una descripción general de lo que puede alterarse en pro de la diferenciación favorable a la efectividad. En resumen, PRIORI propone que la técnica esencialmente diferenciadora la componen los procedimientos que están dotados de: técnicas procesales de urgencia satisfactiva (separada de la tutela cautelar, o desenganchada del fin de aseguramiento), prevención de daños, inhibitoria y anticipatoria.

SI bien hay un fuerte componente en las ideas de PRIORI en torno a las técnicas sumariales, es decir del factor tiempo y cognición, no es lo único que se plantea

---

<sup>274</sup> PRIORI, *El proceso y la tutela...*, 204.

<sup>275</sup> *Ibid.*, 212.

como componente de la TJD. La incorporación en su ideario de la prevención de daños y la inhibición o remoción del ilícito, demuestran aquello.

Hay sin duda, sobre los institutos referidos por PRIORI desarrollo por parte de otros autores en la doctrina peruana, pero más bien en forma particular a cada técnica.<sup>276</sup> No obstante, son menos los autores que se refieren al global de estas técnicas que se conjugan en una estructura procedimental.

Otro de los autores peruanos que ha profundizado sobre la articulación funcional de técnicas diferenciadas es Martín HURTADO REYES, que, con idénticos fundamentos a los ya latamente expresados, pone ante todo el acento en dejar claro que se trata de actividad jurisdiccional, vigorizando la concepción del juez por sobre el componente privado del proceso.<sup>277</sup> Concluye que conviene hablar en realidad más bien de “mecanismos de tutela diferenciada”<sup>278</sup> que tienden hacia un fin (la efectividad obviamente) y en que es posible evidenciar sus manifestaciones o síntomas que forman parte de la TJD. En su propuesta, son manifestaciones o síntomas, las técnicas de urgencia (cautelar y satisfactiva), la anticipación de tutela, el proceso de amparo y la prueba anticipada.<sup>279</sup>

Es clara la injerencia de MONROY entre los postulados de los otros dos tratadistas que formulan los elementos de la TJD, y detrás de ellos sobre todo una idea presente de aceleración, que es parte de sus notas esenciales, pero no la única.

### **Concluyendo sobre los esfuerzos de la doctrina latinoamericana.**

Intentar teorizar sobre una categoría oscura es una tarea compleja. La doctrina latinoamericana, sin embargo, ha hecho esfuerzos encomiables con el fin de trazar de la mejor manera posible los rasgos y componentes que conforman el instituto en estudio. Sin duda, mucho más allá de lo que CAPPELLETTI y PROTO

---

<sup>276</sup> Al respecto puede verse, por ejemplo: Renzo CAVANI: “¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil desde la tutela de los derechos, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 8 (2014) 173-190, “¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 3 (2013) 255-270.

<sup>277</sup> Martín HURTADO, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Palestra, Lima, 2006, 111.

<sup>278</sup> *Ibid.*, 126.

<sup>279</sup> *Ibid.*

imaginaron cuando utilizaron estas expresiones que perduraron a pesar de lo errático de su significación.

Los más importantes aportes de la doctrina de este lado del mundo al respecto pueden resumirse en:

- Desmitificar el juzgamiento por convicción plena como el único posible.
- Detectar en las técnicas diferenciadas un fuerte componente de aceleración o más bien de acortamiento del horizonte de llegada del fallo sobre el mérito.
- Se destaca y explica expresamente que este fenómeno responde a una natural evolución de la derrota de las formas clásicas de tutela jurisdiccional, y especialmente de un paso siguiente a la extensión de la tutela cautelar, diferenciándose claramente de ella por naturaleza.
- Todos postulan abiertamente que la diferenciación se logra para la efectividad y por medio de la técnica procesal. En este sentido, queda claro que la expresión *tutela* está referido al resultado y la *técnica* al medio<sup>280</sup>.
- Que no es suficiente un procedimiento diferenciado para que estemos frente a TJD, no es ese el elemento característico y de hecho se realza lo perjudicial que puede resultar la proliferación de procedimientos especiales para cada derecho material en particular.
- Todos apuntan a una concepción esencialmente pública del proceso y a la vigorización de las potestades jurisdiccionales.
- No hay un adecuado desarrollo ni acuerdo sobre las situaciones jurídicas o derechos materiales que deben ser merecedores de estos privilegios procesales.

Dejamos ara el final lo que nos parece más trascendental de los postulados planteados: el *test* de verificación aplicable a las TJD. La indefinición conceptual

---

<sup>280</sup> Flavio Luiz YARSHELL, *Tutela Jurisdiccional*, Atlas, São Paulo, 1999, 28.



que afecta a esta institución queda paliada cuando se ofrecen sus rasgos esenciales.

Las propuestas sobre todo de la doctrina argentina proveen de elementos o rasgos que nos permitirán concluir estar frente a este tipo de andamiajes y considerar a estas articulaciones de técnicas como un todo global que tiende funcionalmente a un fin protector de situaciones materiales preferentes o diversas de las comunes. Clarificadoras en este caso son las ideas sobre todo de PÉREZ RAGONE, PEYRANO y particularmente de BERIZONCE que, hasta nuestros días, no ha abandonado el estudio del tema.

La pregunta es ¿para qué saber si estamos o no frente a una TJD. ¿Tiene algún sentido el diagnóstico? La respuesta es afirmativa y propondremos en lo que sigue, el examen de verificación de técnicas diferenciadas pensando en el ordenamiento jurídico chileno.

#### **NOTAS DISTINTIVAS DE LA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA**

Para esta tarea de proponer los rasgos esenciales deben tenerse en cuenta tres cuestiones: el origen histórico y finalidad de la expresión TJD, su desarrollo en la doctrina contemporánea y sobre todo una visión unificadora holística que le de coherencia y la haga funcional al propósito: hacer idónea la tutela jurisdiccional a los derechos sustanciales que pretende proteger.

Algunas prevenciones. Es indiferente que utilicemos la expresión tutela jurisdiccional o tutela procesal a estos efectos, porque si bien es cierto hay una marcada presencia del órgano jurisdiccional, ésta no puede desenvolverse sin el instrumento procesal, de modo que, a efectos prácticos, la denominación puede ser equivalente sin temor a errar en el resultado querido. La TJD por muy rupturista que pretenda ser en algunos casos, nunca puede hacer desaparecer al proceso. Este y sus garantías mínimas son el único límite al poder estatal. Luego,

aquella protección que se pretenda jurisdiccional debe realizarse por esta vía, de lo contrario se transforma en mera actividad administrativa.<sup>281</sup>

La segunda cuestión previa es reafirmar lo dicho por PRIORI, “no hay tutelas jurisdiccionales malas ni buenas, hay tutelas idóneas y otras que no lo son”.<sup>282</sup>

Debemos erradicar del ideario de la disciplina las quimeras o panaceas donde el *slogan* 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.<sup>283</sup> Por ello, ofrecer un testeo que apunta a la funcionalidad de la tutela debe enfocarse en un fin eminentemente práctico, de aplicación de las instituciones. Lo que propondremos pretende servir de base, para luego hacer el análisis *in situ* del uso de las técnicas en particular.

Tengamos presente que proponer los rasgos esenciales de una institución, supone un análisis que termine concluyendo, como lo ha hecho siempre nuestra tradición jurídica civil, que son de la esencia aquellos elementos sin los cuales la cosa descrita o no es esa cosa, o degenera en otra diferente.<sup>284</sup>

Pensando en la revisión del desarrollo dogmático de la voz TJD y en el ordenamiento jurídico chileno, es prudente hacer una primera enunciación de tres elementos esenciales y luego, de subelementos. Los tres primeros rasgos, que podemos denominar rasgos generales (con una importante influencia de la doctrina argentina revisada y sus pretensiones globalizadoras) no pueden faltar en caso alguno y son:

a) la existencia de una estructura o diseño procedimental con una intencionalidad o propósito,

---

<sup>281</sup> Cfr. Sergio RODRÍGUEZ, *Derecho Procesal Funcional*, Ediciones Vitacura, Santiago de Chile, I, 1993, 45.

<sup>282</sup> PRIORI, *El proceso y la tutela...*, 66.

<sup>283</sup> Cfr. LORCA, PROTO y ZULEFATO..., “¿Existe la panacea...

<sup>284</sup> Cfr. Rodrigo BARCIA, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, I, 33.

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.

Por su parte, en el elemento general relativo al uso o dotación de técnicas procesales que se apartan de los enclaves decimonónicos, encontramos sub-manifestaciones que pueden estar ausentes, pero siguiendo a PEYRANO, debemos estar en presencia al menos de una pluralidad de elementos<sup>285</sup> (más de dos) para que podamos seriamente hablar de una estructura procesal diferenciada. Mientras más elementos concurren funcional y orgánicamente mayor intensidad en la diferenciación:

c1) la disposición orgánica y administrativa de jueces especializados para la protección de los derechos objeto de este tipo de tutelas.

c2) una ampliación de la legitimación para acceder al proceso concreto.

c3) 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.

C4) Elementos de flexibilidad probatoria, como la introducción de presunciones o indicios o alteración de las reglas clásicas de *onus probandi*.

c5) la disposición reforzada, antes o durante el proceso, de mecanismos colaborativos para la composición de la litis.

c6) la flexibilidad del principio de congruencia que se materializa por vía de la tutela preventiva o por vía de lo que PÉREZ RAGONE denomina la *tutela conminatoria*,<sup>286</sup> como los astreintes y las sentencias mandamentales.

---

<sup>285</sup> Cfr. PEYRANO, “¿Qué es y que no es...?”, 233.

<sup>286</sup> Cfr. PÉREZ RAGONE, “Concepto estructural...”, 168.

c7) la estabilización de la cosa juzgada provocada por la sentencia de mérito que extinga el proceso y c8) las técnicas procesales que tienden a la realización material de los derechos, como la ejecución provisional del fallo impugnado y la inyucción procesal o técnicas monitorias.

### **La función de pesquisar en abstracto los elementos esenciales**

Un criterio funcional es lo que determina la forma de leer, aplicar y enseñar este tipo de tutelas.<sup>287</sup> En lo que importa a esta investigación, el esfuerzo por pesquisar los elementos o manifestaciones de una tutela procesal diferenciada es que una vez descubiertas sus notas o síntomas, cuando no sea explícitamente advertida por el legislador, se apliquen efectiva, oportuna e integralmente las técnicas en ellas comprendidas. De esta manera se puede concretar la finalidad o propósito tenido a la vista al crearlas y conjugarlas normativamente. Luego, su detección supone una orientación para el adjudicador y los intervinientes al proceso concreto, a efectos de que, ante la posibilidad de ser utilizadas, se opte por utilizar estas técnicas y no con carácter excepcional, pues se consagraron de esta manera precisamente con el objeto de evitar los efectos de una tutela clásica ordinaria de conocimiento. Ergo, no pueden leerse estas estructuras ni las técnicas en específico utilizadas por el legislador procesal, como cuestiones extraordinarias dentro de un procedimiento especial. Ante la necesidad de actuarlas, no debe compararse o mirarse en relación a los principios, reglas y valores propios del proceso de cognición pleno de corte decimonónico.

Las tutelas procesales diferenciadas nacen, recordemos, teóricamente sobre el eje de la idoneidad instrumental y material, que a su vez se desprende el principio de la efectividad procesal. En tal sentido, éste es el criterio que debe

---

<sup>287</sup> Carlos Alberto DE OLIVEIRA, "Perfil dogmático da Tutela de Urgencia", *Revista de la Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, S/N, 1997, en [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(7\)%20formatado](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(7)%20formatado), (disponible el 28-I-2021).

primar a la hora de evaluar o ponderar críticamente el tejido normativo y su implementación.<sup>288</sup>

### EXAMEN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Veamos sintéticamente las conceptualizaciones de estos elementos generales y de las sub-manifestaciones que se desprenden del presupuesto de apartamiento de los enclaves clásicos. Como se advierte, no se profundizará en demasía sobre categorías ya consolidadas pues se hace presente que el enfoque de la propuesta es darle el carácter de un todo funcional. Por ende, entregamos sustrato necesario para entender cuándo se configura una manifestación particular de las técnicas que más arriba hemos descrito como necesarias a efectos de pesquisar una estructura procesal diferenciada.

#### **A. La existencia de una estructura o diseño procedimental con una intencionalidad o propósito (Nota de no neutralidad)**

Cuando nos referimos a este elemento, estamos abogando por la reivindicación de la tutela diferenciada como un todo orgánico y funcional. Cuando hablamos de estructura nos referimos en general a la “disposición o modo de estar relacionados las distintas partes de un conjunto”.<sup>289</sup>En este caso, el conjunto es el proceso, cuya nota esencial es la referida instrumentalidad.<sup>290</sup>El proceso judicial que se encuentra integrado por este articulado conjunto de técnicas, reglas de procedimiento, facultades, deberes y poderes jurisdiccionales y de parte, que se conjugan en torno a un propósito.

En abstracto el objetivo hoy es la realización del ordenamiento jurídico<sup>291</sup> y en concreto es la tutela de un derecho material subjetivo. No obstante, en la especie, fiel a su origen, la TJD nace para dar respuesta estatal a requerimientos de estos

---

<sup>288</sup> MARINONI, *Introducción...*, 68.

<sup>289</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en <https://dle.rae.es/estructura?m=form>, (disponible el 7-I-2021)

<sup>290</sup> Andrea PROTO, “Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo”, *Il Foro Italiano*, 135 - 1 (2012) 1-6, en <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26637725>, (disponible el 07-I-2021)

<sup>291</sup> *Ibid.*

“nuevos derechos”<sup>292</sup> que comenzaron a reconocerse por el derecho sustancial y que no responden necesariamente a un fin patrimonial, como ya hemos dicho anteriormente. Ergo, cuando estos derechos comienzan a reconocerse, que en palabras de PROTO se explican como “situaciones de ventaja”,<sup>293</sup> aparece la necesidad de un tratamiento procesal diferenciado. A este fenómeno reacciona el legislador ya sea por compromisos internacionales del Estado o por la iniciativa legislativa interna, y con el propósito claro y explícito de proteger no solo en faz material, se dispone de manera intencional una “situación de ventaja” en su faz procesal. Es un segundo momento de la actividad estatal luego del reconocimiento primario de estos nuevos derechos de contenido no patrimonial o de contenido prevalentemente no patrimonial.

Luego, quedan excluidas las técnicas procesales distribuidas de manera dispersa o conjunta sin una intención estatal de provocar una intensificación en la protección de un derecho determinado. La historia de la ley, el *originalismo*, es crucial para detectar este elemento general.

#### **B. Sustanciación a través de este diseño procedimental de una pretensión autónoma de tutela de derechos no patrimoniales o de función prevalentemente no patrimonial**

La pretensión procesal es el elemento distintivo que permite afirmar a la doctrina el estar dentro de un proceso autónomo. La idea fundamental releída en sentido negativo es: no puede tratarse de una pretensión que a su vez penda de otro proceso. La nota de accesoriedad, que no debe ser confundida con la instrumentalidad, es propia de otra categoría a estas alturas clásica; la tutela cautelar.<sup>294</sup>

Además, debe tratarse de una pretensión calificada, es decir cuyo contenido verse sobre cuestión determinada: afirmar ser titular de derechos de orden no

---

<sup>292</sup> MONROY y MONROY, 176.

<sup>293</sup> Proto, “Tutela Giurisdizionale Differenziata...”, 211.

<sup>294</sup> BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO, 451.

patrimonial o de función prevalentemente no patrimonial, para ponerlo en aquéllas clarificadoras palabras de PROTO.

Esta clase de derechos, de carácter infungible<sup>295</sup> son aquéllos que “no admiten una prestación sustituta como la indemnización, dado que la sola violación del referido derecho material, en virtud de su naturaleza, implica su inexistencia por lo que el órgano jurisdiccional debe restituir su inmediata vigencia, muchas veces suspendiendo, limitando o prescindiendo de principios básicos del proceso como el contradictorio, dualidad de posiciones, pluralidad de partes y el derecho de defensa.”<sup>296</sup>

Por esta especial naturaleza de la pretensión y por el tipo de derechos que se pretende tutelar, en nuestro ordenamiento particularmente de derechos fundamentales en sus distintos órdenes generacionales, es que adherimos a la tesis de la excepcionalidad de la TJD, máxime considerando que su intensidad máxima siempre implica una fricción (racional) de algunos axiomas clásicos del debido proceso.

### **C. La dotación en esta estructura procedimental de técnicas que se apartan de los enclaves del procedimiento de cognición ordinaria de matriz decimonónica**

Esta es la nota de diferenciación más visible o exteriorizada, pues se identifica a través del uso técnicas procesales concretas. La mayor o menor presencia de estos elementos, da lugar una escala de intensidades sobre la diferenciación que en su manera más sencilla supone al menos la presencia de dos de estas manifestaciones.

Algunos autores discurren sobre la idea de incorporar autónomamente la nota de intensificación de los poderes -deberes del órgano jurisdiccional.<sup>297</sup> Aquello es una imprecisión, porque lo que en realidad ocurre es que, visiblemente (y

---

<sup>295</sup> Cfr. Omar SUMARIA, “Estudio y análisis de la tutela urgente o diferenciada”, *Ius et Ratio*, 1-1 (2016) 8-19

<sup>296</sup> *Ibid*, 9.

<sup>297</sup> Jorge W. PEYRANO y Roberto O. BERIZONCE particularmente.

orientadas por el *publicismo procesal*) las técnicas que se articulan en este conjunto denominado TJD, exteriorizan a un juez dotado de mayor intensidad en sus poderes. No obstante, sin la introducción de estas especiales técnicas no sería posible dicha intensificación por si sola. Así, la consagración del principio de actuación oficiosa, la regulación de técnicas anticipatorias, de inhibición o prevención de daños, por poner algunos ejemplos, ponen como protagonista del proceso al juez, pero es producto de la consagración positiva de dichas reglas y principios y no al revés.

**c.1. La disposición orgánica y administrativa de jueces especializados para la protección de los derechos objeto de este tipo de tutelas.** Omar BERIZONCE, es quien introduce este elemento<sup>298</sup> y en el mismo sentido, se pronuncia Ramón GARCÍA, a propósito de la búsqueda de la eficiencia procesal.<sup>299</sup> Es decir, hay un plano de la diferenciación, que implica actividad positiva del Estado para brindar una tutela jurisdiccional idónea, que implica dotación de jueces y su organización. El derecho procesal orgánico, se erige como un pilar para entregar una adecuada respuesta. En este sentido, podríamos afirmar que existen dos sub planos de diferenciación. Uno *cuantitativo*, que implica una mayor dotación de jueces y un mayor esfuerzo legislativo por dotar de infraestructura física y material adecuada. Luego un segundo sub plano que llamaremos *cualitativo*, en que los no solo requieren jueces que puedan brindar tutela sino además que se trate de los jueces idóneos. Esto implica la especialización necesaria en la materia sobre que versa la litis. Podemos ejemplificar con la reforma a la justicia de familia en Chile, en que la ley 19.968 del año 2004 vino a reorganizar y dotar la judicatura especializada sobre la materia, en términos de normas procesales orgánicas y funcionales.

---

<sup>298</sup> Cfr. Roberto O. BERIZONCE, "Técnicas orgánico-funcionales..."

<sup>299</sup> Cfr. GARCÍA, 251.



**c.2. Una ampliación de la legitimación para acceder al proceso concreto.** La legitimación, últimamente muy cuestionada como categoría procesal<sup>300</sup>, en Alejandro ROMERO “elemento constitutivo del derecho de acción”<sup>301</sup> y en DE LA OLIVA “es la cualidad de un sujeto consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (pasiva). Las posiciones jurídicas activa y pasiva suelen consistir en ser titular de un derecho subjetivo privado o en ser titular de un deber u obligación, respectivamente”.<sup>302</sup> En las TJD, la legitimación para poder impetrar un requerimiento de tutela no sólo estará concedida al sujeto titular previsto por la ley material por encontrarse en posición o situación habilitante, sino que habrá una flexibilidad a efectos de que éste proceso pueda comenzar por iniciativa de terceros que sin ser efectivamente titulares del derecho material lesionado, por el tipo de interés que reviste la amenaza o lesión de los mismos, puedan velar por su resguardo y protección. Pensemos en el ordenamiento jurídico chileno, por ejemplo, en la facultad que la ley laboral concede a la Inspección del Trabajo para formular el acto procesal de inicio del proceso por vulneración de derechos fundamentales, nos referimos a la norma del Art. 486 del Código del Trabajo.

**c.3. Un articulado de técnicas de cognición sumarial no cautelares.** Es muy común que se confunda a la TJD con este tipo de técnicas. Desde ya digamos que hemos ido recopilando suficientes antecedentes como para explicar que el problema de la diferenciación procesal no es sólo un problema de tiempo o aceleraciones.

Pese a que no debemos confundir al continente con el contenido, es dable señalar que la aceleración, concentración y sobre todo la sumarización de la

---

<sup>300</sup> Al respecto puede verse: Jordi DELGADO y Cristian CONTRERAS, “Régimen de las partes y terceros en el proceso”, en y Gonzalo CORTEZ y Diego PALOMO (Coords.), *Proceso civil, normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, 120-123.

<sup>301</sup> ROMERO, I, 21.

<sup>302</sup> Andrés DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, 1992, p. 32.

cognición judicial está presente en las TJD. En este caso, se produce el efecto de sumarización material o sumarización vertical, para distinguirla de la sumarización formal.<sup>303</sup> La primera supone concentración en el objeto y cognición del juzgador, y la segunda en la simple abreviación de plazos y trámites dentro de un diseño procesal determinado.

### **Las técnicas procesales de urgencia: anticipatorias y/o autosatisfactiva.**

MONROY GÁLVEZ ha señalado que la tutela urgente “tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso. A este efecto, esta tutela es posible de clasificar en urgente cautelar y urgente satisfactiva”.<sup>304</sup>

Martín HURTADO, nos dice que la tutela de urgencia “es un mecanismo de tutela diferenciada (por ende, no se identifica con ella – esta agregación es nuestra) que busca establecer procedimientos simplificados que luchan contra el peligro en la demora del proceso y pretenden distribuir el tiempo del mismo de manera equitativa entre las partes, además de lograr que el peticionante de tutela logre satisfacción de lo pretendido de manera provisional o definitiva”.<sup>305</sup>

Alejandro ROMERO, señala que “en una explicación general, a través de la tutela anticipada o de urgencia, los jueces pueden adoptar algunas medidas para satisfacer o proteger el derecho, cuando hay casos graves y urgentes que lo justifiquen, sin tener que pasar el solicitante previamente por la tramitación de un juicio de lato conocimiento o esperar que se agote la tramitación de los recursos”.<sup>306</sup>

ROMERO, si bien es cierto resiste un tratamiento expreso en la legislación chilena, mostrándose abiertamente contrario a la regulación de este tipo de técnicas, reconoce sin embargo su existencia dogmática en otros ordenamientos como el italiano, francés, brasileño, peruano, argentino y uruguayo. Por

---

<sup>303</sup> Cfr. SUMARIA, “Estudio y análisis...”.

<sup>304</sup> MONROY y MONROY, 187.

<sup>305</sup> HURTADO, 175.

<sup>306</sup> ROMERO, I, 61.

mencionar algunos ejemplos.<sup>307</sup> Y se ocupa de desmarcar este tipo de técnicas respecto de las medidas cautelares. Ya lo había anunciado MARINONI, siguiendo a CARPI que este tipo de tutelas provienen de una expansión de la tutela cautelar,<sup>308</sup> pero que no se pueden confundir con ella.

Señala que con la tutela de urgencia “se genera una forma de protección diversa de la que se obtiene con la concesión de una medida precautoria. Como se explicará, es un elemento característico de la protección cautelar que ella no puede otorgar la satisfacción del derecho, limitándose a lo más a asegurar el resultado de la acción deducida (Art. 290 CPC), salvo casos excepcionales (...). En cambio, con la tutela anticipada se permite satisfacer un derecho, en casos graves, cuando la demora en la respuesta jurisdiccional puede ocasionar un perjuicio irreparable al actor”.<sup>309</sup>

Otra diferencia fundamental entre este tipo de tutela y las medidas cautelares, según el procesalista referido, es la nota de accesoriedad de la cautela versus la tutela de urgencia en que se accede preventivamente al objeto del proceso.<sup>310</sup>

En definitiva, se trata de medidas disponibles para las partes y utilizables con carácter potestativo al juzgador a efectos de resolver de manera inmediata, exigiendo para ello el legislador prueba plena del derecho reclamado o verosimilitud de conocimiento sobre el mismo, a efectos de anticipar los efectos de la sentencia de mérito o satisfacer el goce pleno del derecho amenazado o lesionado, por estar éste en inminente amenaza de lesión o habiendo sido ya lesionado, de modo que si no interviene el órgano jurisdiccional el derecho en cuestión quedará inexistente o menoscabado de tal forma que la tutela procesal no tendrá sentido alguno.

El ejemplo clásico de la doctrina comparada es el Art. 700 del Código de Procedimiento Civil italiano, respecto del cual PROTO señala que “la base racional

---

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> Cfr. MARINONI, *Efectividade do processo...*, 41.

<sup>309</sup> *Ibid.*, 63.

<sup>310</sup> *Ibid.*, 64

de la tutela cautelar y de la tutela urgente general, emana de la exigencia de neutralizar el tiempo del proceso de cognición plena: el actor que tiene razón debe poder contar con tutela de urgencia porque solo ésta puede evitar que sufra un daño irreparable e incluso grave por la duración del proceso de conocimiento pleno”.<sup>311</sup>

Podemos encontrar técnicas de este tipo en el sistema chileno. Por ejemplo, en el uso funcional que se le da en Cortes de Apelaciones al artículo 192 del Código de Procedimiento Civil. A propósito del proceso de protección de derechos fundamentales consagrado en la actual Constitución Chilena de 1980, en su artículo 20.

En este caso de manera anticipada y través de la llamada *orden de no innovar*, el tribunal accede a la pretensión en forma inmediata y de manera preventiva, cuando existe un inminente peligro de daño irrevocable sobre ellos, coincidiendo en la realidad material el contenido de la sentencia de mérito en dicho proceso con la resolución pronunciada a propósito de esta petición de protección urgente.

**Las técnicas de tutela preventiva, inhibitoria, de remoción del ilícito o en general no resarcitorias.**

Sobre los pilares contemporáneos del derecho procesal civil se ha construido, principalmente por la doctrina brasileña, la especificación de tutelas que se centran en el ilícito más que en su consecuencia, el daño. Orientados por el *principio general de prevención*, se refieren en principio a todos los derechos, y puede volverse necesaria en todos los lugares en los que resulte insuficiente la reintegración o la reparación del derecho.<sup>312</sup> Cuando hablamos de los pilares contemporáneos me refiero a la conexión derecho material-derecho procesal, a la atipicidad de la acción, a la instrumentalidad del proceso y la efectividad de la tutela jurisdiccional, que en definitiva fundan esta expandida y difundida

---

<sup>311</sup> Andrea PROTO, “Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda: La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda”, *Il Foro Italiano*, 125-4 (2002), 125-129, en: <http://www.jstor.com/stable/23196290>, (disponible el 15-I-2021)

<sup>312</sup> Cfr. Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela Inhibitoria*, trad. del portugués de Laura CRIADO SÁNCHEZ, Marcial Pons, Madrid, 2014, 56.

corriente por entregar real y efectivamente protección respecto de los derechos materiales.

Así, como un elemento diverso, o alejado de la concepción clásica del proceso civil, esta específica forma de tutelar difiere de hacer equivalente toda lesión al resarcimiento patrimonial<sup>313</sup> puesto que, su principal preocupación no es el daño, o su producción, ni la culpa del hechor, sino el ilícito. Entendido este último como acto contrario al derecho.<sup>314</sup>

La técnica preventiva “no persigue resarcir. Actúa a futuro en relación a una conducta ilícita iniciada o por iniciar para hacer que cese o se efectúe acorde a derecho de determinada forma. Es una tutela de condena pero que excede el marco tradicional para el cual fue pensada la condena-ejecución”.<sup>315</sup>

En el fondo, estamos frente a una vuelta de tuerca referida a una comprensión de intervención judicial que excede las meras sentencias patrimoniales. Precisamente porque en cuanto técnica, componente de una estructura diferenciada, lo que pretende es tutelar derechos personalísimos o de función prevalentemente no patrimonial, que por ende hace inadecuada la respuesta meramente resarcitoria.

Este tipo de técnicas suponen, según doctrina autorizada, la conjugación de las mismas con reglas de procedimiento que las hagan operativas. Así como también con potestades judiciales de índole positivo y negativo (es decir órdenes de no hacer y de hacer – inhibición negativa y positiva) a efectos de evitar que el ilícito ocurra, o que continúe provocándose o que derechamente vuelva a ocurrir.

Podemos mencionar, por ejemplo, en el Código del Trabajo chileno, el artículo 495, en que, a propósito de la denuncia por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, puede el juez decretar medidas al final de dicho

---

<sup>313</sup> Cfr. MARINONI, “Tutela Inhibitoria: La tutela de prevención...”, 25.

<sup>314</sup> *Ibid.*

<sup>315</sup> Álvaro PÉREZ RAGONE, “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 28 (2007), 207, 215.

proceso para remover el acto vulnerador impugnado y sus efectos en el presente y en el futuro.

Otro ejemplo, lo encontramos en el Art. 7 de la ley 20.609, también denominada *Ley Zamudio* o *Ley Antidiscriminación* que introduce la posibilidad para que le juez civil pueda, en cualquier estadio procesal provocar la suspensión del acto vulneratorio (hecho ilícito) cumpliéndose determinados presupuestos.

#### **c.4. Elementos de flexibilidad probatoria, como la introducción de presunciones e indicios o alteración de las reglas clásicas de onus probandi.**

La doctrina comparada, menciona también la inclusión de técnicas que alteren las reglas clásicas respecto la carga de prueba. En este sentido, lo clásico sería esperar en una regulación procesal una regla como la del Art. 1698 del Código Civil chileno, que hace recaer sobre los hombros de la parte que introduce afirmaciones sobre hechos, la descarga de medios probatorios al efecto.

En las TJD, el propósito es entregar tempestiva e idóneamente protección judicial, y como versan sobre derechos no patrimoniales o de prevalente función no patrimonial, la actividad probatoria sobre la amenaza o vulneración de los mismos no resulta sencilla.

Esto lleva al legislador a diferenciar la regulación respecto de la carga, actividad, medios, procedimiento y valoración de la prueba.

Ya hacíamos hincapié en que por ejemplo a propósito de las técnicas anticipatorias o de urgencia, se requería al menos de cognición por verosimilitud para un proveído que evite un perjuicio irreparable y que dé respuesta inmediata. Pues bien, ahora sobre el mérito, es común el establecimiento de reglas legales y principios orientadores que flexibilizan o atemperan la rigurosidad de la formación de la convicción ordinaria. Entre las formas típicas podemos mencionar: el establecimiento de indicios, la denominada carga dinámica de la prueba, la aportación probatoria de oficio y la consagración de libertad de medios de prueba y de libre convicción.

La matriz detrás de esta regulación es, recordemos, un fuerte componente de publicismo en la TJD. La función estatal de prestación del servicio jurisdiccional no puede quedar entregada a las posibilidades probatorias ni al relato de particulares. El Estado tiene un rol protector y ello se proyecta proveyendo al juzgador de elementos que, ante la insuficiencia probatoria sobre la vulneración de este tipo de derechos tiendan a favorecer la estimación y por ende la efectiva tutela del mismo. Es una cuestión de fines o propósito legislativo.

Dice al respecto DEVIS ECHANDÍA, que “siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en éste, en la acción y en la jurisdicción, a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción”.<sup>316</sup>

Por ello, es que otra manifestación intrínseca a las TJD, con los matices y discusiones doctrinales a que puede dar lugar, es el establecimiento de un juzgador con potestades probatorias. O si quiere reducirse el concepto: la incorporación de la prueba de oficio.

Este polémico concepto,<sup>317</sup> supone un juez activo, no pasivo, siguiendo la línea general que hemos trazado de distanciamiento de matrices clásicas y de la función pública del proceso. No nos adentraremos, porque excede el trabajo, en el análisis de la prueba de oficio y de sus pormenores, ni en las cargas dinámicas probatorias, ni en la formación presuncional de la convicción, pero si recordemos las condiciones que estableció TARUFFO como necesarias para una sentencia justa: i) que la decisión sea resultado de un proceso justo, (ii) la correcta interpretación

---

<sup>316</sup> Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Víctor de Zabala Editor, Buenos Aires, 1972, I- 119.

<sup>317</sup> Al respecto puede verse en Chile: FRANCISCO PINOCHET, *Derecho Procesal Civil. Temas Fundamentales*, El jurista, Santiago de Chile, 67-82.

y aplicación de la norma asumida como criterio de decisión, así como (iii) la determinación verdadera de los hechos por el juez.<sup>318</sup>

En el Art. 29 de la ley 19.968 sobre tribunales de familia, por ejemplo, se estableció la potestad del juez para requerir de oficio que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulten necesarios producir en atención al conflicto familiar de que se trate.

En el Art. 493 del Código del Trabajo chileno, a propósito del *Procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador*, se establece un caso inequívoco de la introducción de indicios que alivia la carga para el trabajador denunciante y pone sobre el empleador acreditar la razonabilidad de las medidas que adoptó y que se denuncian como vulneradoras de derechos fundamentales.

#### **c.5. La disposición reforzada, antes o durante el proceso, de mecanismos colaborativos para la composición de la litis.**

El problema del tiempo del proceso, también se ha intentado combatir meta procesalmente. Esto implica que el objetivo de resolución pacífica de controversias jurídicas de relevancia,<sup>319</sup> en tanto uno de los fines de la Jurisdicción, debe ir auxiliada o complementada por medios que combatan la crisis de la justicia evitando la judicialización o promoviendo salidas colaborativas entre las partes dentro o fuera del proceso.

Uno de los más fuertes argumentos en favor de los *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos* o también llamados MASC o ADR'S en su versión anglosajona (*Alternative Dispute Resolutions*) es que el conflicto en cuanto objeto de la litis no siempre encuentra su mejor solución en una sentencia judicial dictada a través de un proceso. Especialmente la tutela de los nuevos derechos e intereses requieren de un tratamiento diferenciado, y esa diferenciación también

---

<sup>318</sup> Cfr. Belén UREÑA, "La verdad de los hechos como *conditio sine qua non* de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49 - 146 (2016) 281-304, en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300796>, disponible el 28-I-2021.

<sup>319</sup> Cfr. Francesco CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. de Niceto ALCALÁ y Santiago SENTÍS, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, II, 4.



puede significar el uso de instrumentos alternativos al proceso judicial, como la autocomposición asistida, a través por ejemplo de la mediación y/o una fortalecida etapa de conciliación judicial.<sup>320</sup>

Un ejemplo importante en favor de este tipo de instrumentos pre o meta procesales es la labor que lleva adelante el Servicio Nacional del Consumidor chileno para efectos de la protección de intereses difusos o colectivos, y que está regulado por la normativa de las leyes 19.496 y 21.081. Estas establecieron las *Mediaciones Colectivas*, con etapas que incluyen la asistencia de este órgano estatal, tanto en la producción de acuerdos entre consumidores, organizaciones representantes de estos consumidores y empresas proveedoras de productos y servicios, como en la fiscalización del cumplimiento de los acuerdos e implementación de las medidas adoptadas.

Lo propio ocurre con las mediaciones familiares introducidas por la ley 19.968, en sus artículos 103 y siguientes y fuertes potestades jurisdiccionales para instar a las partes a salidas colaborativas reguladas en el procedimiento para la aplicación de medidas de protección en favor de niños niñas y adolescentes del Título IV de la referida reforma procesal. En este caso, dichas incorporaciones normativas responden además al principio consagrado en el Art. 9 del cuerpo legal en especie, que señala que las litis familiares y su substanciación judicial deben estar orientadas por la búsqueda de salidas colaborativas.

Lo mismo hace la ley procesal laboral chilena, contemplando procedimientos (como el procedimiento monitorio - Art. 497 del CT) que sólo pueden iniciarse previa etapa de autocomposición asistida, a cargo de un órgano administrativo como lo es la *Inspección del Trabajo*. Esta última desarrolla una labor además de fiscalizadora, conciliadora entre trabajadores y empleadores. Por ejemplo, el Art. 486 del CT establece que para que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales se inicie por denuncia de este órgano estatal, requiere

---

<sup>320</sup> Cfr. BORDALÍ, 174 y 175.

previamente haber agotado la etapa administrativa de búsqueda de corrección de las vulneraciones que pretenderá sostener en juicio como legitimada.

#### **c.6. La flexibilidad del principio de congruencia.**

El principio de congruencia procesal es definido como “la correlación que debe existir entre los planteos formulados por las partes y la respuesta del órgano juzgador”.<sup>321</sup> El juez debe respetar entonces, en tanto congruencia objetiva, “la cuadratura jurídica que se ha dado en los hechos afirmados en la demanda”.<sup>322</sup>

No hay duda de que este principio opera sin contrapeso tratándose las formas clásicas de tutela jurisdiccional, pero en las estructuras procesales continentales de técnicas diferenciadas la cuestión necesariamente debe flexibilizarse.

Con este calificativo nos referimos a que el legislador deberá regular hipótesis normativas específicas o bien entregar al juzgador cláusulas generales para que durante el proceso y, sobre todo en la sentencia de mérito, pueda el tribunal pueda entregar la mejor respuesta al caso. Esto implica potestades cautelares amplias o genéricas, el uso de técnicas preventivas, inhibitorias o de remoción del ilícito, así mismo la consagración de *astreintes* o *medidas conminatorias* para combatir la desobediencia judicial.

En esta última parte, es donde encontramos lo que se denomina técnicas de tutela mandamental<sup>323</sup> que acercándose a la categoría de las sentencias condenatorias representa un acompañamiento a la sentencia definitiva que vigoriza su cumplimiento y la idoneidad de la respuesta sin necesidad de un proceso de ejecución autónomo.

“Situando la función y cometido de la Jurisdicción y el Proceso en la solución de los conflictos planteados, resulta innegable la utilidad de las acciones y sentencias de mandamiento para conseguir un proceso civil más eficaz. Ello es

---

<sup>321</sup> Luis RÍOS, *Proceso y principios. Una aproximación a los principios procesales*, Bosch Procesal, Barcelona, 2020, 137.

<sup>322</sup> *Ibid.*

<sup>323</sup> Cfr. David VALLESPÍN, “Algunas reflexiones acerca de la Tutela Mandamental en el Proceso Civil Español”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 1 -1 (2011), 11-15.

así, porque a través de una sentencia mandamental el juez que conoce de un asunto dirige una orden o mandamiento a una autoridad o funcionario de una oficina pública o registro, para que este adopte alguna medida concreta para la seguridad o mayor eficacia de la resolución”.<sup>324</sup>

Los medios para concretar esta flexibilidad de la congruencia rompen con el esquema clásico de pasividad y cuadratura del juzgador sólo con lo propuesto por los relatos y afirmaciones en el proceso concreto. De contrario, es manifestación de un juez activo y que sin necesidad de petición de parte personaliza la mejor respuesta estatal posible para la protección de un derecho determinado.

Proponemos en este caso como ejemplo para el ordenamiento chileno, el caso del Art. 16 inciso final de la ley 19.628 sobre *protección de datos personales o procedimiento de habeas data* que establece la imposición de multas por La falta de entrega oportuna de la información requerida o por el retardo en efectuar la modificación de los datos personales en la forma que decrete el Tribunal. Las multas en este caso van de dos a cincuenta unidades tributarias mensuales y, si el responsable del banco de datos requerido fuere un organismo público, el tribunal podrá sancionar al jefe del Servicio con la suspensión de su cargo, por un lapso de cinco a quince días.

#### **c.7. La estabilidad de la cosa juzgada provocada por la sentencia de mérito que extinga el proceso.**

Lo que queremos evidenciar con esto, dice relación con que la decisión que se adopta en la aplicación de una estructura procesal diferenciada no será objeto posterior de revisión por otro proceso de cognición lata u ordinaria. En este caso, la cosa juzgada provocada por la sentencia de mérito tiene estabilidad dentro y fuera del proceso, provocándose entonces una diferencia fundamental que ya enunciáramos a propósito de las técnicas de tutela inhibitoria: no comparte la

---

<sup>324</sup> *Ibid.*

tutela diferenciada un vínculo de naturaleza con la tutela cautelar: la provisionalidad.

Las técnicas de tutela diferenciada pueden presentar notas de provisionalidad, pero el conjunto orgánico y funcional no. Esta confusión puede provocarse porque ciertas técnicas diferenciadas como la urgencia o la anticipatoria, centradas principalmente en el manejo del tiempo, nacen como una respuesta desde la práctica forense a raíz de la instrumentalización artificial de medidas cautelares innominadas para hipótesis originalmente no consideradas por el legislador. Es lo que algunos denominan “la revolución post cautelar”<sup>325</sup> contra la falta de idoneidad del proceso civil de matriz decimonónica.

#### **c.8. Las técnicas procesales que refuerzan la efectivización, como la inyucción, la ejecución provisional y las medidas coercitivas.**

Ya puesto el énfasis en la necesidad de *efectividad* sin dilaciones, dijimos que una de las vías o medios es el uso de técnicas que acompañen al fallo definitivo, como lo astreintes, las sentencias mandamentales y en general las medidas coercitivas. Un paso más adelante se encuentra la incorporación de reglas que permitan la ejecución provisional del fallo o el diseño procesal de *inyucción*, esto es, centrado en la búsqueda de una rápida y expedita ejecución.

En el manejo del factor tiempo, ha de incorporarse también con frecuencia, acompañando los montajes procesales diferenciados, la decisión política de restringir los medios de impugnación, basado en la misma idea fuerza de materializar sin dilaciones indebidas.

Los procedimientos o el conjunto de reglas que componen la inyucción procesal,<sup>326</sup> pueden responder a diversos motivos, todos de política legislativa: la cuantía del asunto, la urgencia, el tipo de derecho controvertido o derechamente

---

<sup>325</sup> Cfr. Carlos CARBONE, “La tutela procesal diferenciada: opacidad conceptual y su repercusión en los procesos cualificados por la urgencia y la evidencia, subcautelares e infra o mini diferenciados”, *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2009), 83-105.

<sup>326</sup> Al respecto, puede verse: Francesco CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*, trad. de la 5ª ed. italiana de Santiago SENTÍS, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, I, 82-83.

la poca o nula probabilidad de que exista una defensa seria.<sup>327</sup> En tal caso, el legislador difiere el contradictorio poniéndolo por regla general de cargo del sujeto pasivo de la pretensión procesal, quien para poder evitar la configuración de un título ejecutivo en su contra, deberá hacer uso de las formas establecidas por la ley (acto procesal de oposición, recursos procesales, impugnaciones no recursivas, entre otras de las muchas técnicas para vestir el contradictorio retardado) para que el tribunal en definitiva abra una fase abreviada de contradictorio donde basado en una cognición sumarial desestimaré o estimaré la oposición.<sup>328</sup> El cambio de eje es fundamental: se parte de la base que hay razón en la pretensión procesal deducida.

Otra figura muy clara del distanciamiento con las formas clásicas de tutela jurisdiccional lo representa la ejecución provisional de las sentencias de condena. En línea con los menoscabos racionales sobre el contradictorio (y en definitiva sobre el abuso del derecho de defensa) siendo la actividad recursiva especie de este género (contradictorio), el permitir que la sentencia pueda cumplirse sin necesidad de esperar el resultado de una segunda instancia o de la tramitación de recursos casacionales, no atiende solamente a un concepto de aceleración, sino también a romper con la arraigada conciencia jurídica del binomio sentencia firme-título ejecutivo. Como consecuencia, abre paso a un aspecto fundamental dentro del concepto de TJD que como hemos ya señalado es el juzgamiento por verosimilitud.

Un ejemplo en nuestro ordenamiento del establecimiento de ejecución provisional, en principio podría encontrarse en el Art. 691 del Código de Procedimiento Civil, que regula la ejecución de la sentencia de primer grado pronunciada en un procedimiento abreviado como es el *Procedimiento Sumario* chileno. La norma en comento permite que el juzgador conceda la ejecución de un fallo cuya apelación está pendiente (de manera excepcional), a petición de

---

<sup>327</sup> Cfr. PROTO, "Tutela Giurisdizionale Differenziata..."

<sup>328</sup> Cfr. Álvaro PÉREZ RAGONE, "En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: Caracterización, elementos esenciales y accidentales" *Revista de Derecho*, 19 - 1 (2006), 205-235.

cuando concedida en ambos efectos exista peligro de eludirse sus resultados. La norma en concreto prescribe: “salvo que, concedida la apelación en esta forma, hayan de eludirse sus resultados”.<sup>329</sup> Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han dejado establecido meridianamente que dicha regla no ha recibido la aplicación ni la lectura moderna que pueda dársele, y que más bien se trata de una institución de poco recogimiento práctico. “Existe cierto consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto al carácter suspensivo del recurso en caso de que la resolución impugnada sea la sentencia definitiva”.<sup>330</sup>

#### MANIFESTACIONES NORMATIVAS EN PROCESOS NO PENALES CHILENOS: UN CUADRO DE INTENSIDADES

Sólo a efectos ejemplificativos, intentaremos describir gráficamente un cuadro de intensidades de las notas diferenciadoras que se han analizado más arriba.

El cuadro de más abajo recoge procedimientos que se implementaron para efectos de sustanciar requerimientos de protección judicial sobre derechos no patrimoniales o de función prevalentemente no patrimonial, y que son tramitados ante tribunales ordinarios de justicia chilenos.

Sin duda no se trata de un cuadro que agote todos los procedimientos sobre este tipo de materias, sino de una muestra pequeña pero muy gráfica de andamiajes procesales con síntomas claros de TJD. Podría incorporarse en lo futuro un análisis sobre la tutela de intereses difusos y colectivos, sobre las reglas procedimentales protectoras del medio ambiente, entre otros. No obstante, por pertenecer a la jurisdicción ordinaria, y por el tipo de derechos comprometidos en ellos, nos quedamos con la acotada lista más abajo enunciada.

Lo que buscamos es ilustrar la mayor o menor intensidad de estos bancos de pruebas a efectos de proyectar la investigación sobre los que arrojen un resultado de diferenciación vigorizado.

---

<sup>329</sup> Art. 691 inc. 2° del Código de Procedimiento Civil chileno.

<sup>330</sup> Cfr. Claudio MENESES, “La ejecución provisional en el proceso civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 36-1 (2009) 21, 33.

Usare abreviaciones para no extendernos en la muestra, por ende, téngase presente que cuando se hace referencia a *Recurso de protección*, aludimos al ejercicio de la *acción de protección de derechos fundamentales* genérica prevista y descrita en el Art. 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* de 28 de agosto de 2015.

Cuando se hace referencia a las *Medidas de protección*, nos referimos al Procedimiento especial denominado *De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes*, previsto y regulado entre los artículos 68 a 80 bis la ley 19.968 de agosto de 2004 que crea los Tribunales de Familia.

Cuando se utiliza la expresión *Tutela laboral*, nos referimos al procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales del trabajador, contenido en el Código del Trabajo chileno, específicamente entre los Arts. 485 al 495, en el Libro V de dicho Código, reformado el año 2007.

La cuadrícula rotulada como *Procedimiento antidiscriminación (Ley Zamudio)*, es una referencia al procedimiento judicial creado por la ley 20.609 contra medidas arbitrarias de discriminación publicada el 24 de julio de 2012.

En el caso del *Habeas data*, estamos singularizando con ello al procedimiento establecido para la protección de los datos personales y la vida privada, Ley 19.628 de agosto de 1999.

## CUADRO DE DIFERENCIACIÓN

Estructura procesal Manifestaciones de TJD	Recurso Protección (AA 94-2015)	Medidas de protección (Ley 19.968)	Tutela laboral (Código del Trabajo)	Procedimiento antidiscriminación (Ley 20.609)	Habeas Data (Ley 19.628)
Diseño procedimental con una intencionalidad. (No neutral)	No. Nace con el objeto de protección del orden constitucional de la CPR de 1833.	Sí.	Sí	Sí	Sí
Pretensión autónoma de tutela de derechos no patrimoniales o de función prevalentemente no patrimonial	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí



Disposición orgánica y administrativa de jueces especializados para la protección de los derechos objeto de este tipo de tutelas	No	Sí	Sí	No	No
Ampliación de la legitimación para acceder al proceso concreto	Sí. Art. 2 inc. 1°	Sí. Art. 70.	Sí. Art. 486	Sí. Art. 4 Ley 20.609	No.
Técnicas de cognición sumarial no cautelar	Sí, Art. 20 inc. 1° de la CPR y art. 3 AA en relación art. 192 del Código de Procedimiento Civil (orden de no innovar)	Sí. Art. 71	Sí, art. 490, 492 y art. 444.	Sí. Art. 7	No.

Flexibilidad probatoria	No.	Sí. Art. 72 inc. 3°.	Sí, Art. 493.	No.	No.
Mecanismos colaborativos	No.	Si. Art. 14 y 72.	Sí. Art. 486 inc. 6°	No	No
Flexibilidad del principio de congruencia	Sí. Art. 20 inc. 1° CPR y art. 3 inc. 3° del AA.	Sí. Art. 75 y 80.	Sí. Arts. 494 y 495	Sí. Art. 12	No.
Estabilización de la cosa juzgada	No. Art. 20 CPR.	Sí.	Sí	Sí	Si.
Técnicas que refuerzan la efectivización	Si. Art. 5 AA	Sí. Art. 77.	No, sólo restriccio nes recursiva s.	No.	Sí, Art. 16 inc. Final

### **La elección del banco de pruebas: el procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo**

A lo largo de este capítulo, hemos ido proponiendo algunos ejemplos que permiten aterrizar al ordenamiento jurídico chileno, las manifestaciones de técnicas procesales diferencias, sea que éstas se propongan mediante normas

jurídicas en tanto reglas, sea que se pretenda por vía de principios legalmente consagrados.

Entre estos ejemplos, es muy común recurrir a normas que integran las dos grandes reformas en materia procesal no penal en Chile: el proceso de familia y el proceso del trabajo. En el primer caso, el grado de intensidad mayor en la diferenciación procesal lo encontramos sin duda, a propósito del *Procedimiento para la aplicación judicial de medidas de protección de niños, niñas y adolescentes*, previsto y regulado en la Ley 19.9968 sobre Tribunales de Familia.

Lo propio hace la ley procesal laboral con el *Procedimiento de tutela laboral*, regulado y comprendido en el libro V del Código del Trabajo.

Sin embargo, se han implementado estas técnicas extrayendo experiencias extranjeras o simplemente de manera intuitiva, aunque plagados de buenas intenciones.

No obstante, hay nuevas instituciones, con función de montaje procesal o estructura<sup>331</sup> que busca diferenciarse del tronco común civil por razón del tipo de derechos en riesgo,<sup>332</sup> careciendo del sustrato teórico procesal necesario para su basamento, comprensión y correcta aplicación.

La tarea pendiente es también explicar razonable y justificadamente la fricción de estas técnicas diferenciadas con las categorías propias del debido proceso<sup>333</sup> miradas en abstracto, así como con los dogmas tradicionales de las fórmulas procesales clásicas.

Declaramos desde ya, que el *Procedimiento de medidas de protección* del proceso familiar puede representar la más clara forma posible de un conjunto de técnicas flexibles y diferenciadas en su sentido al menos abstracto (de ello da cuenta el cuadro del punto anterior). Sin embargo, el objeto de esta investigación es el contraste de lo abstracto con su recepción forense y jurisprudencial y allí hay un

---

<sup>331</sup> Cfr. Roberto O. BERIZONCE, "Técnicas orgánico-funcionales..."

<sup>332</sup> Cfr. PROTO, "Necesidad de deshacer..."

<sup>333</sup> Cfr. Nicolás CARRASCO, "La eficiencia procesal y el debido proceso", *Revista de Derecho Privado*, N° 32 (2017), 443 a 469.

obstáculo insalvable que nos hace decantar por el banco de pruebas del *Procedimiento de tutela laboral*. Nos referimos a las restricciones de publicidad de los actos procesales del juicio de familia, comprendido en el Art. 15 de la Ley 19.968, que impide poder acceder a los datos necesarios para el contraste prometido, especialmente cuando versa sobre cuestiones ventiladas en relación con niños, niñas y adolescentes.

No ocurre lo mismo con el proceso laboral, y esa es la principal razón por la que nos inclinaremos a su elección. Hecha ya las referencias a sus claras manifestaciones legales de cumplir al menos abstractamente con los criterios para ser considerada una TJD. Además, este procedimiento, ya cuenta con más de una década en rodaje.

De este contraste entre regulación y recepción de la praxis, podremos extraer la necesidad de reubicar el estudio de las notas diferenciadoras del proceso laboral por vulneración de derechos fundamentales, de releer su estudio y de pesquisar como nuestros jueces están absorbiendo el uso de estas técnicas en relación con su función y naturaleza. Partiendo de la base que, a más de diez años de su implementación, se les ha puesto frente a estos diversos institutos, sin marco teórico necesario para tamaña labor.

El resultado de este contraste teórico con la realidad judicial es un incierto, pero no deja de ser un levantamiento de datos útil a efectos de propender al mejor servicio de justicia posible.

### CAPÍTULO III: TENSIONES ENTRE LAS TUTELAS Y/O TÉCNICAS DIFERENCIADAS Y LAS GARANTÍAS DEL PROCESO JUSTO

#### INTRODUCCIÓN

Antes de poder abordar analíticamente la estructura procesal cuya elección ya fue justificada, es importante hacer una pausa. Este *pare* es necesario porque, como todo andamiaje normativo, coherente con el Estado de Derecho Constitucional, debe ser respetuoso de las garantías y derechos fundamentales procesales, máxime si estamos proponiendo a la tutela procesal diferenciada como una alternativa de idoneidad en función de esta concepción de Estado. De otro modo el abordaje perderá legitimidad y coherencia.

Es imposible inmiscuirse en este tipo de temas y no encontrar, en un barrido bibliográfico incluso superficial, detractores. La gran mayoría de ellos sostiene que este tipo de técnicas se tensionan con algunas (nunca con todas) las garantías o derechos de un proceso debido o justo: en particular con la imparcialidad judicial, con el derecho al contradictorio y el derecho a defensa, y con la congruencia procesal.

La pregunta es ¿por qué podrían provocarse tensiones o fricciones entre la tutela diferenciada y las garantías de un proceso justo?

Resume adecuadamente el problema KAMADA, cuando respondiendo a similar pregunta, plantea:

“En otras palabras, el dilema se resume en el enfrentamiento que media entre el derecho a la protección, esgrimido por el actor, y el derecho de defensa, en tanto integrante del derecho al debido proceso, que titulariza el demandado. Tanto uno como otro merecen protección, quedando ambos subordinados a las

reglas del proceso que aseguran que todos los intervinientes deben tener la oportunidad de ser oídos".<sup>334</sup>

En realidad, salvo algunos detractores muy explícitos de PROTO en Italia, nadie se opone directamente a la tutela diferenciada como un *todo*, sino más bien al conjunto de técnicas procesales que la componen, individualmente consideradas y de manera inorgánica. No hay una objeción directa desde la doctrina en torno a esta institución, pero sí es posible encontrar férreos opositores a las regulaciones positivas de potestades oficiosas del juez, así como al principio de celeridad y concentración, y que decir de la anticipación de tutela, por mencionar algunas técnicas. Esto es importante decirlo porque en este acápite me avocaré a explicar y sistematizar estas objeciones, por cierto, muchas de ellas fundadas, pero que pueden ser reconducidas hacia un equilibrio que permita una adecuada protección de los derechos, coherente con las garantías procesales.

Dicho lo anterior y teniendo presente que la mayor parte de las críticas van sobre lo particular y no miran al andamiaje general específicamente signado como *diferenciado*, podemos afirmar que esta crítica a lo general, se encuentra mimetizada o camuflada en las objeciones a la idea de *publicación del proceso civil*,<sup>335</sup> o mejor dicho de los procesos no penales, tomando la discusión incluso tintes ideológico-políticos, cuando se avanza hacia el paso siguiente: *la socialización del proceso civil* (o no penal) cuyo fin es la materialización del valor justicia.<sup>336</sup> Me haré cargo de ello, considerando que el análisis de los capítulos que siguen, discurren sobre la aplicación del procedimiento de protección de derechos fundamentales del trabajador, cuya matriz he subsumido dentro de la categoría de las tutelas diferenciadas.

---

<sup>334</sup> Cfr. Luis KAMADA, "Las tutelas diferenciadas y su tensión con el debido proceso" (2013), en *Sistema Argentino de Información Jurídica*. <http://www.saij.gob.ar/luis-ernesto-kamada-tutelas-diferenciadas-su-tension-debido-proceso-dacf130302-2013-11-20/123456789-0abc-defg2030-31fcanirtcod>, (disponible el 15-IV-2021).

<sup>335</sup> Cfr. Iván HUNTER, *Rol del Juez. Prueba y proceso*, Der Ediciones, Santiago de Chile, 2020, 55.

<sup>336</sup> Cfr. Juan MONTERO, "El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria", en ídem (Coord.), *Proceso civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 130-167.

Es esperable la denuncia de fricciones para con el debido proceso. Ello por dos premisas que no debemos perder de vista en la lectura de este capítulo: el tiempo de respuesta jurisdiccional es y seguirá siendo siempre el gran problema del proceso judicial. No hay proceso judicial concebible sin incurrir en gastos de tiempo. Tampoco hay proceso debido con tal nivel de *mora judicial* que perjudica a los derechos materiales en sí mismos al punto de hacerlos ilusorios. Omitir u olvidar esta premisa, puede llevar a algunos a sostener afirmaciones que hacen pariente a la jurisdicción con una oficina administrativa y a otros a decir que el único proceso perfecto y legítimo es el modelo decimonónico de lata cognición. Las propuestas en las posibilidades de aceleración o desaceleración nunca encontrarán un punto final de satisfacción, pero hay que intentar buscar la virtud en el razonable punto medio del problema.

La segunda premisa pasa por dejar establecido que el proceso justo es y sigue siendo entre nosotros una cuestión maleable y de un alto grado de indefinición. Dejaré establecido específicamente sobre cuales garantías desarrollaré las tensiones para con las técnicas diferenciadas, a modo de evitar o acortar un poco esta brecha de indeterminación.

Hacer presente que este trabajo se sitúa sobre la intención de generar una propuesta teórica en función de la efectividad procesal, por ende, considera al tiempo como una carga que han de soportar todos los sujetos, no sólo el demandante. Del mismo modo, y quién no podría destacarlo, las garantías de un proceso justo legitiman cualquier decisión judicial y por ende es un deber, intentar superar las tensiones o al menos esclarecerlas, en aras de mantener a la institución en estudio dentro del parámetro ético y correctivo que las mismas prescriben.

#### **BREVEMENTE SOBRE EL PROCESO JUSTO Y SU COMPLEJIDAD**

No es el lugar para esbozar una teorización o sistematización de los ríos de tinta que se han escrito sobre el punto. Sin embargo, es necesaria una acotada panorámica del contenido esencial de la garantía de un *juicio justo o racional* como

lo llama la actual CPR de Chile, a propósito de poder luego, despejar sobre qué garantías en concreto se producen las tensiones.

Ya comentamos en el capítulo primero, la confusión que se generaba, al utilizarse o mal utilizarse comúnmente las referencias a este conjunto de garantías como sinónimos del derecho de acción, de tutela jurisdiccional efectiva, de derecho al proceso, entre otros.<sup>337</sup> Ello principalmente porque 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.

Al respecto llevaba razón la comisión ORTÚZAR en su decisión,<sup>338</sup> y la doctrina lo ha reconocido, pues uno de los principales problemas al momento de dilucidar la integración y núcleo de este contenido es que el origen anglosajón del instituto y su traducción al *civil law* no logran capturar adecuadamente su genética ni toda su extensión y esencia. En palabras de GONZÁLEZ, "si algo debe quedar claro es que esa incompatibilidad genética del debido proceso en el *civil law*, solo se logra ver con anteojos procesales".<sup>339</sup>

Una manifestación clara de lo anterior es que incluso se ha llegado a plantear (equivocadamente) por la jurisprudencia chilena y parte de la doctrina constitucional, la existencia de un *debido proceso sustancial* y uno procesal o *adjetivo*, por una errónea traducción material del *substantive due process* norteamericano, que puede ser derrotada simplemente con enunciar lo absurdo de su opuesto: un ¿debido proceso procesal?<sup>340</sup>

Adoptaremos desde ya un *nomen iuris* más cercano al sistema continental, y no una traducción literal, pero si funcional a su real significación con la equidad

---

<sup>337</sup> Cfr. VARGAS, 30.

<sup>338</sup> Cfr. 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.

<sup>339</sup> Cfr. Roberto GONZÁLEZ, "El debido proceso: del derecho a las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos", *Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal*, 39 (2013), 205, 213, <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v39.n39.2013.35>, (disponible el 30-VII-2021).

<sup>340</sup> *Ibid.*



procesal: el *proceso justo*.<sup>341</sup> Es decir, no cualquier proceso, sino a aquél que supone estándares mínimos de equidad en el tratamiento procesal de los sujetos, tanto por el juez natural como por las normas procesales orgánicas y funcionales. Todo en necesidad de que la decisión final sea legítima. La raíz del mismo, sin duda es homologable, a la exigencia de *proporcionalidad* y *razonabilidad* en el actuar de todos los órganos públicos.<sup>342</sup>

Hablamos del único proceso posible o admisible dentro de un Estado de Derecho. No el proceso que *es* sino el que *debe ser*. Una pretensión correctiva que tiene un fuerte componente ético y que invade de razón práctica al concepto abstracto de *proceso* al punto que éste no puede subsistir sin dicho componente de justicia o equidad. Situación similar a lo que analizáramos a propósito de la relación condicional entre tutela jurisdiccional y efectividad.

Más que intentar entregar una conceptualización, a efectos de los que nos importa, corresponde intentar develar su contenido, pues ello permitirá afirmar que garantías o derechos lo comprenden y en definitiva analizando en concreto dichos contenidos particulares, pesquisar sus límites o fronteras para contrastarlos con las críticas que los denuncian tensionados.

En esta tarea se presentan dos importantes obstáculos. El primero de ellos es la indeterminación dogmática, positiva y jurisprudencial del proceso justo, que deviene en una “hipertrofia o ampliación exagerada de sus contornos, que se refleja en la elaboración de listados abultados y heterogéneos de los derechos que la integrarían o de las situaciones supuestamente protegidas por la referida garantía. Del mismo modo, la ampliación del ámbito de protección de la categoría a diversas situaciones de aplicación jurídica, como sucede en el campo de la

---

<sup>341</sup> Cfr. Daniel MITIDIERO, “El derecho fundamental al proceso justo”, en ídem (ed.), *La justicia civil en el Estado Constitucional*, Palestra, Lima, 2016, 121-139.

<sup>342</sup> Cfr. GONZÁLEZ, “El debido proceso...”, 214.

adjudicación administrativa, ha ido también eliminando la posibilidad real de acordar algunos contornos meridianamente asentados”.<sup>343</sup>

El segundo obstáculo, es su genética eminentemente procesal penal, que dificulta el trasvase de las instituciones al proceso civil (o no penal). Se trata de realidades diversas, que se rigen por principios diferentes, con relaciones procesales diferentes y con sujetos procesales también diversos. Debe tenerse presente ambas complejidades en el desarrollo de la exposición.<sup>344</sup>

Como colofón, adviértase al lector que todo lo que se dirá en este apartado es en referencia al aspecto procesal del proceso justo, y no al debido proceso sustantivo. La clasificación es una acrobacia lingüística cuyo equívoco han denunciado autorizada doctrina en Chile y Argentina<sup>345</sup>. La tendencia de importar irreflexivamente categorías provenientes del *common law*, nos ponen en la necesidad de tener que explicitar esta cuestión.

Es posible entonces advertir tres escalones para el proceso justo: 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.<sup>346</sup> El esfuerzo se hará particularmente sobre la categoría signada con la letra “b”.

---

<sup>343</sup> Flavia CARBONELL y Raúl LETELIER, “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en Pablo CONTRERAS y Constanza SALGADO (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 345, 345.

<sup>344</sup> Cfr. Osvaldo GOZAÍNI, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2017, I, 28.

<sup>345</sup> Al respecto puede verse: BORDALÍ, *Derecho jurisdiccional...*, y GOZAÍNI, *Debido proceso...*

<sup>346</sup> Cfr. GOZAÍNI, 20.

## LOS ELEMENTOS ESENCIALES PESE A LA OSCURIDAD CONCEPTUAL

Como decíamos, no abundan conceptualizaciones sobre el proceso justo y es que habitualmente no se le define en forma positiva sino más bien en forma negativa,<sup>347</sup> destacándose en qué casos no estamos frente a un debido proceso. Entre nosotros, destaca, la conceptualización de los profesores RIEGO, MARÍN y DUCE, quienes describen al debido proceso como un “conjunto de parámetros o estándares básicos que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de los derechos que están en cuestión se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia para las personas que intervienen en su desarrollo”.<sup>348</sup>

En cuanto a su contenido concreto, en lo que respecta a Chile, existen esfuerzos por develarlo desde la necesidad de integración de las normas de la Constitución de 1980, específicamente del Art. 19 numeral 3°, cuestión, que como ya viéramos, sucede del mismo modo con la tutela jurisdiccional efectiva.

### **Esfuerzos por la integración de su contenido**

Para intentar conocer o descubrir su contenido se utiliza, una integración de fuentes respecto de la segunda parte del inciso sexto del artículo referido más arriba:

“Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

---

<sup>347</sup> Cfr. Adolfo ALVARADO, *El Debido Proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, 191.

<sup>348</sup> Mauricio DUCE, Cristián RIEGO y Felipe MARÍN, “Reformas a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”, en Centro de Estudios de Justicia de las Américas (eds.), *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina*, Santiago de Chile, 2008, 11, 17, <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1138>, (Disponible el 30-VII-2021).

Esta integración conjuga normas jurídicas internacionales, jurisprudencia de cortes superiores de justicia (particularmente del Tribunal Constitucional) y trabajos dogmáticos, que en todo caso son de próxima data.<sup>349</sup>

### **Las luces del Derecho Internacional**

En toda obra o sentencia referida al tema se esbozan dos artículos que tienen plena aplicación en Chile por expresa disposición del Art. 5 de la CPR: el artículo 8 de la CADH y el artículo 14 del PIDCP. Pese a que se proyectan ambas normas desde y para el proceso penal en su espíritu y su letra, es posible extraer un ADN común al proceso judicial. Aunque como dijéramos, persisten las incompatibilidades entre ambos planos, que aún generan discusiones en nuestro ordenamiento.<sup>350</sup> Es necesario hacer esta aclaración, porque parte importante de los conflictos o tensiones provienen de una lectura procesal civil sobre un texto genéticamente concebido para el proceso penal. Por ejemplo, como abordaremos más adelante, a propósito de expresiones como la “plena igualdad”<sup>351</sup> en el ejercicio de este “ramillete de derechos procesales”.<sup>352</sup>

En líneas generales, se consagran en dichas normas, el juzgamiento independiente, imparcial, predeterminado por la ley, sin dilaciones indebidas, público, con posibilidad de ser oído en igualdad de armas, a recurrir, presentar pruebas y a defensa letrada.

Por su parte la CIDH, en una pesquisa de fallos lo más reciente posible<sup>353</sup> ha señalado genéricamente que “el artículo 8 de la Convención consagra los

---

<sup>349</sup>Al respecto puede verse los ya referenciados: NAVARRO, “El debido proceso en la jurisprudencia...”, GARCÍA y CONTRERAS, “El derecho a la tutela judicial...”, y BORDALÍ, “Análisis crítico...”.

<sup>350</sup> Cfr. Evelyn VIEYRA, “El derecho al recurso como derecho fundamental en los procesos civiles chilenos, a la luz de la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 38 (2021) 33-63.

<sup>351</sup> Art. 8, n. 2, inc. 1º, CADH.

<sup>352</sup> Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Justicia distributiva y estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 9 (2016) 267-308.

<sup>353</sup> Se pesquisaron fallos explícitos sobre debido proceso o proceso justo entre el trienio 2018 a 2020, que se pronunciaran específicamente sobre su contenido, a efectos de revelar si existían cambios jurisprudenciales desde las últimas pesquisas.

lineamientos del debido proceso legal, que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.<sup>354</sup>

“Las garantías judiciales comprendidas en el artículo 8.1 de la Convención están íntimamente vinculadas al debido proceso legal, el cual abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.<sup>355</sup>

### **La jurisprudencia nacional.**

La jurisprudencia nacional no ha logrado esclarecer la obscuridad conceptual. Prueba viva de la complejidad del concepto es que el vacilante comportamiento que la jurisprudencia chilena ha mostrado al respecto. Destacan en este sentido, los trabajos recopilatorios de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional desarrollados por Andrés BORDALÍ el año 2011, (en realidad en clave de TJE), NAVARRO en 2013 y los profesores GARCÍA y CONTRERAS en 2016, en que puede observarse la multiplicidad de paralelismos entre TJE y proceso justo y la amplificación de su esfera de aplicación. En aquellos trabajos había eso sí coincidencia sobre cierto contenido, que centraremos particularmente sobre procesos no penales: a) derecho a un juez predeterminado o juez natural, b) la imparcialidad e independencia judicial, c) la bilateralidad de la audiencia, d) derecho a defensa letrada, e) emplazamiento, f) derecho a una sentencia motivada, g) derecho a una sentencia congruente, h) al recurso o revisión de la sentencia de grado e i) el derecho a la prueba.

En una muestra tomada desde 2018 a 2020 es posible advertir que los fallos del TC siguen siendo la más copiosa fuente de integración del contenido del proceso justo, a propósito de la proliferación de la litigación de inaplicabilidad.

---

<sup>354</sup> Corte I.D.H, Sentencia *Casa Nina vs Perú*, del 24 de noviembre 2020, párrafos 88 y 89 y en el mismo sentido, Corte I.D.H, Sentencia *Martínez Esquivia vs Colombia*, de 6 de octubre de 2020, párrafos 105 y 106.

<sup>355</sup> Corte I.D.H, Sentencia *Empleados de la Fábrica de Fuegos de San Antonio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil*, de 15 de julio de 2020, párrafos 216, 217 y 218.

Aactualizando un tanto los trabajos anteriormente citados, pero con pocas diferencias sustanciales se ha señalado:

“(…) en cuanto a que el debido proceso - en su faz procesal - “[...] constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando, en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos), regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos (libertad física, de palabra, de locomoción, propiedad, etc.)”<sup>356</sup>

En cuanto a las explicaciones sobre su contenido:

“(…) es necesario comenzar por enumerar los elementos del debido proceso, en específico, del derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que ha sido latamente desarrollado por este Tribunal.

A este respecto, se ha señalado que el debido proceso debe contemplar garantías como: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a leyes, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores (En este mismo sentido, R.N.4., c. 14, 576, cc. 41 a 43; 1812, c. 46; 211, c. 22 y 319, c.19, entre muchos otros)” (sic).<sup>357</sup>

Como es posible apreciar, respecto de los estudios de la doctrina citada, las recopilaciones jurisprudenciales no revisten importantes alteraciones al contenido esencial o mínimo asignado al proceso justo hace ya una década. Otra cosa es que estimemos correcta la categorización que efectúa el TC.

Se insiste sobre la idea además de que la norma del inciso sexto es un mandato al legislador y sobre la existencia de un *minimon minimorum*:

---

<sup>356</sup> TC de Chile, Rol 3867-17, (2019), considerando 4°, en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, (disponible el 30-VII-2021).

<sup>357</sup> TC de Chile, Rol- 8695-20 (2020), considerando 8°, en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, (disponible el 30-VII-2021).

“Que, tal como se ha precisado por esta M. (sic) en otras ocasiones, se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y el derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador (STC Rol N°481 c.7, en el mismo sentido roles N° s 529, 1518, 2371, entre otras)”<sup>358</sup>

Las CSJ también aporta su cuota de ambigüedad, sin embargo, es bastante más acotada la posibilidad que ofrece la jurisprudencia del máximo tribunal. En el último trienio es posible evidenciar mención en lo general al proceso justo:

“(…) el conjunto de requisitos a observar en los grados jurisdiccionales en que el tribunal conoce de un asunto, con facultad de conocer y resolver los hechos el derecho que las partes le plantean sea que la contienda jurídica se desenvuelva entre particulares o entre éstos con el Estado. Es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contempla el respeto al “debido proceso” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante la actividad del Estado en ese ámbito (caso Ivcher Bronstein, párrafo 108, citado por la jurista Cecilia Medina Quiroga, “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial”; Universidad de Chile; Facultad de Derecho; Centro de Derechos Humanos, año 2003, páginas 307 y siguientes)”, agregando que el debido proceso es base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos, porque se

---

<sup>358</sup> TC de Chile, Rol 7857-19, (2020), considerando 23°, en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, (disponible el 30-VII-2021).

razona que formaliza las garantías de todos ellos y es un requisito para la existencia de un verdadero Estado de Derecho;”<sup>359</sup>

En cuanto a su contenido específico, señala la CSJ:

“Que un derecho asegurado por la Constitución Política de la República es que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y es así como en el inciso sexto del numeral 3° de su artículo 19, confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento previamente establecido, racional y justo. En cuanto a los aspectos que comprende el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en que, a lo menos, lo conforman el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, que la decisión sea razonada y la posibilidad de recurrir en su contra siempre que se la estime agravante”.<sup>360</sup>

De ahí que se diga actualmente, con medida razón, que en Chile no puede entregarse con certeza un criterio uniforme para describir en clave de realismo jurídico al debido proceso, atendidas las vacilaciones descriptivas de los tribunales nacionales.<sup>361</sup>

### **La doctrina.**

Este entramado de calificativos es un problema a la hora de los resolver conflictos interpretativos y de adjudicación, pues en un sistema de raíz romano-

<sup>359</sup> CSJ, Rol 2246/2018, (2020), considerando 3°, en [<sup>360</sup> CSJ, Rol 25.177/2018 \(2019\), considerando 6°, en \[<sup>361</sup> Cfr. CARBONELL y LETELIER, 354.\]\(https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR\_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvbnZpY2luYWp1ZGljaWFsdmlydHVhbC5wanVklmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIsImIhdCI6MTYyNzkzNTU1MSwiZXhwIjoxNjI3OTM5MTUxLCJkYXRhIjpw7ImNycklkRG9jdVJlc29sljoiMjg5ODIzNyIsImNvZFRpcG9BcmNoaXZvIjoiMyIsImNvZFRpcG9UcmFtaXRlljoiMyIsImZsZ19kb2NvX3BkZil6IjEiLCJjb2RfY29ydGUiOiIxIn19.0bzq0pEijFMPCFAapMe9opSSy4En3Lu8efJXLgpi7E, \(disponible el 30-VII-2021\).</a></p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvbnZpY2luYWp1ZGljaWFsdmlydHVhbC5wanVklmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIsImIhdCI6MTYyNzkzNTQ1NSwiZXhwIjoxNjI3OTM5MDU1LCJkYXRhIjpw7ImNycklkRG9jdVJlc29sljoiMzI3MzYyNCIsImNvZFRpcG9BcmNoaXZvIjoiMyIsImNvZFRpcG9UcmFtaXRlljoiMyIsImZsZ19kb2NvX3BkZil6IjEiLCJjb2RfY29ydGUiOiIxIn19.CK5TkNgbxndfStAnqIzpKrnYntFgmejtrH5Z5O4qucE, (disponible el 30-VII-2021).</a></p>
</div>
<div data-bbox=)



canónica como el chileno, las categorías y sus elementos esenciales son determinantes en la adopción y toma de decisiones en pro de la aplicación o no de una norma y su extensión. De las múltiples incardinaciones, haciendo un resumen de las propuestas, destacan o se proyectan con mayor énfasis en la doctrina nacional, las afirmaciones que lo sindicán como una norma jurídica indisponible (principio), compuesto a su vez de garantías que tiene por función ser límite a la arbitrariedad judicial (debido proceso en sentido estricto),<sup>362</sup> dirigido al legislador y al juez, del cual a su vez se desprenden reglas legales dispuestas a las partes a efectos de corregir sus transgresiones.

GOZAÍNI, nos dice que el contenido a la luz del *plexo* de derechos provenientes de los tratados que las configuran, en términos generales, sin distinción entre procesos penales y no penales sería:<sup>363</sup>

a) El derecho a ser oído, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas;

b) El derecho al proceso, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.

c) El derecho al plazo razonable, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.

d) El derecho al juez natural, y a que éste sea competente, independiente e imparcial, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.

---

<sup>362</sup> Cfr. GONZÁLEZ, 224.

<sup>363</sup> Cfr. GOZAÍNI, 32.

e) El derecho a la utilidad de la sentencia, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

### **La visión unitaria y minimalista**

En la literatura nacional, no han abundado los esfuerzos por develar su contenido desde lo estrictamente dogmático, pero trabajos de data reciente intentan dar solución al problema.

Entre nosotros se ha dicho que en realidad para el proceso civil *stricto sensu* todo sería resumible en términos normativos expresos al derecho a defensa y a un juez natural.<sup>364</sup> En una labor integrativa, en términos de oralidad y publicidad, el legislador es libre para la opción escrituración/oralidad, sin que se afecte el núcleo duro del proceso justo. Lo relevante en estos términos es la publicidad, aquello es infranqueable (salvas las excepciones legales obviamente). Se incorpora también una necesidad de consagración de defensa en juicio, sentencia motivada, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho al recurso (entendido como revisión de la decisión en general, no necesariamente como apelación o segunda instancia).

Esta concepción minimalista<sup>365</sup> del principio orientador del proceso justo, especialmente pensando en procesos no penales, es una característica reconocida por trabajos también recientes de la doctrina chilena. Sin duda, el trabajo que nos ofrece una mirada estrictamente doctrinal, normativa y fiel a su función garante en contra de la arbitrariedad estatal, es el de CARBONELL y LETELIER. Esta reconstrucción *minimalista y unitaria* de proceso justo se despliega desde los conceptos garantistas de Luigi FERRAJOLI, distinguiendo entre garantías

---

<sup>364</sup> Cfr. BORDALÍ, PALOMO y CORTÉZ, 30.

<sup>365</sup> Cfr. CARBONELL y LETELIER, 360.

primarias y garantías secundarias<sup>366</sup> y explicando la distinción en base a la clásica diferenciación de HART entre reglas primarias y secundarias<sup>367</sup>.

“En otras palabras, son reglas cuyos destinatarios son los jueces, que establecen la obligación de seguir las reglas procesales aparejadas por el legislador para el desarrollo del juicio. Dentro de estas garantías procesales se encuentra la del debido proceso. Por su parte, la norma secundaria –es decir, la garantía jurisdiccional frente a infracciones del debido proceso por parte del juez o tribunal– existirá en la medida que el sistema procesal contemple la posibilidad de impugnar y de revisar decisiones judiciales cuando se alega que se ha vulnerado aquellas reglas de tramitación del proceso que establecen la obligación de seguir las reglas procesales aparejadas por el legislador para el desarrollo del juicio. Dentro de estas garantías procesales se encuentra la del debido proceso. Por su parte, la norma secundaria –es decir, la garantía jurisdiccional frente a infracciones del debido proceso por parte del juez o tribunal– existirá en la medida que el sistema procesal contemple la posibilidad de impugnar y de revisar decisiones judiciales cuando se alega que se ha vulnerado aquellas reglas de tramitación del proceso”.<sup>368</sup>

En cuanto a su contenido específico, los autores mencionados llegan a la conclusión que, en una reconstrucción del proceso justo a secas, que logre evitar confusiones, conjugando nuestras normas constitucionales y las que ya hemos revisado a propósito de tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados y vigentes en Chile, se reduce todo a:<sup>369</sup>

- 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;

---

<sup>366</sup> *Ibid.*, 356.

<sup>367</sup> *Ibid.*

<sup>368</sup> *Ibid.*, 357.

<sup>369</sup> *Ibid.*, 361.

4) Derecho a la defensa: en su faz de defensa técnica (asistencia letrada) y gratuita y de defensa material, que en la especie comprendería:

- i. Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable;
- ii. Derecho a formular alegaciones;
- iii. Derecho a ofrecer y rendir prueba;
- iv. Derecho a contradecir alegaciones y pruebas; y
- v. Derecho a una sentencia motivada.

La sensatez de la propuesta, la higiene normativa del tratamiento, su carácter minimalista y unitario, nos hacen decantar por esta categorización, que usaremos, con algunos matices, de aquí en más a efectos del análisis de las garantías que pueden verse tensionadas por las técnicas diferenciadas en particular o por la estructura procesal en general.

### **Una cuestión final para tener presente: las notas de apertura y proporcionalidad**

Déjenoslo apuntado desde ya, que pese a existir visiones más estáticas para este conjunto de garantías (que abordaremos también), tanto la doctrina procesal, como la constitucional mayoritarias, en el ámbito nacional como comparado, han hecho presente que el contenido del proceso justo tiene notas que lo caracterizan además de su complejidad, y que son dables de traer a colación precisamente en este apartado: su carácter *evolutivo*<sup>370</sup> y la nota de *proporcionalidad*.<sup>371</sup> O como se ha dicho; que admite distintos “grados de aplicación”.<sup>372</sup>

Dicho de otra manera, el contenido que estamos presentando ahora, puede ir variando conforme la cadencia de la cultura jurídica y judicial de un determinado lugar, y en concreto que no se trata de garantías absolutas y rígidas. Que las hipótesis normativo-legales y su aplicación admiten grados de intensidad

---

<sup>370</sup> Cfr. DUCE, RIEGO y MARÍN, 19.

<sup>371</sup> Cfr. GONZÁLEZ, 231.

<sup>372</sup> Cfr. DUCE, RIEGO y MARÍN, 21.

diversas. Por eso se habla de proceso justo o *debido proceso proporcional*, dependiendo de la naturaleza de lo discutido o del tipo de estructura procesal en que nos encontremos.

La proporcionalidad en la aplicación (o exigencia) más, o menos intensa de las garantías procesales que describiremos, penderá de los derechos en juego y por cierto de la mayor o menor definitividad de la decisión que se adopte en el proceso, en tanto no se altere por supuesto el núcleo esencial que termine por desdibujar la garantía en sí misma.

En este sentido, un ejemplo doctrinal grafica muy bien la cuestión:

“Si vamos a hacer nuestra compra semanal al supermercado no exigiríamos ver todos los papeles en regla del vendedor y tener copia de ellos antes de hacer nuestra compra, pero sí estaríamos dispuestos a pasar por estas molestias si lo que vamos a comprar es una casa. Un error en el segundo caso nos puede hacer perder mucho más que en el primero y, por lo tanto, tomamos los resguardos proporcionales en cada caso para evitarlo. Es en este sentido que el debido proceso es proporcional: Tomamos protecciones proporcionales a la importancia de la decisión que enfrentamos”.<sup>373</sup>

### **¿En concreto cuáles son las garantías que se denuncian como friccionadas?**

En una sistematización lo más aséptica posible, siempre se repiten entre quienes cuestionan a las técnicas procesales diferenciadas, las vulneraciones a los siguientes ítems dentro del proceso justo: la imparcialidad judicial, el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, a formular alegaciones, y el derecho a contradecir alegaciones y pruebas.

---

<sup>373</sup> *Ibid.*

## EL PROCESO JUSTO DESDE LA ÓPTICA DEL GARANTISMO, LIBERALISMO O REVISIONISMO PROCESAL (NO PENAL)

Antes de analizar las presuntas fricciones, es importante ofrecer, una visión doctrinal sobre el proceso justo contrapuesta a la mayoritaria, que es basamento de la mayoría de las denunciadas fricciones en análisis.

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.<sup>374</sup> Este núcleo se forma y se consolida con el tiempo mostrándose crítico a las posturas contemporáneas de la disciplina.

*Garantismo procesal* (civil)<sup>375</sup> en Latinoamérica, *revisionismo* en Italia,<sup>376</sup> *dispositivismo procesal*<sup>377</sup>, o simplemente *liberalismo procesal*, son algunas de las denominaciones que intentan incardinar una corriente de pensamiento sobre el estudio del Derecho Procesal y sus elementos. Basados en el entendimiento de la función jurisdiccional en clave de solución pacífica de controversias, en aras de la pacificación social. Dentro de esta filiación dogmática se encuentra en un lugar privilegiado, el estudio del debido proceso y su origen, y la necesaria coherencia con la primacía de la Constitución y por tanto una vigorizada (o más bien rígida) concepción de las garantías procesales que derivan de este binomio y su aplicación.

---

<sup>374</sup> Cfr. HUNTER, 87.

<sup>375</sup> Cfr. Osvaldo GOZAÍNI, *Problemas actuales de Derecho Procesal: garantismo contra activismo judicial*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C., Ciudad de México, 2002, 6.

<sup>376</sup> Cfr. Franco CIPRIANI, "El proceso civil italiano: entre revisionistas y negacionistas", en Juan MONTERO, (Coord.), *Proceso civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 51-66.

<sup>377</sup> Cfr. Roberto GONZÁLEZ, "Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: pasando la Página del debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales", *Derecho & Sociedad* 38 (2012) 281-296, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13127>, (Disponible el 15-IV-2021).

Esto tiene directa relación con la mirada que se pueda tener de las técnicas diferenciadas, porque la doctrina revisionista es altamente reacia a su aceptación y legitimación, considerando las fricciones que pueden generar sobre las garantías, teniendo en cuenta el alto grado de amplificación que entre los autores de esta corriente se les otorga a dichas cláusulas constitucionales y legales.

En el caso del garantismo latinoamericano, sus bases *iusfilosóficas* declaradas se encontrarían 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; en el juez.<sup>378</sup>

A pesar de sus bases declaradas o nominales, es importante advertir, que en realidad el basamento material de esta corriente es la función sociológica que se ha atribuido clásicamente a la jurisdicción<sup>379</sup> (la pacificación del conflicto de intereses y no la tutela de los derechos ni la realización del derecho objetivo), la defensa de los ideales liberales en el proceso, expresados por el ideal de juicio decimonónico compuesto por una reivindicación de la bilateralidad de instancia e integrado por un modelo de juez pasivo. Por paradójico que parezca, sus postulados valorizan la estática y rigidez de las formas procesales. Liberales en lo material, conservadores en lo procesal.

En concreto, sobre el *Derecho Procesal Garantista* (no penal) podemos encontrar (con matices) los siguientes lineamientos comunes:<sup>380</sup>

**Una base dialéctica y privatista en la construcción del concepto de proceso.** Para el liberalismo procesal, el proceso es necesariamente diálogo, contradicción y debate. Ergo, la justicia del caso concreto se va construyendo en base a una serie procedimental inalterable, de cuya consecuente omisión se apareja como resultado la inconstitucionalidad o des legitimidad de la decisión. La esencia del

---

<sup>378</sup> Cfr. ALVARADO, *Debido proceso...*, 302

<sup>379</sup> Cfr. BORDALÍ, *Derecho jurisdiccional...*, 43.

<sup>380</sup> Cfr. GOZAÍNI, *Problemas actuales...*, 14.

concepto *proceso* para esta doctrina es su carácter de “serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico”.<sup>381</sup> En esta secuencia o serie lógica inamovible y estática se propone la siguiente concatenación de eventos o fases en el siguiente orden: afirmación - negación - confirmación - alegación.<sup>382</sup>

“Ella puede presentarse siempre sólo de una misma e idéntica manera, careciendo de toda significación el aislamiento de uno cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más en un orden diferente al que muestra la propia serie”.<sup>383</sup>

**La consagración del principio rector: el principio dispositivo.** El entendimiento de este principio es proyectado en este caso en cuanto a la disposición de intereses - la litis como cosa de partes - y en cuanto al impulso del proceso, que recaerá únicamente en los litigantes (especialmente en el demandante), negando por ende potestades materiales y siquiera reconociendo algunas potestades formales de dirección, salvo por algunas excepciones.<sup>384</sup>

**La necesidad de perfecta igualdad procesal de las partes.** En la lógica del liberalismo decimonónico, las personas se encuentran (teóricamente) en un plano de igualdad a propósito de las normas jurídicas abstractas, generales de universal aplicación, lo que se conoció como el *sentido estático de la igualdad*. Igualdad ante la ley, igual tratamiento de aplicación de la ley sin reconocimiento de diferencias de hecho, de ningún tipo.<sup>385</sup> Este plano de igualdad debe respetarse incólume dentro de la serie procesal. Es coherente plenamente con las ideas planteadas, el hecho de que esta doctrina propugne la pasividad del juez y postule la completa neutralidad judicial en el tratamiento a las partes, tanto por parte de la legislación procesal como desde la conducta judicial en el caso concreto.

---

<sup>381</sup> Adolfo ALVARADO, *Lecciones de Derecho Procesal*, Juris, Rosario, 2009, 162.

<sup>382</sup> *Ibid.*, 164.

<sup>383</sup> *Ibid.*

<sup>384</sup> Cfr. HUNTER, 91.

<sup>385</sup> Cfr. Rafael SIRANGELO DE ABREU, *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, 27.



**La reivindicación del procedimiento de cognición lata de raíz decimonónica.** Siendo los pilares del liberalismo procesal, el debate, el principio dispositivo y la igualdad perfecta de las partes desde la ley procesal y hasta el tratamiento judicial concreto, es también congruente con aquello, que entre sus postulados se encuentre una suerte de idealización del procedimiento ordinario de conocimiento. En Chile (aún) vigente desde 1902 en el Código de Procedimiento Civil y conocido como *Juicio ordinario de mayor cuantía*.

No podía ser de otra forma, pues reviste una amplia posibilidad de debate, sólo puede comenzar a instancia de parte, está dotado de un amplio sistema de oportunidades para ejercer el derecho a ser oído (y por ende el derecho de defensa) y posee una variada gama de recursos procesales disponibles. Todo acompañado por la concepción de un juez pasivo, estilo *iudex* romano, sin potestades materiales de dirección y con sólo lo necesario en cuanto a potestades formales de dirección.

**La concepción estática y absoluta de las garantías del proceso justo.** Ya en concreto, respecto de este ramillete de garantías, el revisionismo tiene una postura clara, pues por ejemplo en su versión latinoamericana declaran que un proceso que no respete la formulación de sus principios básicos es antidemocrático, no puede legitimar una decisión judicial y por ende se torna inconstitucional.<sup>386</sup> Los principios que se esgrimen están claramente descritos:

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

En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios”.<sup>387</sup>

---

<sup>386</sup> Cfr. Roberto GONZÁLEZ, "Eficientismo y Garantismo...", 290.

<sup>387</sup> Adolfo ALVARADO, "Prólogo", en Hugo BOTTO, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer*, Juris, Rosario, 2004, 28.

¿Y cuáles son esos principios? La igualdad (perfecta) de las partes litigantes, la imparcialidad del juzgador - imparcial en términos objetivos y subjetivos - *imparcialidad*, la transitoriedad de la serie procesal, la eficacia de la serie procedimental y la moralidad en el debate.<sup>388</sup>

No hay en el garantismo o liberalismo procesal una morigeración de ninguno de estos principios en pro de otros fines. Mas que hablar de irrenunciabilidad, en realidad no se distinguen en esta doctrina niveles de intensidad en la aplicación de las garantías que se desprenden del debido proceso que postulan.

**La reducción de las potestades judiciales oficiosas.** El revisionismo procesal se postula como un legítimo contradictor de las ideas contrarias a la vigorización del rol de los jueces en la serie procesal. Así, se han mostrado, coherentes con sus declaraciones principales, reacios a la publicación del proceso, que obviamente pone en una posición activa al juez (representante del Estado en el proceso no penal) y que tildan bajo el calificativo moralmente negativo de *autoritarismo* y/o *activismo judicial*.

Es lógico y congruente que ello sea así, considerando los ideales liberales que inspiran esta concepción del proceso judicial. Luego, no es difícil comprender que se opongan tenazmente a cualquier introducción de reglas legales o principios que vigoricen la labor del juez; que encontraría el *clímax* en las potestades probatorias de oficio, las posibilidades de gestión de procesos, de flexibilidad procesal, de dirección material y de configuración o corrección del objeto del juicio.

**Una visión sin grises de los sistemas contrapuestos: dispositivo-inquisitivo.** Finalmente, digamos que tal vez una de las muestras más claras de esta concepción procesal es que no hay escala de grises. El garantismo procesal civil postula el fenómeno procesal a través de lo que denomina "pares antinómicos".<sup>389</sup> Esto implica que sus concepciones se trazan siempre desde dos caras de una moneda. De este modo, las estructuras procesales o se proyectan desde el

---

<sup>388</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>389</sup> ALVARADO, "Prólogo...", 27.

principio dispositivo, o lo hacen en una versión inquisitiva de la labor judicial. A esta última, la vinculan con la inquisición medieval y con el totalitarismo ideológico del nazismo, fascismo y socialismo soviético de la Europa pre segunda guerra mundial.<sup>390</sup>

No se reconoce, y se combate a contrario sensu, en términos de legitimidad democrática, la presunta compatibilidad entre un proceso declarativo en que se pueda disponer del interés propio - es decir inspirado en el dispositivo - y las posibilidades de potestades directivas o de conducción material o formal del proceso.

### **¿Cómo impacta esta posición dogmática a las técnicas diferenciadas?**

Los elementos esenciales del pensamiento revisionista traen como consecuencia necesaria, una mirada reacia a la utilización de las técnicas diferenciadas. En buena hora, porque pese a ser una postura minoritaria dentro de la dogmática procesal continental, representan un adecuado contrapeso para evitar la transformación del publicismo procesal en activismo arbitrario e irracional, o en aceleración procesal meramente eficientista, que erradica definitivamente la consideración por los sujetos no jueces que integran la relación procesal.

Dicho lo anterior, adolecen estas posturas también de problemas importantes sobre todo en su base epistemológica y es necesario hacer algunos matices.

**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 aquéllos propugnados por el enclave latinoamericano del garantismo procesal (civil o no penal) se advierte una declaración de principios perfectamente aplicable al proceso penal, que no me atrevería a cuestionar habida consideración la prístina base epistemológica del *garantismo penal* de Luigi FERRAJOLI, basado en obtener

---

<sup>390</sup> Francisco PINOCHET, *Derecho Procesal Civil. Temas Fundamentales*, El Jurista, Santiago de Chile, 2019, 69.

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.<sup>391</sup>

El problema es que toda la construcción de dicha base epistemológica se erige desde la resistencia a la potestad punitiva del Estado. Situación muy diversa en cuanto campo de actuación de la jurisdicción, es el caso del proceso civil y de otros procesos no penales. Tenemos sujetos procesales diversos, relaciones jurídicas diversas y, sobre todo, un objeto discutido diferente en cuanto contenido y naturaleza.

GOZAÍNI, resume la problemática. “En efecto, el diseño de los garantistas es justo y apropiado para el proceso penal, pero no se adapta al proceso civil, pese a los valiosos estudios que señalan científicamente que existe una teoría unitaria del derecho procesal, o, en otros términos, una teoría general del proceso que muestra coincidencias de principios sin distinción de procedimientos”.<sup>392</sup>

Esta disparidad de campos de actuación se evidencia por ejemplo a propósito de discusiones en nuestro ordenamiento sobre el derecho al recurso. Hoy en Chile es mayoritaria la tesis que discute su categoría de derecho fundamental para el proceso civil, a propósito de su redacción en el Art. 8 de la CADH.<sup>393</sup>

Con esta sola observación, el garantismo procesal se queda sin base epistemológica. De hecho, por ello se le ha criticado muy duramente:

“No existe un solo espacio de la literatura del positivismo procesal del que se dé cuenta sería de su desprendimiento o influjo del garantismo jurídico o, mejor, de alguno de los garantismos jurídicos, por citar un ejemplo, el del positivismo crítico ferrajoliano que, es necesario decirlo, es el más prestigioso y difundido. Al parecer, se tuvo la idea de que si se lucha por las garantías fundamentales ya se hace teoría del garantismo, atención, sin siquiera establecer

---

<sup>391</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. del italiano de Perfecto IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ, Juan Carlos BAYÓN, Juan TERRADILLOS y Rocío CANTARERO, Trotta, Madrid, 1995, 34.

<sup>392</sup> GOZAÍNI, *Debido proceso...*, 28.

<sup>393</sup> VIEYRA, 56.

qué se entiende por garantía en su corriente, ni qué presupuestos epistemológicos la explican ni, algo más importante, cómo fluctúan sus concepciones en el constitucionalismo actual. O tal vez se piense que el asunto procesal dista mucho del filosófico, teórico o constitucional, pues si ello fuera así, no habría más que hablar".<sup>394</sup>

**El segundo problema es la ausencia de propuestas en la solución del problema de la mora procesal.** No es posible advertir entre los trabajos más importantes del liberalismo ninguna propuesta en torno a la crisis de la justicia provocada por el factor tiempo. Es un hecho público y de notoriedad que por razones profundamente estudiadas, y no sólo en Latinoamérica sino en el mundo occidental en general, el tiempo de retardo de la sentencia de mérito afecta gravemente la real efectividad en la tutela jurisdiccional. Ese binomio tiempo-tutela, no se aborda en ningún postulado de la doctrina positivista. Es más, su predilección por el procedimiento ordinario de raíz romano-canónica parece propender a la mora o asumir que no tiene solución. O derechamente ¿no es un problema importante para esta doctrina? No lo sabemos, pues no hay pronunciamientos sobre el punto. A contrario *sensu*, las doctrinas contemporáneas llevan décadas tratando de encontrar fórmulas para un modelo equitativo de justicia entre costos, calidad de la decisión y tiempo.

**Un tercer problema es la instrumentalización del argumento histórico político para criticar algunas de las técnicas centradas en la actividad del juez.** No es posible que toda discusión dogmática para con este tipo de doctrinas se reconduzcan siempre a un solo argumento: la inmoralidad histórica de la concepción pública del proceso. Dado que encuentra 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.<sup>395</sup> Aquello es discutible, y algunos han calificado a estas afirmaciones como "simples calificativos que no se coinciden con lo que fue la

---

<sup>394</sup> GONZÁLEZ, "Eficientismo y Garantismo...", 295.

<sup>395</sup> Cfr. PINOCHET, 40.

realidad histórica y menos el producto legislativo al que se arribó”.<sup>396</sup> De otro lado, “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”<sup>397</sup>.

**Un final obstáculo es la absorción sin cuestionamientos del mito de la neutralidad procesal.** El postulado de un único tipo de proceso, sin flexibilidad, pone en evidencia que el garantismo procesal civil, en su rígida serie procedimental inalterable, así como en la pasividad del juez, supone que todos los procesos, cualesquiera sean los fines perseguidos por las normas jurídicas materiales están inmaculados de neutralidad. Esto puede discutirse desde distintas ópticas y por algo es por lo que se ha denunciado por suficiente doctrina autorizada como un *mito* la idea de que el instrumento procesal sea neutral.<sup>398</sup>

El problema pasa por una confusión entre la neutralidad procesal y la imparcialidad e independencia judicial. Son cuestiones disímiles. Desde una óptica realista, hay ejemplos de sobra en la legislación procesal chilena (y de ello hemos dado cuenta en el capítulo anterior) 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 situaciones de ventaja como los derechos fundamentales. Luego, en una concepción instrumental del proceso (no penal), la neutralidad es prácticamente un imposible y de hecho un indeseable, pues de ser real este mito, es imposible realizar los fines declarados por normas jurídicas

---

<sup>396</sup> Álvaro PÉREZ, “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*, 42 (2014-1) 1, 523, 546.

<sup>397</sup> Joan PICÓ I JUNOY, J, “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado”, *Derecho & Sociedad*, 38 (2012) 274, 277. En <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126>, (disponible el 2-VIII-2021).

<sup>398</sup> Cfr. MARINONI, *Téncia processual...*, RB-3.1

protectoras de grupos precariados o vulnerables que son esencialmente no neutrales. Cosa diversa es que, teniendo presente los fines protectores de determinada norma jurídica respecto a sujetos en condición desigual, ésta deba verificarse en la realidad material a través del ejercicio jurisdiccional, cumpliendo los presupuestos de un proceso justo que, de no cumplirse, conforme las particularidades del caso, sin duda comprometen la legitimidad de esa decisión.

Este problema dogmático crece precisamente por la idea absoluta de las garantías que componen el proceso justo. Este cúmulo de garantías procesales, y ya lo dijimos *supra*, admite graduaciones en su aplicación. Por eso se habla de estándares mínimos, no de absolutos. Como todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial inalterable, que necesita compatibilizarse con las particularidades de cada caso en base al principio de racionalidad y proporcionalidad.<sup>399</sup> De lo contrario el proceso se transforma en un fin en sí mismo, y en un sinsentido jurídico,<sup>400</sup> que obstaculiza arbitrariamente el fin de efectividad.

“(…) este concepto no se ocupa de las garantías de eficiencia y eficacia de la tutela judicial de los derechos, ni de las garantías que se refieren a la justicia de la decisión. Se trata de una concepción fuertemente reduccionista, por tanto, que no tiene en cuenta ni la historia ni la ampliación de las garantías fundamentales del proceso en la mayoría de los sistemas procesales contemporáneos”.<sup>401</sup>

En el fondo de las cuestiones aquí tratadas, el problema central proyectado hacia las tensiones o no con las técnicas diferenciadas, de clara raigambre publicista, son el resultado del no reconocimiento de tonalidades, matices, o proporcionalidad como una de las notas características más importantes de la categoría 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,

---

<sup>399</sup> Cfr. GONZÁLEZ, "El debido proceso...", 214.

<sup>400</sup> Cfr., COHEN, 45.

<sup>401</sup> Michele TARUFFO, "Riflessioni su garantismi e garanzie", en *Garantismo y crisis de la justicia*, en AA.VV., Universidad de Medellín, Medellín, 2010, 319, 323. Trad. propia de la referencia.

pues modelos como el idealizado por el liberalismo 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. Estos últimos, en la forma y rigidez propuesta por la doctrina revisionista termina por comprometerse al punto de hacerse ilusoria, vulnerándose garantías constitucionales también, las que comprenden en clave de derechos subjetivos públicos, la tutela jurisdiccional efectiva.

De otro lado este tipo de modelos están superados prácticamente en todos los ordenamientos de Iberoamérica, excepto en Chile, donde aún se encuentra vigente un Código de Procedimiento Civil de matriz hispano-canónica, cuya necesaria revisión se ha denunciado hasta el agotamiento.

Pese a los matices que hemos formulado, no puede desconocerse el aporte y labor especialmente de contrapeso que esta corriente formula a las doctrinas mayoritarias, en orden a alimentar una reflexión adecuada del cómo debe pensarse el proceso judicial y particularmente su concepción deontológica: el proceso justo. Especialmente considerando la tendencia a reformas procesales basadas en el eficientismo.

Es así como la *doctrina garantista* latina, reunida en torno al Instituto Panamericano de Derecho Procesal, han efectuado propuestas importantes respecto del modo de ejercer justicia en estas costas. Prueba de ello es que el resultado de sus trabajos se refundió a modo prelegislativo en el “Proyecto de Código Procesal General Modelo para Justicia no penal de Latinoamérica”<sup>402</sup> de 2016. Sin duda un aporte a la discusión y a la construcción de una mejor administración de justicia.

---

<sup>402</sup>INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *Proyecto de Código Procesal General Modelo para Justicia no penal de Latinoamérica*, Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas, Rosario, 2016, [http://www.academiadederecho.org/upload/Proyecto\\_de\\_Codigo\\_Procesal\\_General.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/Proyecto_de_Codigo_Procesal_General.pdf), (disponible el 2-VIII-2021).



## SISTEMATIZACIÓN DE LAS CRÍTICAS A LA TUTELA DIFERENCIADA Y/O A LAS TÉCNICAS EN PARTICULAR DESDE LA ÓPTICA DEL PROCESO JUSTO

Ya enunciamos, que 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 en doctrina cuestionamientos a sus fines y por cierto en el análisis de proyectos o reglas vigentes particulares, a las específicas técnicas utilizadas en determinados andamiajes procesales inspirados por una función pública del proceso.

### **Críticas generales sobre su finalidad**

En lo general, la TJD como lo enunciáramos en capítulos anteriores 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. Sobre esto es sin duda, que se asientan gran parte de las críticas.

No nos referiremos en esta parte, porque sería repetitivo, al argumento constante de los orígenes histórico-totalitarios de códigos ejemplos de modelos publicistas. 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.<sup>403</sup>

Una de las primeras polémicas que se anudó sobre el punto, fue aquella formulada por el jurista italiano Gianni VERDE, quien postuló criticando a PROTO, por la década del 70', sobre la inconveniencia de situaciones de privilegios que pudieran extenderse fuera de los confines necesarios para los cuáles son creadas las TJD.<sup>404</sup> En la polémica aquella, el profesor napolitano centró el punto de su argumentación, y con cierta razón, sobre el nivel de indeterminación de las situaciones de ventaja que se pretenden tutelar por estas vías. No es un misterio la indeterminación y porosidad de las normas sobre derechos fundamentales.

---

<sup>403</sup> PÉREZ, "El revisionismo garantista...", 546.

<sup>404</sup> Cfr. PROTO, *Tutela Jurisdiccional...*, 190.

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 como un mecanismo excepcional.<sup>405</sup>

Ahora, en concreto sobre la función social del proceso, como paso siguiente a la publicación, se le ha criticado en cuanto pretender ser instrumento para alcanzar la justicia del caso concreto. Incluso se ha llegado a postular que esta afirmación es 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.

El argumento más importante en contra del proceso y su función social, como instrumento de justicia 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.<sup>406</sup> Estos postulados se apoyan en dos cuestiones básicas según la doctrina revisionista: a) en la competencia exclusiva del legislador para el pronunciamiento de reglas técnico procesales, cuyas 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.<sup>407</sup>

Hay que sumarle a eso, 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 la jurisdicción, la idea de depositar la confianza sobre la materialización de este valor en el ordenamiento jurídico no excluye los

---

<sup>405</sup> Cfr. POZO, 189.

<sup>406</sup> Cfr. Juan MONTERO, "Sobre el mito de la buena fe procesal", en ídem (Coord.), *Proceso civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 294-353.

<sup>407</sup> *Ibid.*

problemas derivados de su inherente subjetividad (ergo la pérdida de imparcialidad, como se verá más adelante). Al respecto, MONTERO es bastante explícito en relación al juez:

“Este es un dato que no puede olvidarse porque significa que estas referencias a la buena fe o a la probidad o a la lealtad se producen en una base ideológica que hace al juez, no un tercero imparcial entre dos pares parciales que pelean por que creen su derecho con todas las armas que el ordenamiento jurídico pone en sus manos, esto es, por lo que estiman que es la justicia (sin comillas y en redonda) que les reconoce la ley material, sino una especie de ser superior revestido de todas las virtudes imaginables cuya misión es lograr una especie de "justicia" que está más allá de la ley y en la búsqueda de la cual deben colaborar activamente las partes y sus abogados”<sup>408</sup>.

Por su parte ALVARADO, advierte que “se propone con insistencia abandonarlo para siempre – se refiere al proceso - y, confiando en la sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del juez, entregarle toda la potestad de lograr esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad. Igual que hacían el pretor y el cadí...por bueno, sabio y justo que sea un pretor o un cadí determinado, toda vez que en la sociedad moderna hay muchos pretores o caídes y que no pueden ser iguales entre sí”<sup>409</sup>.

En Chile, a propósito de las estructuras procesales diferenciadas dispuestas por el legislador procesal laboral, se ha criticado en idéntico sentido. Desde el momento de su entrada en vigor, parte de la doctrina le ha criticado duramente. Señalan que vamos de camino en este campo judicial hacia “una jurisdicción sin proceso”<sup>410</sup>.

Se ha hecho mención explícita a que tras estas concepciones se ubica la vieja inquisición eclesiástica (identificando dicha institución con el fin público y social

---

<sup>408</sup> *Ibid.*, 161.

<sup>409</sup> ALVARADO, *Debido proceso...*, 18.

<sup>410</sup> Claudio PALAVECINO, “Sistemas procesales e ideologías”, *Derecho y Humanidades*, 17 (2011) 13, 27.

del proceso laboral) y que en su totalidad se afecta constitucionalmente la igualdad de las partes, afirmando que ellas son dueñas de sus derechos materiales y también de sus derechos procesales (afirmación, esta última, altamente cuestionable).<sup>411</sup>

En cuanto a las potestades del juez laboral y la presunta a-neutralidad procesal, luego de la reforma de 2006<sup>412</sup> se han propuesto incluso soluciones alternativas al incremento de poderes jurisdiccionales, fundadas en la juridicidad y en el cuestionamiento a la autonomía del proceso laboral como categoría. “El Estado puede intervenir en instancias ajenas al desarrollo del proceso mismo si quiere beneficiar a una de las partes del contrato de trabajo por su posición desmejorada, como podría ocurrir con la creación de una defensoría laboral altamente eficiente e idóneamente capacitada, por ejemplo, u otorgando posibilidades de asesoramiento gratuito y continuo a la parte empleada, pero en ningún caso puede traducir sus expectativas por lograr el bien común, o los intereses que comprende desde ese concepto, en un actuar tendencioso del juez. En el caso de que así lo hiciese, el Estado a través del juez laboral ya no estaría ejerciendo su función jurisdiccional, pues no habría proceso por definición, aunque si un mero procedimiento, “altamente invasivo de las garantías procesales, como el derecho a defensa, por ejemplo”.<sup>413</sup>

De hecho, el mismo MONTERO, comentando a propósito del *mito* de la función social del proceso civil, pone como ejemplo el proceso laboral, que califica simplemente como “otro proceso civil especial”.<sup>414</sup>

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

---

<sup>411</sup> *Ibid.*, 20.

<sup>412</sup> Nos referimos en particular a la ley 20.087, que sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el libro v del Código del Trabajo chileno.

<sup>413</sup> Francisco RUAY, *Las potestades atípicas del juez laboral*, Ediciones Jurídicas Santiago, Santiago de Chile, 2017, 106.

<sup>414</sup> MONTERO, “El proceso civil...”, 160.

tipo de pacificación de controversias, poniendo en riesgo la imparcialidad o desinterés objetivo y subjetivo de que debe estar revestido el juzgador.

### **Críticas en lo particular**

Es más frecuente encontrar denuncias sobre las inconveniencias de regular positivamente determinadas técnicas propias del continente TJD. 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 verisimilitud. 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.

#### **a. Tensiones que provocan las técnicas de cognición sumarial no cautelares.**

Caben en este grupo, todas las críticas a las manifestaciones propias de la tutela de urgencia y en general a toda técnica basada en la celeridad o eficiencia.

En un primer nudo, se cuestiona en específico el hecho de que este tipo de técnicas tornen la decisión judicial en una decisión no precedida de dialéctica. 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 no una tensión sino derechamente una flagrante vulneración al debido proceso, específicamente al contradictorio, de modo que la alteración en la eficacia de esta serie procedimental altera la legitimidad de la decisión transformándola en mero procedimiento y no en proceso.<sup>415</sup>

---

<sup>415</sup> Cfr. Gustavo CALVINHO, *El proceso con derechos humanos. Método de debate y límite al poder*, El Jurista, Santiago de Chile, 2018, 186.

Los críticos de este tipo de técnicas no aceptan la posibilidad del *deferimento* o retardo del contradictorio. Se oponen a la idea de que el derecho a ser oído pueda ser diseñado en modalidad recursiva, por una única razón: no es lo mismo recurrir que contestar una demanda. 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, no contra un juez.<sup>416</sup>

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 procesal (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 esta medida puede generar en el demandado.<sup>417</sup>

Por las razones ante dichas, considerando la inspiración dialéctica que se propone del proceso judicial entre los detractores, se plantea mantener a máxima raya posible la excepcionalidad de este tipo de técnicas, y que, 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 legítimo contradictor y afectado por esa resolución judicial anticipatoria o de urgencia.<sup>418</sup>

#### **b. Tensiones respecto del juzgamiento por verosimilitud.**

Se ha postulado también, muy ligado a la aceleración propia de algunas técnicas como la anticipación, la urgencia o la sumariedad, la falta de información suficiente como para adoptar ciertas resoluciones judiciales que tienen injerencia sobre el patrimonio ajeno y que ante la falta de un proceso principal al que sirvan, o bien ante la estabilidad que han desarrollado estas figuras procesales atípicas,

---

<sup>416</sup> Cfr. Adolfo Alvarado, *Temas procesales conflictivos 2. Cautela procesal, crítica a las medidas precautorias*, Juris, Rosario, 2008, 206.

<sup>417</sup> Cfr. Alejandro ROMERO, *Curso de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, I, 65.

<sup>418</sup> Cfr. POZO, 187.

se esté juzgando por mera verosimilitud en vez de formarse realmente convicción judicial. Dos grados absolutamente diversos a la hora de analizar el tránsito entre la prueba rendida y su resultado.

En este sentido, como dijéramos recientemente, se denuncia afectación al derecho a defensa, en su faz material, pues ante la alteración de series procedimentales que impliquen el descargo de afirmaciones sobre hechos y posteriormente el descargo de pruebas respecto de esos hechos, se abandonan las posibilidades de defensa real del demandado.<sup>419</sup>

De otro lado, 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, al punto de plantearse que esta pérdida de imparcialidad debe ser reparada mediante la operatividad de dos jueces, uno para resoluciones que se adopten mediante verosimilitud y otro para los juzgamientos por *lata cognición*.<sup>420</sup>

### **c. Tensiones que provoca la amplificación de potestades cautelares genéricas.**

En el mismo orden de las críticas recién analizadas, este tipo de técnicas diferenciadas de *cognición sumaria no cautelar*, cuya fuente histórica en general la doctrina atribuye al famoso Art. 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

---

<sup>419</sup> Cfr. ALVARADO, *Temas procesales...*, 205.

<sup>420</sup> Cfr. POZO, 195.

desconfigura y termina estabilizando la decisión al punto de transformar lo provisional en definitivo.<sup>421</sup>

Un sentido más profundo se le atribuye al incremento en general de potestades judiciales en desmedro de derechos de los particulares. En lo referente a la cautela, se ha dicho que representa una vulneración directa al principio de juridicidad.<sup>422</sup> En clave de nuestra lectura constitucional, al *racional y justo procedimiento*. La idea central la desarrolla RUAY, quien, a propósito del proceso laboral chileno, y de la norma del Art. 444 del Código del Trabajo (sobre la función cautelar del Juez del Trabajo) señala:

“En este sentido, la consagración de potestades abiertas o atípicas no es coherente con el propio contenido constitucional, y llega a vulnerar incluso, dependiendo de lo laxo de su lectura, a la noción de Proceso, desnaturalizando el ejercicio de la función ejercida por el Estado ante el requerimiento de particulares para la solución de conflictos intersubjetivos.

No es concebible entonces que pueda desprenderse de la norma procesal laboral estudiada una potestad cautelar genérica, e indeterminada. En primer lugar, porque la Constitución ha encomendado al Legislativo (órgano democráticamente idóneo) la consagración expresa de las potestades públicas, y al hacer aquello se pretende trasladar una función monogenética impropia al juez laboral, atentando contra los principios fundamentales de legalidad, juridicidad, certeza y seguridad jurídicas, y en el fondo, con el derecho a defensa de las partes en juicio”.<sup>423</sup>

El fundamento por excelencia, como puede observarse, en un punto más profundo, desde la filosofía del derecho si se quiere, es esta eventual transgresión por parte del juez de sus funciones jurisdiccionales, que lo transforman en

---

<sup>421</sup> Cfr. Franco CIPRIANI, "El procedimiento cautelar entre Eficiencia y Garantías", *Derecho & Sociedad* 25 (2005) 53, 62, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13127>, (Disponible el 15-IV-2021).

<sup>422</sup> Cfr. Francisco RUAY, "La función cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?", *Ius et Praxis*, 21 - 2 (2015) 441-480.

<sup>423</sup> *Ibid.*, 476.



creador de normas jurídicas, mediante cautelares innominadas o figuras atípicas de tutela cautelar.<sup>424</sup>

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

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.<sup>425</sup>

#### **d. Tensiones que provocan las potestades probatorias de oficio.**

Este tópico es sin dudas el más polémico. La mayor parte de la doctrina garantista 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 de introducir 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*<sup>426</sup> son en esencia lo mismo, la calidad de tercero del juez en relación con el interés perseguido en juicio por los sujetos procesales partes.

Hay compromiso con el interés de una de las partes y desigualdad de armas, dice el revisionismo, 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 aquélla 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

---

<sup>424</sup> Cfr. ALVARADO, *Temas procesales...*, 186.

<sup>425</sup> Cfr. HUNTER, 93.

<sup>426</sup> Cfr. ALVARADO, *Debido proceso...*, 256.

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 descargó prueba vulnera la imparcialidad, y supone un compromiso con el interés, ayudándolo a obtener sentencia congruente con ese interés.<sup>427</sup>

Un ejemplo muy elocuente ilustra la situación concreta. “Con todo, el sentido común indica que resultaría francamente impresentable, en cualquier proceso, ver al juez bajar de su estrado, tomar del brazo a uno de los abogados y escuchar que le susurra bondadosamente al oído: estimado colega, olvidó usted pedir la documental, la cual es vital para el interés de su defendido en este caso. Mas no se inquiete, pues la pediré yo en su lugar”.<sup>428</sup>

Conforme “al principio de inocencia que rige igualmente en materia penal como civil, si el juez no forma convicción legal no puede condenar al demandado en base a las pruebas rendidas; simplemente, debe absolver”.<sup>429</sup>

Se afirma como imposible 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 encontrarían los sujetos procesales como condición de un debate que constituye la esencia del proceso mismo.<sup>430</sup> El juez llega al final del proceso y no se ha terminado de convencer frente a una de las posiciones. Decreta prueba en pro de esa convicción incompleta y termina por perjudicar a la parte cuyo interés es contrario a la prueba decretada así de oficio.

Frente a la refutación de este argumento, en términos del resultado de la prueba y su imposibilidad cognoscitiva al momento de decretar estas diligencias, BOTTO ha señalado que “el hecho de que al decretarla no puede conocer su resultado, lo que es obvio, sólo es un fundamento superficial, pues lo de fondo y trascendente es que el juez no pierda nunca su carácter imparcial, antes de que

---

<sup>427</sup> Cfr. PINOCHET, 72.

<sup>428</sup> Claudio PALAVECINO, "El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 13 (2011) 117, 133, [http://www.scielo.org.mx/scielo.phpscript=sci\\_arttext&pid=S1870-46702011000200117&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S1870-46702011000200117&lng=es&tlng=es), (disponible el 31 VII-2021)

<sup>429</sup> BOTTO, 28.

<sup>430</sup> Cfr. PINOCHET, 73.

firme sentencia, única oportunidad en que el juez puede y debe dejar de ser imparcial, decidiéndose por una de las dos posibilidades: condenar a favor del demandante o absolver a favor del demandado. No antes”.<sup>431</sup>

Para el revisionismo, este tipo de potestades convierten al juez en el instructor de un proceso inquisitivo, en que éste acusa, prueba y juzga. Ello es incompatible con los derechos básicos de la persona humana.<sup>432</sup>

De hecho, en Chile, a propósito, nuevamente del proceso laboral, se ha dicho que ha retornado el *inquisidor* con este tipo de potestades. Para PALAVECINO, las potestades de impulso oficial, así como las potestades de configuración del objeto del debate, la apertura del período probatorio, la restricción de medios y la incorporación al proceso de prueba oficial, son manifestaciones concretas de un proceso inquisitivo (como opuesto al acusatorio).<sup>433</sup>

“(…) en lo que atañe a la garantía del debido proceso, las objeciones dirigidas contra la actividad probatoria del juez se fundamentan, por una parte, en la regla sobre la incompatibilidad de funciones procesales entre instrucción y juzgamiento (imparcialidad del juzgador) y, por otro, en la necesaria ausencia de interés subjetivo del juez en la solución del litigio (imparcialidad del juzgador)”.<sup>434</sup>

#### **e. Tensiones en cuanto a la congruencia procesal.**

Otra de las cuestiones denunciadas como tensionadas, es la flexibilidad de la congruencia procesal. En concreto, a propósito del objeto de este trabajo, se ha cuestionado regulaciones positivas como la del Art. 495 del Código del trabajo, que establece medidas reparatorias (patrimoniales y no patrimoniales) para trabajadores vulnerados en sus derechos fundamentales y que han obtenido sentencia estimatoria.

---

<sup>431</sup> BOTTO, 29.

<sup>432</sup> Cfr. CALVINHO, 176.

<sup>433</sup> Cfr. PALAVECINO, “El retorno del inquisidor...”, 122.

<sup>434</sup> *Ibid.*, 132.

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.<sup>435</sup>

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, ergo al proceso justo. No fue posible contradecir aquella parte de la sentencia que queda enteramente entregada a la discrecionalidad judicial.

#### **f. 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 igualdad de armas y contradictorio).

El nudo principal denunciado tiene fuentes históricas. La creación de deberes de comportamiento o moralidad denota un tinte absolutista o totalitarista que afecta el derecho a la libertad de los particulares. En este sentido, 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”.<sup>436</sup>

Entre nosotros, volviendo sobre normas del proceso del trabajo como ejemplos, a propósito del Art. 425 del Código del Trabajo, que lo consagra como principio, se ha criticado en dos sentidos: “Primero, en la utilización de un concepto jurídico indeterminado en la descripción de la conducta que fundamenta la actuación del órgano; y segundo, en la determinación de las

---

<sup>435</sup> Cfr. RUAY, *Las potestades atípicas...*, 163.

<sup>436</sup> MONTERO, “El proceso civil...”, 160.

sanciones que acarreará la verificación de la conducta descrita indeterminadamente. Luego, el juez, simultáneamente y por añadidura, vulnera las garantías procesales consagradas constitucionalmente, y el principio de juridicidad, que las contiene”.<sup>437</sup>

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 Art. 453 numeral 3° del Código del Trabajo, teniendo por probadas las alegaciones hechas por la parte contraria y que digan relación con esta prueba.<sup>438</sup>

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.

#### **g. Tensiones en cuanto a la amplificación de la legitimación procesal (activa).**

Las tensiones en este sentido provienen desde el principio dispositivo. Es lógico, para quien abraza una concepción liberal del proceso (no penal) identificar la iniciativa particular como la única forma de promover la actividad judicial. Y, de hecho, en la normatividad 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, en el Art. 10 inciso primero del Código Orgánico de Tribunales al prescribir:

“Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio”.

---

<sup>437</sup> Francisco RUAY, “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*, 5-9 (2014) 83, 101.

<sup>438</sup> *Ibid.*, 102.

Las tensiones se agudizan entonces, con procedimientos como el previsto para la sustanciación de pretensiones por vulneración de derechos fundamentales del trabajador (del Libro V del Código del Trabajo), 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.<sup>439</sup>

Al respecto, se 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.<sup>440</sup> 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.<sup>441</sup>

#### **PROPUESTAS PARA UN NECESARIO EQUILIBRIO**

Luego del análisis de las tensiones o fricciones, como las hemos tratado de denominar, es necesario hacer un cierre poniendo énfasis en la idea de armonizar o equilibrar las propuestas tanto desde la publicación como del cuidado de las garantías procesales.

Para poder proponer un trabajo interpretativo que permita aunar, es necesario sin duda mirar el objetivo o finalidad y también el camino o el medio por el cual se obtiene este fin. Sin embargo, como premisa, es también importante entender que el Derecho Procesal debe avanzar, porque de lo contrario no se explica el centenar de obras que vienen denunciando un colapso de la justicia civil y el fracaso hace rato del modelo decimonónico de justicia. Esta es una premisa irrefutable, un hecho notorio y público que no es necesitado de prueba, como

---

<sup>439</sup> Artículo 486 del Código del Trabajo.

<sup>440</sup> Claudio PALAVECINO, "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 5-9 (2014), 33, 40.

<sup>441</sup> *Ibid.*, 41.

tampoco es controvertido que el proceso o es con un mínimo de garantías o no es proceso judicial.

Intentaremos, despejar algunas cuestiones sobre las presuntas tensiones, haciendo presente que lo haremos en sentido genérico, pues los argumentos que pasan a exponerse son aplicables a las fricciones generales y particulares que se refirieron *supra*, para con las garantías aludidas.

### **La proporcionalidad como principio orientador al momento de analizar las tensiones.**

El primer problema es la cuestión a si se trata realmente de fricciones o tensiones y cual es realmente su intensidad. La respuesta ha quedado evidenciada en el apartado anterior, es obvio que hay tensiones desde una perspectiva general. Sin embargo, dichas tensiones al igual que la aplicación de las garantías procesales, tienen una intensidad mayor o menor dependiendo del tipo de regulación que estemos analizando, y en tanto no alteren el núcleo esencial de las garantías, aunque exista tensión, no habrá vulneración o infracción.<sup>442</sup> En la medida en que exista proporcionalidad entre la técnica diferenciada y la intensidad del adelgazamiento del derecho a defensa material.<sup>443</sup> Por ello es que no se habla simplemente de debido proceso, sino de un proceso debido y proporcional.<sup>444</sup>

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

---

<sup>442</sup> Cfr. Humberto NOGUEIRA, "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", *Ius et Praxis*, 11-2, (2005) 15-64, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>, (disponible el 26-VII-2021).

<sup>443</sup> Cfr. KAMADA, 33.

<sup>444</sup> Cfr. GONZÁLEZ, "El debido proceso...", 214.

Incluso en el modelo de código dispositivo (en Chile), el Código de Procedimiento Civil de 1902, la serie procedimental puede perfectamente, regla legal mediante, ser alterada durante la tramitación de un procedimiento sumario como el comprendido en el Art. 680, a propósito de la *accesión provisional* a la demanda ante incomparecencia del demandado. Igual situación ocurre, con el Art. 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 de la tutela cautelar. Como vemos, se trata de dos ejemplos (entre otros) concretos desde dentro de un código liberal decimonónico que dan cuenta 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 la *amparización*.<sup>445</sup> Sin embargo, cuando se den los presupuestos legales, debe tenderse a su aplicación efectiva, 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 que podemos afirmar que la impugnación de una resolución judicial anticipatoria por vía recursiva, o por vía de una demanda incidental de oposición, logran 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 un *traslado* antes de resolver.

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

---

<sup>445</sup> Cfr. CIPRIANI, "El procedimiento cautelar...".



exigencia de información que se le entrega al juez, en pro de una solución mas 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 mas 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,<sup>446</sup> y que su función (porque no es un fin en si mismo) 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 como es.

### **La igualdad de armas o equidad procesal 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.

Como dice MONTERO, lo anterior viene promovido por una decisión política sobre la participación del Estado en la comunidad.<sup>447</sup> No desconocemos que ello

---

<sup>446</sup> Cfr. PROTO, "Introduzione sulla atipicità...".

<sup>447</sup> Cfr. MONTERO, "El proceso civil...".

sea una decisión política, claro que lo es, 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.

El Derecho Procesal, dentro del Estado de Derecho Constitucional (no legal) ya resolvió ese problema y tomó un norte hace rato: 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.<sup>448</sup>

“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.

---

<sup>448</sup> Cfr. ALVARADO, “Prólogo...”, 16.

Eficientismo procesal civil es estudiar el proceso en su perspectiva integrativista-trialista que articula la secuencia eficiencia-efectividad-eficacia".<sup>449</sup>

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.<sup>450</sup>

Es la igualdad procesal una parcela que ha evolucionado, dentro de la evolución de todo el concepto general de igualdad. En un Estado de Derecho Constitucional, su concepción ya no es estática, sino dinámica.

"El desenvolvimiento de la noción de igualdad, en perspectiva microscópica, específicamente en cuanto al proceso civil, refleja muchas características relativas a la evolución de la noción en perspectiva microscópica. En un primer momento, comprendida a partir de los presupuestos teóricos de la noción de igualdad ante la ley, la igualdad procesal significaba la exigencia de paridad de armas, de carácter estático, relacionada a la noción de contradictorio como bilateralidad de la instancia, imponiendo a un juez pasivo que deja el control de la arena procesal a las partes, la aplicación indistinta y generalizada de las normas procesales y el respeto a la legalidad procesal para garantizar la identidad del trato de las partes. En un segundo momento, entendido desde los supuestos teóricos de la noción de igualdad en la ley, la igualdad procesal pasa también a significar el equilibrio procesal, de carácter dinámico, relacionado con la noción de proceso contradictorio como *potencial de influencia*, imponiendo a un juez activo quien colabora con los demás sujetos procesales en el ámbito de participación que es el proceso, la neutralización de desigualdades que puedan afectar el desempeño efectivo de todas las capacidades procesales, en promover una equivalencia real

---

<sup>449</sup> GONZÁLEZ, "Eficientismo y Garantismo...", 38.

<sup>450</sup> Cfr. SIRANGELO DE ABREU, 103.

de oportunidades para que todos los sujetos procesales puedan condicionar argumentativamente el ejercicio del poder estatal".<sup>451</sup>

### **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, en que las partes pueden libremente disponer del interés comprometido en el juicio, 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 este sujeto al juez. En tanto ambas facultades tengan fuente normativa, no hay inconveniente en su compatibilidad.<sup>452</sup>

En una afirmación por el equilibrio, HUNTER señala que, siendo compatibles las potestades judiciales con el principio dispositivo y con la igualdad procesal, es conveniente sin embargo que las potestades se encuentren reguladas legalmente reduciendo lo más posible el margen de discrecionalidad.<sup>453</sup> Todo poder del juez proviene sólo y exclusivamente de la ley, por eso es tan importante la técnica procesal legislativa en las tutelas diferenciadas. Se deben articular para hacer el poder del juez previsible a las partes, en cuanto tiempo y medios, articulándola con el debido proceso.<sup>454</sup>

Así, dice el autor referido, que las potestades oficiosas probatorias 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

---

<sup>451</sup> SIRANGELO DE ABREU, 247. Traducción del portugués propia.

<sup>452</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, J, "El Derecho Procesal...", 275.

<sup>453</sup> Cfr. HUNTER, 172.

<sup>454</sup> *Ibid.*

partes, pues en este último caso si existe un compromiso de la imparcialidad judicial.

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, sólo y como hemos dicho, la complementa. Finalmente, apunta el profesor valdiviano - 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.<sup>455</sup>

Finalmente, En cuanto a las presuntas tensiones relativas a la consagración de la buena fe, la verdad es que 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 una 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 en cuanto al comportamiento de las partes, está incluso recogido por aquella doctrina que cuestiona fuertemente la mayor actividad oficial en el proceso, como uno de los principios sin los cuales el proceso simplemente no es debido.

En cuanto a los problemas de la congruencia. Es importante anotar que las críticas en general 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 está claramente la ausencia basal del cuestionamiento que se ha denunciado por la doctrina procesal contemporánea a propósito de la tutela resarcitoria y su

---

<sup>455</sup> Cfr. HUNTER, 679. En el mismo sentido GOZAÍNI, *Debido proceso...*, 144.

insuficiencia, y el tránsito hacia nuevas fórmulas como las de remoción del ilícito, la tutela preventiva y la tutela inhibitoria.

## CAPÍTULO IV: LA TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO CHILENO

### INTRODUCCIÓN

No siempre el fenómeno del juicio laboral se presentó con notorias diferencias respecto del proceso civil. Es sin dudas un largo tránsito el que lo ha llevado desde la jurisdicción común a la jurisdicción especializada. Una nota especialmente distintiva en nuestros días, en los diversos ordenamientos iberoamericanos.<sup>456</sup>

Siendo ya un proceso revestido de normas procedimentales especiales, la diferencia resalta aún más cuando se cruza con el fenómeno de la constitucionalización del derecho. En particular, cuando aparece en el Derecho Laboral el concepto de ciudadanía de la empresa y la relación laboral se complejiza, elevándose a rango constitucional varios de los derechos antiguamente del mero orden legal.

En este sentido, el procedimiento de tutela laboral chileno viene a ser la “traducción procesal del concepto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre privados, y en este particular al interior del contrato de trabajo”.<sup>457</sup>

Surge entonces la necesidad para el legislador procesal, de servir instrumentalmente a este fenómeno del derecho material que es la primacía y optimización de los derechos fundamentales, o como señala HALPERN

---

<sup>456</sup> Cfr. Juan Montero, *El Proceso Laboral*, Bosch, Barcelona, 1981, 6.

<sup>457</sup> José Luis UGARTE, "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", *Revista de derecho, Valdivia*, 20-2, (2007) 49, 61, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200003>, (disponible el 15-IX-2021).

refiriéndose a la segunda tutela del Estado, “la tutela legal de los derechos fundamentales”.<sup>458</sup>

Toma particularmente sentido, lo que se ha anunciado majaderamente en capítulos anteriores: la inminente conexión entre el derecho material y el derecho procesal, que pone en clave de idoneidad la exigencia de normas capaces de cumplir con este rol tuitivo.

Así se le ha reconocido, con estas mismas denominaciones, como “el medio procesal idóneo para satisfacer el estándar de disfrute de los trabajadores de sus derechos constitucionales en la relación laboral”.<sup>459</sup>

Es, sin embargo, una cuestión patente, que ha sido la doctrina laboral quien se ha encargado de orientar dicha tarea legislativa. Y una vez promulgada y publicada la ley procesal, se han encargado apasionada y herméticamente de comentarla y escribir sobre su contenido. La doctrina procesal en este tópico ha callado.

Toda la literatura sobre el tema, salvo contadas excepciones, pertenece al mundo del Derecho del Trabajo. El mérito es sin duda para ellos, por hacer del proceso del trabajo y particularmente aquél en que se ventilan vulneraciones a derechos fundamentales de orden laboral, un campo de estudio fértil y de constante evolución.

El Derecho Procesal del Trabajo, no obstante, el aporte de los laboristas, es Derecho Procesal. Sin embargo, “estamos frente a una etapa en que su fisonomía no puede ser entendida a cabalidad sin un adecuado conocimiento y comprensión esencial de la sustancia misma del Derecho del Trabajo. No se

---

<sup>458</sup> Cecily HALPERN, "La acción de tutela de los derechos fundamentales del trabajador", en María Pía SILVA y Myriam HENRÍQUEZ (coords.), *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, 143.

<sup>459</sup> Patricio MELLA y Álvaro DOMÍNGUEZ, "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial", *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 39 (2012) 177, 214, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200007>, (disponible el 15 -IX - 2021).



concibe como posible la abstracción de las normas procesales de los principios, normas y caracteres propios del Derecho Laboral sustantivo”.<sup>460</sup>

La desidia del mundo procesal por este tipo de tópicos trae no solo consecuencias anecdóticas.<sup>461</sup> De hecho, las confusiones en torno a la naturaleza de este conjunto de normas que analizaremos (485 a 495 del CT) dan cuenta de ese problema. Le llaman procedimiento especial, cautelar, tuitivo especial, y cuanta denominación más esté de moda.

El resultado de la ausencia de base conceptual disciplinar trae graves problemas. Las denominaciones anómalas a institutos procesales terminan por alterarlos en su contenido esencial, y hacen errar al juzgador en la aplicación de éstos respecto de su correcta interpretación, perjudicando la justicia del caso concreto. De hecho, analizaré en lo que sigue un conjunto de normas que se encuentran bajo un párrafo que se denomina “Tutela laboral”. No existen normas procesales en un Estado de Derecho Constitucional que no sirvan a ese propósito: tutelar derechos e intereses legítimos. Ya puede observarse lo ambiguo y equívoco de la terminología.

La idea de central de este capítulo es desglosar analíticamente las técnicas utilizadas por el legislador chileno para poder proteger derechos fundamentales vulnerados a propósito de la relación laboral. Todo desde la mirada de la teoría procesal, y especialmente desde la óptica de la categoría de las tutelas diferenciadas, considerando lo dicho a propósito de su intensa presencia en este procedimiento.

Ahondaremos en las formas normativas. En el *cómo* se regularon positivamente estas notas diferenciadoras. Queremos contrastar su real contenido para verificar si están o no presentes en este procedimiento especial,

---

<sup>460</sup> Rodolfo WALTER y Gabriela LANATA, *Régimen del nuevo proceso laboral chileno*, 6ª ed., Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, 1.

<sup>461</sup> William THAYER y Patricio NOVOA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2018, 150.

como lo llama la ley laboral chilena. El resultado, nos permitirá luego, en los capítulos siguientes, ponerlas a prueba en cuanto a su recepción judicial.

Antes de seguir, es conveniente entonces hilar un par de ideas fuerza que han sido tratadas. La promesa de tutela jurisdiccional efectiva requiere para su concreción de técnica procesal idónea. Dicha idoneidad no se encuentra, a propósito de los derechos esencialmente no patrimoniales (derechos fundamentales) en las formas procesales comunes o generales.<sup>462</sup> De ahí que se identifiquen o cobren fuerza las estructuras procesales diferenciadas, imbuidas de esta conexión con el lugar privilegiado que cobijan los derechos de rango constitucional y especialmente, aquéllos que deben respetarse en una relación esencialmente desigual: la relación jurídico laboral.

En este capítulo, analizaremos en abstracto, sin contraste aun con la realidad judicial, la apuesta del legislador chileno por generar una tutela intencionalmente diferenciada del proceso de cognición pleno civil e incluso del juicio del trabajo común.

#### ANTECEDENTES Y MOTIVACIONES

Es necesario hacer un comentario previo. El procedimiento (como se incardina en el Código del Trabajo chileno) para la protección de derechos fundamentales en el trabajo, tiene como común designación o singularización el ser llamado *procedimiento de tutela laboral*. Así lo llama la ley, los operadores jurídicos y la jurisprudencia. De hecho, es un fenómeno aún más potente el que ocurre con esta denominación. La tutela de los derechos, en la forma concebida por la doctrina procesal alemana e italiana, como fin de la actividad jurisdiccional<sup>463</sup>, por la que bastante tinta se ha derramado en el derecho comparado, entra en el ordenamiento judicial chileno, en términos categoriales por vía del Código del

---

<sup>462</sup> Cfr. Roberto O. BERIZONCE, *Tutelas Procesales Diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, 17.

<sup>463</sup> Cfr. Daniel MITIDIERO, "La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional", en ídem (ed.), *La justicia civil en el Estado Constitucional*, Palestra, Lima, 2016, 187-224.

Trabajo y el párrafo 6° de su Libro V. Es decir, aquella teorización y reconocimiento tan promovido por la doctrina procesal contemporánea, no ha encontrado positivización en Chile en el proceso civil, sino a través de la ley procesal laboral (Libro V del Código del Trabajo).

Lamentablemente esto apareja confusiones, porque hablar de tutela jurisdiccional o procesal supone la comprensión de la actividad jurisdiccional para derechos de rango constitucional, de toda índole (no solo laborales) y también de rango infra constitucional. Sin embargo, en la realidad judicial y forense chilena, el término tutela es asociado inescindiblemente con las normas de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

Estas constataciones dan cuenta de la injerencia y trascendencia que ha tenido y tiene la *tutela laboral* (como es llamada coloquialmente en el foro) desde su aparición el año 2007 en nuestra normatividad. Es en palabras de UGARTE, tan revolucionaria esta normativa para el ordenamiento chileno, “que no había existido en nuestra legislación laboral adjetiva espacio para la creación de los cauces procesales necesarios para la protección de derechos no patrimoniales, vinculados, más que el intercambio de servicio por salario, a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano”.<sup>464</sup> En términos de su impacto social solo se compara con la dictación en 1914 de *la Ley de la Silla*, que obligó a los empleadores a disponer sillas para que sus trabajadores descansaran durante su jornada laboral.<sup>465</sup>

### **La horizontalidad iusfundamental como promotora de una tutela diferenciada en el Derecho Procesal Laboral**

Con la injerencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho, desde fines de los años cincuenta en adelante, el influjo de las doctrinas sobre la supremacía constitucional, del Estado de Derecho Constitucional y aquéllas que

---

<sup>464</sup> UGARTE, 60.

<sup>465</sup> *Ibid.*, 66.

proclaman eficacia horizontal de los derechos fundamentales<sup>466</sup> han supuesto una verdadera revolución normativa, teórica y jurisprudencial que alcanza desde el derecho internacional hacia toda la paleta de colores disciplinares en los ordenamientos continentales.

Este trabajo no tiene por objeto, porque excede sus objetivos y límites, explicar el contenido sustantivo de esta injerencia para las normas materiales laborales. Si es pertinente referir que, dado el carácter instrumental de las normas procesales, este tipo de influjos no han dejado indiferente a la gráfica procedimental para su efectivización.

Está asentado en el Derecho Laboral, la concepción de *ciudadanía de la empresa*, como una categoría englobante de los fenómenos referidos. Expresa en esencia “la idea de la proyección de los derechos ciudadanos de trabajador al interior del contrato de trabajo, específicamente como límites al poder del empleador. La referencia es una noción de ciudadanía amplia y simbólica, comprensiva de cualquier trabajador, incluso los inmigrantes y los ilegales”.<sup>467</sup>

Por su parte, el segundo gran enclave de esta revolución constitucional que colma el Derecho Laboral contemporáneo, es la idea de la eficacia horizontal de los *derechos fundamentales inespecíficos* dentro de la relación de trabajo. En concreto, esta creación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y la doctrina germana, es reconocida en nuestro ordenamiento a través de una reconducción al Art. 6° inciso segundo de la CPR.<sup>468</sup>

La idea principal de esta importante visión sobre la aplicación de los derechos fundamentales es que éstos pueden esgrimirse y efectivizarse en las relaciones contractuales o legales frente a particulares. Ya no necesariamente en la posición

---

<sup>466</sup> Cfr. Sergio GAMONAL y Caterina GUIDI, *La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo*, Der Ediciones, Santiago de Chile, 2020, 27.

<sup>467</sup> *Ibid.*, 34.

<sup>468</sup> Al respecto puede verse: José Luis UGARTE, *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018.

vertical que nos vincula a la potestad estatal, manera en que fueron originalmente proyectadas las concepciones de iusfundamentalidad.<sup>469</sup>

La doctrina de horizontalidad u *Horizontalwirkung*<sup>470</sup> es la que hace surgir la necesidad de una regulación procesal para este nuevo escenario. Los derechos fundamentales del trabajador son ahora una contrapartida de rango constitucional a la potestad de mando y dirección del empleador, quien se encuentra en una *posición jurídica* de aquéllas que HOFELD denominó vínculos o relaciones antinómicas *sujeción/potestad*,<sup>471</sup> y por ende necesitan de una efectivización en un grado de intensidad mayor y prioritario respecto de los derechos subjetivos comunes que surgen de la relación de trabajo. Se hace imprescindible entonces, en cualquier ordenamiento que se precie de eficaz, los cauces idóneos para lograr este objetivo.

Comenta al respecto un laboralista español, “En este sentido, como corolario sólo cabe proclamar que el proceso de trabajo se conforma como paradigma histórico y constitucional de la conectividad inescindible entre el andamiaje normativo sustantivo y procesal, lo cual queda fuera de toda duda; implica alejarse de posicionamientos defensores de la inmunidad de una regulación procesal meramente técnica que deja de ser neutral para quedar imbuida, por el contrario, de los principios y fines del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Se trata de superar tendencias que creían que el Derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo, pues resulta patente que ambas son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines

---

<sup>469</sup> Cfr. Karol GUZMÁN, *El procedimiento de tutela laboral como resultado del fenómeno de la constitucionalización del Derecho chileno*, Ius Civile, Santiago de Chile, 2017, 46.

<sup>470</sup> Cfr. Robert ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 33.

<sup>471</sup> Cfr. Wesley N. HOFELD, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, 3ª ed., Fontamara, Ciudad de México, 1995, 45.

pretendidos por éste; en el proceso social, por tanto, la desigualdad material del trabajador se corrige también mediante normas procesales".<sup>472</sup>

Doctrina laboral autorizada, aglutinando las razones para comenzar a avanzar en este camino hacia la consagración del procedimiento de tutela laboral como lo conocemos hoy, señala entre otros factores: la construcción jurídicamente neutra del recurso de protección; la necesidad de encontrar un mecanismo que mejore la protección que había negado el recurso de protección; el hecho de tener que superar la falta de alcance de algunos derechos fundamentales (específicamente señala la no discriminación laboral) y, finalmente, la respuesta a la eventual represalia que el empleador puede ejercer ante denuncias sobre su actuar.<sup>473</sup>

### **La insuficiencia de las formas procesales previas a la ley 20.087**

La necesidad de efectivizar esta horizontalidad material es la que erosiona e inquieta a la doctrina y operadores jurídicos y genera en Chile a comienzos de la década de los dos mil, la búsqueda de un esquema procesal para causas que no encuentran una tutela adecuada en el proceso civil.<sup>474</sup>

El Derecho Procesal del Trabajo en Chile ha recorrido un camino no exento de obstáculos, con tribunales inicialmente comunes, luego especializados, incluso con la existencia de Cortes especializadas. Posteriormente durante la dictadura militar,<sup>475</sup> con un desincentivo a la promoción de la judicatura laboral, y con un modelo de escrituración, mediatividad y desconcentración procesal, ya a fines de los años noventa se generaba un certero diagnóstico de ineficiencia e ineffectividad respecto de los entonces Juzgados de Letras del Trabajo y su orgánica y función. No estaban a la altura de las exigencias contemporáneas, aún

---

<sup>472</sup>José Antonio BAZ, "Desafíos para la tutela judicial efectiva en el proceso del trabajo", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 23 (2014) 53, 59, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945868>, (disponible el 15-IX-2021).

<sup>473</sup> Cfr. Luis UGARTE, *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, 47.

<sup>474</sup> Cfr. GUZMÁN, 50.

<sup>475</sup> Cfr. WALTER y LANATA, 11 y 12.

sin pensar siquiera en los derechos de rango constitucional, sino en una mirada general.

UGARTE, nos señala que existen básicamente tres formas de abordar la protección de derechos fundamentales laborales. Una primera vía, es la tutela por vía de los amparos generales (existentes en toda Latinoamérica). Una segunda vía es por medio de la legislación procesal general, por medio de los procedimientos comunes u ordinarios del procedimiento laboral. Una tercera, es lo que él denomina “la vía propia del Derecho del Trabajo, que suele denominarse tutela laboral”.<sup>476</sup>

La primera vía, era utilizada antes de la Ley 20.087. El amparo general llamado en Chile (o mal llamado) *recurso de protección*. Esta acción constitucional, aún vigente y con un profuso uso en otro tipo de campos de aplicación, no estaba ni lograba estar a la altura de las particularidades de lo requerido para una justicia protectora. De hecho, comenta MARZI que se volvió paradójica la situación de aplicación de este tipo de amparos interpuestos por trabajadores, pues chocaban permanentemente con el derecho a la libertad del empleador en el ejercicio de sus potestades, reduciendo constantemente las posibilidades de fiscalización sobre vulneración de derechos fundamentales en el trabajo.<sup>477</sup>

En realidad, el gran problema de utilizar cauces procesales que sirven a un amplio catálogo de derechos fundamentales, e incluir allí a aquéllos comprometidos en la relación laboral supone desconocer sus particularidades, la especialidad de la misma. No se trata de una relación jurídica más.<sup>478</sup>

El procedimiento de aplicación general laboral, antes y después de la reforma de 2007, no era idóneo tampoco, porque siempre las soluciones desembocaban

---

<sup>476</sup> UGARTE, 38.

<sup>477</sup> Cfr. Daniela MARZI, "¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la reforma laboral", *Anuario de Derechos Humanos*, 6 (2020) 131-139, <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11487/11848>, (disponible el 15-IX-2021).

<sup>478</sup> Cfr. UGARTE, 37

en una suma de dinero.<sup>479</sup> La tutela resarcitoria, pese a los cuestionamientos que recibe en derecho comparado, en Chile se sigue manteniendo incólume, como parte de nuestra cultura jurídica, llegando al absurdo en que cuestiones intrínsecas a la dignidad humana se resuelvan mediante indemnizaciones de perjuicios.<sup>480</sup>

Era necesaria entonces una revisión del sistema. No sólo de la falta de tutela expresa por vía especial para los derechos fundamentales, sino de todos los apremiantes problemas que mantenía la Judicatura laboral y que pudieran hacer carne los compromisos chilenos para con el Derecho Internacional y Constitucional. De lo contrario, "en la práctica, los derechos laborales no pasan de ser meras entelequias en tanto no existan instrumentos adecuados para su efectividad en el orden social".<sup>481</sup>

El *Foro para la Reforma a la Justicia del Trabajo*,<sup>482</sup> (en adelante el Foro simplemente) principal fuente diagnóstica y de propuestas para las modificaciones posteriores al proceso del trabajo. No tenía por objeto abordar exclusivamente el problema de la eficacia horizontal de derechos fundamentales, sino más bien repensar la totalidad de los ritos procesales que permitieran salir de la ineficiencia e ineffectividad en que se encontraban sumidos los procesos laborales de la época (década de los noventa).

En específico *el Foro*, donde participaron académicos, actores de la vida social y política, operadores jurídicos y asociaciones de trabajadores, detectó problemas graves de acceso, equidad y efectividad en esta judicatura especial.<sup>483</sup>

La propuesta no solo fue funcional, sino también orgánica. Se requería de una "justicia especializada en todos los niveles".<sup>484</sup> En este sentido, el mensaje de la

---

<sup>479</sup> Cfr. MELLA y DOMÍNGUEZ, 191.

<sup>480</sup> Cfr. UGARTE, 48.

<sup>481</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, *Boletín N° 3367-13*, 1 de octubre de 2003, 1.

<sup>482</sup> Cfr. FORO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA LABORAL Y PREVISIONAL, *Bases Fundamentales para la Reforma a la Justicia Laboral y Previsional* - Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2001, <https://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/1031>, (disponible el 9-X-2021)

<sup>483</sup> Cfr. Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional, 19.

<sup>484</sup> *Ibid.*, 20.



Organización Internacional del Trabajo en la época era claro: en cuanto al diseño de normas procesales, se debía tender a “equiparar en el proceso a dos partes desiguales en el contrato”.<sup>485</sup>

Debía favorecerse el acceso igualitario a todas las personas a la justicia laboral y de seguridad social,<sup>486</sup> vigorizar medidas prejudiciales y cautelares<sup>487</sup> y, por cierto, dotar al ordenamiento de un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales laborales.<sup>488</sup> Fue el propio ministro de justicia de la época, Sr. Luis BATES, quien durante la tramitación del proyecto reconocería que el objetivo del proyecto de ley original, de crear este procedimiento de tutela laboral, surgió por el levantamiento de las necesidades fruto del trabajo del *Foro*.

Al respecto, el diagnóstico arrojó la urgencia de un rol protector de la justicia laboral sobre los derechos llamados *inespecíficos*, poniendo como ejemplos a la no discriminación, la libertad de expresión y la intimidad. Se detectó una efectiva dilación en la respuesta jurisdiccional y la necesidad de promover con mayor énfasis al respeto y vigencia de los derechos fundamentales.

Se establecía entonces el objetivo de este proyecto de procedimiento tuitivo: promover sencillez, reducir costos judiciales, celeridad, efectividad y rapidez y la presencia de un juez activo.<sup>489</sup> Había diferencias en cuanto a si era necesario un procedimiento especial o uno ordinario en modalidad diferenciada,<sup>490</sup> pero todos coincidían en que su causa de pedir estaría radicada en la vulneración de derechos fundamentales. Asimismo, ya se discutía sobre la incorporación de una ampliación de legitimación, que abriera la puerta a legitimados activos protectores del trabajador como los sindicatos y la Inspección del Trabajo.<sup>491</sup>

Se proponía un viraje hacia los principios de celeridad acentuada, de sumariedad (veremos que aquello no necesariamente se convirtió en Ley) y

---

<sup>485</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>486</sup> *Ibid.*, 22.

<sup>487</sup> *Ibid.*, 23

<sup>488</sup> *Ibid.*, 48-59.

<sup>489</sup> Cfr. GUZMÁN, 50.

<sup>490</sup> Cfr. FORO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA LABORAL Y PREVISIONAL, 49.

<sup>491</sup> *Ibid.*

quizás lo más importante: se recogieron las ideas de incorporar el principio de indemnidad, flexibilidad o morigeración probatoria y la insuficiencia de la tutela resarcitoria para este tipo de vulneraciones. Aparecen con fuerza las ideas de una sentencia compleja o compuesta, que incluyera desde los primeros actos del proceso medidas reparativas, inhibitorias o de cese inmediato de las vulneraciones, recalcando la insuficiencia de la tutela resarcitoria.<sup>492</sup>

“Esta forma de diseñar el proceso laboral tiene una muy buena razón: efectivamente hay causas que requieren de tratamiento especial. Chile ha apostado desde hace décadas, fuertemente, por el respeto y específico cuidado de los derechos fundamentales y a su vez, el ordenamiento se ha ido modernizando, adquiriendo nuevas formas de enjuiciamiento que entregan mayor celeridad. En definitiva, la tutela privilegiada, a veces, tiene su origen en que el derecho material requiere de ciertas exigencias que diferencian algunos aspectos”.<sup>493</sup>

El objetivo y el diagnóstico estaba más que claro. El legislador, ahora debía tomar la posta. Y lo hizo recién dos años después del *Foro*, desde el 2003 hasta el 2007, en que el proyecto vería la luz.

### **Algunos antecedentes históricos y comparados**

El núcleo de estas regulaciones era previsible si se mira atentamente el panorama en que se iban incorporando paulatina e intensamente derechos a las normas materiales laborales desde inicios de la década de los 2000.

En efecto, se proclama como el puntapié inicial la Ley de 1 de diciembre de 2001, que modificó el art. 5° del CT, mediante la ley N° 19.759 al resguardarse expresamente el derecho a la honra, a la vida y a la intimidad como límites a la potestad del empleador. Además de adicionar un inciso al Art. 2° del CT, señalado como el cambio de mayor trascendencia: el reconocimiento de la ilicitud

---

<sup>492</sup> Cfr. FORO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA LABORAL Y PREVISIONAL, 51.

<sup>493</sup> Gonzalo CORTEZ, Jordi DELGADO y Diego PALOMO, *Proceso Laboral*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2021, 294

de los actos de discriminación en las relaciones laborales. Todo se fue pavimentando para que después se insertara de lleno el concepto de ciudadanía de la empresa o la doctrina de la eficacia horizontal.<sup>494</sup>

También se incorporó por la Ley 20.005 un inciso final al Art. 154 del Código del Trabajo, a propósito de la dignidad del trabajador como piedra de tope de los medios de control que el empleador puede utilizar en la empresa (hoy reformulado, pero conservando su esencia) y la consagración de la prohibición de conductas de acoso sexual en las relaciones de trabajo.

El conjunto de normas procesales laborales que vinieron a realzar todos estos esfuerzos legislativos se concentra en la Ley 20.087 llamada por la praxis como *Reforma Procesal Laboral*, pero cuya designación oficial es Ley que *Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo*. Y que fue promulgada en el año 2005 y postergada su entrada en vigor para el 1 de marzo de 2007.

Esta normativa, en conjunto con la ley 20.022 (a propósito de la creación de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional) vienen a significar uno de los mayores y más significativos cambios procesales de las últimas décadas en el derecho chileno.

### **La mirada sobre el derecho español**

Es patente que es fuente material y formal del procedimiento de tutela laboral chileno el recogimiento de estas instituciones por el derecho español.<sup>495</sup> Mas concretamente en lo que fue la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Decreto Legislativo N ° 2/1995, derogada y refundada en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, N ° 36/2011 de 10 de octubre de ese año.

Ambas regulaciones legales, bajan a nivel legal el mandato de la Constitución española de 1978. En particular a propósito de una figura clásica de amparo

---

<sup>494</sup> Cfr. WALTER y LANATA, 261-281.

<sup>495</sup> Cfr. *Ibid.*, 266.

regulada en el Art. 53.2 de la carta hispana, en resguardo de los derechos y libertades constitucionales, gozando de preferencia y sumariedad para ello.

Entre el antiguo artículo 175 al 182 de la Ley de Procedimiento Laboral española, (actuales 177 y siguientes de la Ley 36/2011) se consagró un cauce diferente para este tipo de requerimientos jurisdiccionales que en síntesis consagraba una ampliación de la legitimación activa a sujetos públicos y sociales como el Ministerio Fiscal y los sindicatos en calidad de coadyuvantes, un objeto de juicio limitado solo a la vulneración del o los derechos fundamentales denunciados, posibilidad de que el tribunal decrete la suspensión de los efectos del acto aún antes de la sentencia definitiva, flexibilidad probatoria para el trabajador demandante, una acentuada celeridad en el procedimiento, y en caso de estimación, la nulidad de los actos impugnados. El cese de las conductas antisindicales, reposición de la situación al momento anterior a su producción y reparaciones patrimoniales.<sup>496</sup>

No existía en ningún caso en esta normativa un catálogo de derechos a denunciar, cuestión que, si ocurre en el caso chileno, entre otras diferencias como la existencia de sumariedad (en realidad abreviación) y urgencia en la tramitación del juicio, mediante un procedimiento de única audiencia improrrogable para el quinto día siguiente a la admisión de la demanda.

Tampoco es posible la acumulación inicial de pretensiones, aun cuando una de ellas se base en vulneración a derechos fundamentales, cuestión que si ocurre en nuestro párrafo 6 °, aunque sujeto a una regla mixta de interposición según prescribe Art. 489 inciso final.

Nuestro sistema de tutela laboral tuvo originalmente una propuesta de audiencia única, sin embargo, aquello no prosperó, decantando en un modelo procesal de cognición plena, de dos audiencias, que sigue la pauta del juicio

---

<sup>496</sup> *Ibid.*

ordinario laboral, con variaciones o como también se ha dicho, con *especialidades procesales*.<sup>497</sup>

Esas variaciones, en realidad son el conjunto de técnicas que le dan un alto grado de intensidad en cuanto tutela procesal diferenciada, si lo sometemos al test de verificación.

### **Cuestiones a propósito de la formación de la ley 20.087**

El mensaje enviado por el entonces presidente Sr. Ricardo Lagos Escobar, el 22 de septiembre de 2003 al Congreso Nacional, es un antecedente que debemos tener en consideración como argumento histórico en pro de la afirmación que estamos frente a una tutela procesal diferenciada. En el documento se contiene expresamente entre los objetivos del proyecto el “potenciar el carácter diferenciado del procedimiento laboral y diseñar un modelo concreto de tutela de derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales”.<sup>498</sup>

Esta declaración de intenciones hace pensar en la importancia desde los albores de la reforma y la urgencia de generar un cauce idóneo para sustanciar este tipo de litis. En efecto, al igual que su homólogo español, el proyecto original proponía en su Art. 508 la creación de un procedimiento especial de cognición plena, pero basado en una única audiencia (es decir de tramitación abreviada) de contestación y prueba, a la que serían citadas las partes dentro de los quince días siguientes a la resolución que admitía a trámite.<sup>499</sup> Se consagraba también desde el inicio, la garantía de indemnidad y la configuración de una sentencia compleja que permitiera entre otras cosas, retrotraer las consecuencias del acto vulneratorio.<sup>500</sup>

El informe de la Corte Suprema de Justicia obviamente puso reparos sobre la intensidad del principio de celeridad con que se estaba considerando la propuesta en relación con la sobrecarga de trabajo de los entonces Juzgados de

---

<sup>497</sup> Cfr. CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 306.

<sup>498</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.087*, Valparaíso, 2006, 6, <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5683/>, (disponible el 9-X-2021).

<sup>499</sup> *Ibid.*, 29.

<sup>500</sup> *Ibid.*, 30.

Letras del Trabajo. Se hizo presente por el máximo tribunal, la inexistencia de cortes superiores especializadas que pudieran afrontar el reto. De hecho, aún persiste esta histórica deuda, que ha pretendido ser salvada mediante la promoción de especialización de las salas de cortes superiores de competencia común (apelaciones y suprema).

Durante el primer trámite constitucional se indicaron reparos también sobre las deficiencias orgánicas y funcionales del proyecto. El diputado MONCKEBER por ejemplo señalaba: “El proceso que se propone es copia del sistema español. En él se consideran las mismas instituciones: audiencia oral, única y todo lo que veremos más adelante. La diferencia es que en España hay cuatro veces más tribunales -en relación con el número de habitantes- de los que se crearán en Chile. Se quiere aplicar ese procedimiento, pero no se crean los tribunales que se requieren. Es como comprarse un automóvil que alcanza una velocidad de trescientos kilómetros por hora, sin que existan las carreteras habilitadas para ello”.<sup>501</sup>

Fue finalmente el segundo trámite constitucional el que eliminó la idea de un procedimiento especial y abreviado de una audiencia única, para pasar a uno de doble audiencia, idéntico al contemplado para la generalidad de las causas laborales<sup>502</sup> por derechos de rango legal y patrimoniales, pero con incrustación de las técnicas diferenciadas.

Las razones tienen que ver con la sobrecarga referida, y también con la preocupación porque esto llevara a una justicia, que podría devenir en atropellada. Por exceso de celeridad podían descuidarse los derechos procesales de las partes y comprometerse con ello la legitimidad de la resolución de mérito.<sup>503</sup>

---

<sup>501</sup> *Ibid.*, 234.

<sup>502</sup> *Ibid.*, 796.

<sup>503</sup> Cfr. Diego PALOMO, “Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19-2 (2012) 237-274.

Otra de las cuestiones relevantes que debe ser levantada es que se produjo una discusión legislativa que persiste (en la doctrina laboral y procesal) comprensiblemente hasta hoy. Y que consiste en el debate sobre la instrumentalización de la norma procesal para efectos de la corrección de desigualdades materiales, así como el crecimiento de la potestad jurisdiccional dentro del fenómeno de publicación del proceso del trabajo. De hecho en contra de este carga axiológica, que prevaleció al final del camino, el diputado SALABERRY expresaba: "Hicimos ver en la Comisión de Trabajo y en la Sala que el procedimiento propuesto en alguna de sus partes vulneraría el principio de igualdad ante la ley, pues contenía normas que favorecerían procesalmente en forma mayoritaria al trabajador, situándolo en una posición de ventaja frente al empleador, en circunstancias de que el derecho del trabajo, en general, ya es protector con respecto al trabajador. No podía proyectarse ese sentido de nuestra legislación laboral a los juicios, porque atentaría contra normas constitucionales, pues las partes deben tener las mismas oportunidades. A nuestro juicio, ése fue el punto central de la iniciativa que hoy conocemos y que ha contado en todos sus trámites legislativos con el consenso necesario para ser aprobada".<sup>504</sup>

En similar sentido, es pertinente recordar las palabras de PALAVECINO, a poco de aprobada la Ley: "la tutela judicial directa de los derechos fundamentales, en lugar de jugar a favor de su protección, termina muchas veces atentando contra las libertades. Nacidos para proteger al individuo frente a la insaciable voluntad de poder de leviatán, los derechos fundamentales terminan siendo la mejor excusa para que el Estado-juez restrinja arbitrariamente las libertades de los privados.

(...) Finalmente, la tutela judicial directa genera una pérdida del carácter general y abstracto de los límites de cada derecho fundamental y su abandono al casuismo judicial generando incerteza jurídica y caprichosos límites a las libertades".<sup>505</sup>

---

<sup>504</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, HISTORIA DE LA LEY 20.794.

<sup>505</sup> PALAVECINO, "El procedimiento...", 44.

A modo de cierre respecto de estas ideas, quisiera poner de relieve algo crucial para el entendimiento de los análisis futuros. Pese a que la Ley y profusa doctrina laboral lo expresan erróneamente: no se trata en ningún caso de un *procedimiento especial* de tutela laboral. Se trata de un conjunto de técnicas procesales conjugadas en torno a un procedimiento común de tramitación para lograr un objetivo claro: propender hacia la protección de los derechos fundamentales de una de las partes de la relación laboral.

Esto no quiere decir que se trate de un defecto. No podemos dejar de recordar las postrimerías del pensamiento de Andrea PROTO, cuando ya avizoraba que los procedimientos especiales y su proliferación no eran sinónimo de tutela diferenciada ni tampoco eran la mejor solución al problema de tempestividad e idoneidad de la tutela jurisdiccional. La propuesta de PROTO de hecho, decanto en la existencia de un procedimiento común que pudiera ser gestionado jurisdiccionalmente en torno a la complejidad del asunto sobre que versaba.<sup>506</sup> En este caso no se trata de gestión judicial, sino que es la ley la que regula dicha potestad de antemano cuando entra una litis sobre derechos fundamentales al conocimiento de un juzgado concreto. No obstante esta crucial diferencia, hay una idea base que debe ser puesta en evidencia.

En adelante, hacemos la prevención que por cuestiones de nomenclatura tradicional y solo para fines didácticos llamaré procedimiento de tutela laboral (PTL) a las reglas legales de los artículos 485 a 495 del Código del Trabajo, pero valga la aclaración para evitar confusiones de fondo.

#### **CUESTIONES GENERALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL**

Corresponde analizar las características más importantes del procedimiento en estudio, desde el punto de vista estrictamente procesal. Intentaré dar respuesta a la pregunta sobre su naturaleza, se referirá su ámbito de aplicación, el modo y forma en que se ha regulado su compatibilidad e incompatibilidad con otro tipo de pretensiones. También abordaré plazos y caducidades para intentar

---

<sup>506</sup> Cfr. PROTO, "Dai riti...".



la acción, los controles de admisibilidad, el estudio de los sujetos procesales, entre otros elementos relevantes a estudiar, antes de pasar al análisis abstracto de las técnicas diferenciadas especialmente dispuestas para lograr funcionalmente este rol tuitivo que la ley ha declarado.

### **Sobre la naturaleza de este conjunto de normas positivas**

Sobre el punto existe una diversidad de opiniones. Desde quienes manifiestan su opción por catalogarlo como un procedimiento especial dentro del Código del Trabajo, otros que lo sindicán por su finalidad como un procedimiento cautelar especial, tuitivo especial, sistema resarcitorio especial, acción de tutela laboral, entre otras categorizaciones propuestas.

Una de las opciones clásicas en el derecho chileno es seguir el histórico error de la doctrina constitucional y de nuestras cortes superiores de justicia<sup>507</sup> y optar por la categoría *cautelar* para designar la naturaleza del proceso de protección o recurso de protección general contenido en el Art. 19 de la actual carta fundamental.

Pese a que la doctrina procesal ha señalado la problemática de señalarlo dentro de esta categoría, sobre todo la jurisprudencia chilena insiste en llamarle *acción cautelar*.

“En cuanto a la naturaleza jurídica del procedimiento, los profesores Melis, Ugarte y Caamaño sostienen que se trataría de una manifestación de jurisdicción cautelar especial, por cuanto se basa en la necesidad de restablecer al más breve plazo el o los derechos subjetivos públicos infringidos, sin considerar necesariamente en su estructura la correlación de fuerza de los sujetos intervinientes en el conflicto”.<sup>508</sup>

---

<sup>507</sup> Cfr. CORTEZ, *La tutela cautelar...*, 15.

<sup>508</sup> Daniela MÁRQUEZ y Cristián HENRÍQUEZ, *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2010, 101, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107047>, (disponible el 16-IX-2021).

No es difícil advertir los problemas teóricos y prácticos que provoca este error y que parte de la doctrina laboral tiende a imitar, a propósito de tratarse también de un conjunto de normas procesales protectoras de derechos fundamentales.

En primer término, el proceso que se sustancia por las reglas de los arts. 485 a 495 del CT es un proceso *principal y autónomo*. No pende de ningún otro proceso ya iniciado que provoque o pueda provocar por su natural retardo un daño al demandante, nota esencial de la tutela cautelar.<sup>509</sup>

En segundo lugar, los efectos derivados de este proceso tienen irrefutablemente caracteres de doble efecto de cosa juzgada, tanto material como formal. Si bien existen normas especiales a propósito de corregir situaciones de hecho urgentes como la norma del Art. 492 del CT, la sentencia regulada en el Art. 495 no tiene el carácter *provisional* distintiva de la tutela cautelar.

Este tipo de errores se debe a confusiones técnicas provenientes de la ausencia de bases elementales de orden procesal en el análisis de instituciones de esta jurisdicción especial. En el uso común, la palabra protectora y cautelar pueden ser sinónimas para designar a una jurisdicción tuitiva especial,<sup>510</sup> pero en el lenguaje procesal, utilizar la expresión *cautelar* tiene una significación que desata consecuencias trascendentales en lo normativo y práctico.

Sino se trata de tutela cautelar, por descarte puede concluirse, siguiendo la clásica diferenciación chiovendana, que debiera encontrarse dentro de los otros dos clásicos tipos de tutela: o es declarativa o es ejecutiva.

La verdad es no puede existir disociación total de estos momentos jurisdiccionales, pero el núcleo del procedimiento contemplado en el párrafo 6° del libro V del CT es sin dudas declarativo. Así lo ha reconocido también parte de la doctrina que admite estar frente a un proceso “donde se decide sobre derechos extrapatrimoniales, independiente de las multas e indemnizaciones”.<sup>511</sup>

---

<sup>509</sup> CORTEZ, La tutela cautelar..., 327.

<sup>510</sup> Márquez y Henríquez, 102.

<sup>511</sup> ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, *Manual de Juicio del Trabajo*, 2ª ed., Academia Judicial de Chile, Santiago de Chile, 2017, 113.

El artículo 495 del CT a propósito de la sentencia nos ratifica lo dicho cuando, expresamente señala que el contenido de la sentencia de tutela laboral debe contener como primera cuestión “La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada”.<sup>512</sup> Es precisamente la clasificación de CHIOVENDA una clasificación sobre el tipo de sentencias.

Esto además hecha por tierra la idea que se trata de un *sistema resarcitorio especial*<sup>513</sup> como también se ha dicho. Mirar desde el prisma de la tutela resarcitoria a la tutela laboral, no es fiel a su función ni tampoco al núcleo y prioridad de la propia sentencia de mérito de suyo compleja, que contiene varios deberes para el juez, entre ellos otorgar indemnizaciones, pero aquello es sólo la parte final de la misma.

Descarto también la idea de que se trate de una *acción de tutela laboral*. La tesis de que de los derechos subjetivos positivizados nacen acciones responde a un esquema de pensamiento propio del siglo XIX, superado luego del advenimiento de las teorías dualistas o publicistas sobre la acción que terminaron hoy por elevar este último concepto al rango de derecho fundamental.<sup>514</sup>

La acción es *atípica*,<sup>515</sup> no requiere de la positivización de acceder a reclamación ante tribunales cada vez que se regule un derecho material determinado. Se accede al ejercicio jurisdiccional porque se es ciudadano y punto.

Un ejemplo claro de esto es lo ocurrido en Chile hasta el año 2020, en que se interpusieron demandas de tutela laboral por funcionarios públicos dependientes del Estado. En un análisis exegético, estos sujetos de derecho no estaban contemplados en el Art. 485 del CT, de hecho, estaban expresamente

---

<sup>512</sup> Art. 495 N° 1 del Código del Trabajo.

<sup>513</sup> Gabriela LANATA, "Vías jurídicas para obtener la reparación del daño causado a la víctima de acoso laboral en Chile", *Ius Et Praxis*, 24 -2 (2018) 263, 296 <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1152/567>, (disponible el 15-IX-2021).

<sup>514</sup> Al respecto puede verse: Giovanni PRIORI, "Del derecho de acción a la tutela jurisdiccional de los derechos", *Ius et Veritas*, 49 (2014), 146-161.

<sup>515</sup> Cfr. PROTO, "Introduzione...".

excluidos por el Art. 1 ° inciso segundo del mismo cuerpo legal.<sup>516</sup> Tampoco figuraban hipótesis de protección de sus derechos fundamentales en el Art. 420 del CT que regula la competencia de la judicatura laboral. Sin embargo, atendida la atipicidad de la acción y su naturaleza pública, se acogieron demandas intentadas por este tipo de demandantes, lo que provocó diferencias entre tribunales superiores de justicia chilenos.<sup>517</sup> Finalmente la ley 21.280 de noviembre de 2020 vino a zanjar el asunto modificando el Art. 485 del CT e incorporando expresamente a funcionarios de la administración pública para el procedimiento de tutela laboral.

El proceso declarativo de tutela de derechos fundamentales tampoco es un *procedimiento especial*.

Pese a que hay entusiastas promotores de esta idea,<sup>518</sup> concordamos en lo general con el máximo tribunal chileno<sup>519</sup> y parte de la doctrina laboral y procesal<sup>520</sup> que lo entiende en general como un procedimiento que se rige por las normas generales del juicio de aplicación común dentro del CT.

También podemos encontrar otras formas de explicar este fenómeno, cuando al describir su naturaleza señalan que es “un procedimiento especial que se reenvía al procedimiento de aplicación general a efectos de colmar lagunas”<sup>521</sup> o “un procedimiento ordinario laboral, pero con matices”<sup>522</sup> o “especialidades”.<sup>523</sup>

---

<sup>516</sup> Art. 1°, inc. 2° del CT: Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

<sup>517</sup> Al respecto puede verse la noticia:

<https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/10/08/choque-de-trenes-tc-responde-a-la-suprema-que-no-esta-sujeto-a-su-superintendencia/>, (disponible el 15-IX-2021).

<sup>518</sup> Cfr. THAYER y NOVOA, 272, MELLA y DOMÍNGUEZ, 191 y GUZMÁN, 54, entre otros.

<sup>519</sup> CSJ, Rol 10972/2013, considerando 8°, (2013), [https://derechopedia.cl/Unificaci%C3%B3n\\_Rol\\_N%C2%B0\\_10.972-2013](https://derechopedia.cl/Unificaci%C3%B3n_Rol_N%C2%B0_10.972-2013), (disponible el 6-II-2022).

<sup>520</sup> Cfr. Cristian CONTRERAS y Rodrigo PALOMO, "Los procedimientos laborales. El procedimiento de aplicación general, la acción de tutela laboral y el procedimiento monitorio", *Revista Laboral Chilena*, diciembre (2017) 47, 51.

<sup>521</sup> CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 297.

<sup>522</sup> HALPERN, 146.

<sup>523</sup> CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 335.

La explicación para el descarte de la postura de la especialidad del procedimiento de tutela laboral no es tan sencilla en todo caso. Estamos frente a un procedimiento especial cuando estamos frente a un conjunto de reglas legales que tienen por objeto encauzar una pretensión calificada, o para ciertas y determinadas hipótesis normativas de derecho material. Luego, las características generales pueden provocar este error común. Sin embargo, la gran diferencia advertida sobre la idea de un procedimiento especial es que el cauce o rito normativo difiera intensamente en su *iter* o estructura de lo que se ha regulado como cauce común, ya sea estableciendo diferencias en cuanto a la abreviación de actos procesales esenciales, ya sea estableciendo un mapa o estructura del camino a seguir diverso a los formulados para las reglas procedimentales generales.

Al analizar las reglas del 485 y siguientes del CT, lo que encontramos desde un panorama macro, es una estructura de dos audiencias: preparatoria y de juicio. La iniciación del proceso formalmente entregada a la iniciativa de parte (demanda y/o denuncia), aplicación de todos los principios generales del Art. 425 del CT, un mismo tribunal competente y una sentencia de mérito al final del camino con doble efecto de cosa juzgada. Nada diverso de la estructura general del procedimiento regulado en el Art. 446 del CT.

Lo que sí es posible observar es la existencia de técnicas diametralmente opuestas a lo que podría ocurrir en el procedimiento de general aplicación, porque suponen un desequilibrio racional en favor de la función protectora o tuitiva de este tipo de regulaciones, no solo *especialidades* o *matices*. Este conjunto de técnicas procesales no está establecido de manera inorgánica, sino que muy por el contrario volitivamente fueron incrustadas para promover una determinada finalidad.

Los profesores FERRADA y WALTER le llaman un caso de *tutela privilegiada* a este conjunto de técnicas.<sup>524</sup> Creo, y lo he explicado más arriba, que considerando su clara intencionalidad y la disposición sistémica de medidas reparatorias, resarcitorias e inhibitorias del daño, de una amplia potestad cautelar del juez, de una extensión anormal de la legitimación activa, de la existencia de una sentencia compleja, flexible con el principio de congruencia y de la innegable marca de privilegios probatorios, entre otras técnicas; es que me inclino por afirmar que estamos frente a un procedimiento declarativo común, acompañado, dada la condición de los derechos en juego, de un conjunto de técnicas diferenciadas para su efectividad.

### **Brevemente sobre las hipótesis de aplicación**

Es necesaria una revisión de las hipótesis que la ley ha habilitado y que permiten tramitar pretensiones por vulneración de derechos fundamentales por medio del procedimiento de tutela laboral. No nos detendremos, por exceder este trabajo, al detalle de los derechos sustanciales tutelados, sin perjuicio de hacer las menciones que sean necesarias.

La regla legal aplicable es el Art. 485 del Código del Trabajo, que dispone al efecto:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de

---

<sup>524</sup> Cfr. Juan Carlos FERRADA y Rodolfo WALTER, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral" *Revista de derecho, Valdivia*, 24-2 (2011) 91, 95, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200004>, (disponible el 15-IX-2021).

trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

ORELLANA resume de manera sencilla las hipótesis de aplicación a tres en cuanto derechos lesionados o amenazados: i) hipótesis constitucionales o del Art. 19 de la carta fundamental, reconducidas por el artículo 485 del Código del Trabajo, ii) las infracciones al Art. 2 del mismo cuerpo legal, (derecho a no ser discriminado) y iii) las prácticas antisindicales junto a las prácticas desleales en los procesos colectivos laborales del Art. 292 del CT.<sup>525</sup> Durante la relación laboral y con ocasión del despido, aplicable a funcionarios públicos y a empleados del sector privado.<sup>526</sup>

---

<sup>525</sup> Cfr. Fernando ORELLANA, *Comentarios al nuevo proceso laboral*, 2ª ed., Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, 266.

<sup>526</sup> Cfr. GAMONAL y GUIDI, 139 - 152.

En el primer bloque de normas, que de invocarse hacen aplicable el procedimiento, encontramos el derecho a la vida y a la integridad física y síquica, siempre y cuando que se produzca por hechos que ocurran dentro de la relación laboral (Art. 19 n° 1, inc. 1° CPR), la protección de la vida privada y pública, y la honra de la persona y su familia (Art. 19 n° 4 CPR), la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (Art. 19 n° 5 CPR), la libertad de conciencia y manifestación de todas las creencias y cultos, que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (Art. 19 n° 6 inc. 1° CPR), la libertad de emitir opinión y de informar, en cualquier forma y por cualquier medio (Art. 19 n° 12 inc. 1° CPR), la libertad del trabajo, el derecho a la libre elección del mismo (Art. 16 CPR) y en el caso del numeral 16 inciso 4°,<sup>527</sup> cuando se trate de lesiones de derechos relativas o producidas por las facultades ejercidas por el empleador como lo dice expresamente la ley y lo ha ratificado también la Corte Suprema.<sup>528</sup>

Luego encontramos un segundo bloque de derechos de orden legal. No es materia de esta investigación, pero huelga señalar que existe una discusión importante en torno a si éstos serían derechos fundamentales concretizados o simplemente pormenorizados por vía legal, o si el PTL realmente cubre dos tipos de escalones normativos: uno de derechos de rango constitucional y un segundo bloque legal.<sup>529</sup>

En el orden legal, encontramos por remisión expresa del Art. 485 inciso segundo, el Art. 2 del Código del Trabajo (con excepción del inciso sexto sobre ofertas de trabajo), que es una de las normas, que de invocarse permite la

---

<sup>527</sup> Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

<sup>528</sup> Cfr. CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 305.

<sup>529</sup> Al respecto puede verse: Juan Carlos FERRADA y Rodolfo WALTER, "La protección..." y Karol GUZMÁN, *El procedimiento de tutela laboral...*.



conducción de esa pretensión por vía del PTL. Se trata de una norma material que consagra el derecho a la no discriminación en el trabajo. A su vez de manera ejemplificativa, por el mismo artículo quedan sometidas al PTL, las denuncias por acoso sexual, que menoscaben la situación laboral o las posibilidades dentro del empleo, el acoso laboral del empleador y del trabajador cuando implica humillación, maltrato, menoscabo, atentatoria de la situación laboral o de las posibilidades de empleo, los actos de discriminación por sexo, raza, orientación política, etc., cuyo efecto dañe la igualdad de oportunidades o de trato en el contexto del empleo u ocupación, los impedimentos para contratar (porque no están excluidos expresamente) por obligaciones financieras, económicas, bancarias o comerciales, salvo los empleos específicos que digan relación con recaudación o depósito de dinero, o los cargos de gerente o subgerente, agente o apoderados del empleador.<sup>530</sup>

En opinión de DELGADO, quedan incluidas también las conductas del Estado por vulneración a elegir libremente el trabajo o las normas que regulan la prestación de los servicios.<sup>531</sup>

Aparece posteriormente la llamada *garantía de indemnidad* en el inc. 3° del Art. 485, cuyo objeto es “proteger al trabajador frente a eventuales represalias de su empleador, producto de las acciones judiciales o administrativas que interpongan en su contra, o por su participación en ellas como testigo o por haber sido ofrecidos en tal calidad, estando vigente el contrato de trabajo”.<sup>532</sup> Es, para GAMONAL y GUIDI, una bajada de regla legal del derecho fundamental a tutela judicial efectiva, del Art. 19 N° 3 de la CPR.<sup>533</sup>

Finalmente se aplica este conjunto de técnicas a las infracciones por prácticas antisindicales y por prácticas desleales a propósito de las negociaciones colectivas conforme lo dispone el Art. 292 inciso 4° del CT.

---

<sup>530</sup> Cfr. CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 305.

<sup>531</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>532</sup> GAMONAL y GUIDI, 122.

<sup>533</sup> *Ibid.* En el mismo sentido ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, 112.

La modalidad en que los derechos materiales a resguardo pueden ser afectados para justificar el ingreso a un proceso por tutela laboral, está establecido por la ley en una forma porosa. Recoge en buena parte las doctrinas contemporáneas sobre la horizontalidad de los derechos fundamentales y ha instalado una tendencia hacia la teoría alexiana sobre los conflictos de iusfundamentalidad, el juicio de ponderación, y la reivindicación robusta del uso de la argumentación jurídica en el acto de juzgar, por sobre la técnica de la subsunción, propia de conflictos exclusivamente patrimoniales.<sup>534</sup>

Se describe por el inciso tercero del Art. 485 del CT que los derechos consagrados se entenderán vulnerados en tanto por el empleador cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce a este sujeto de derechos limita su ejercicio sin justificación suficiente o, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto de su contenido esencial.

Esta formulación, en términos de un constante conflicto de derechos no es del todo pacífica entre la doctrina laboral,<sup>535</sup> porque de hecho es un problema que atañe directamente a la existencia real de antinomias de rango constitucional y aquello *per se* no es pacífico. Sin embargo, en el sistema chileno se ha radicado como mayoritaria la tesis y el constante desarrollo jurisprudencial del juicio de ponderación.<sup>536</sup>

Además, es importante apuntar, que para efectos de la sentencia estimatoria, es dable concluir que las restricciones los derechos tutelados no están de suyo prohibidas. Deben estar desprovistas de racionalidad y proporcionalidad, en términos tales que la discriminación de un derecho debe entenderse que, o bien resulta tan grosera que vulnera su propia esencia, o bien se realiza sin razón suficiente que la pudiera llegar a motivar o justificar.<sup>537</sup>

---

<sup>534</sup> *Ibid.*

<sup>535</sup> Cfr. FERRADA y WALTER, 109.

<sup>536</sup> *Ibid.*

<sup>537</sup> Cfr. CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 306.

Luego, es precisamente el objeto de la litis, y el desenvolvimiento del proceso concreto el que arrojará el resultado de dicha calificación, una vez denunciada la afirmación sobre vulneración. Es una cuestión absolutamente propia de la sentencia de mérito y una regla dirigida a las partes para efectos de fundar y probar el contenido de sus pretensiones y resistencias, previendo el estándar que deben superar si desean obtener en juicio. No obstante, es sobre todo una regla para el juez, que debe materializarse en la parte considerativa del fallo.

En cuanto a la temporalidad de estas hipótesis de aplicación, el Art. 485 inc. 1° y 489 del CT, establecen dos posibilidades: la vulneración puede producirse durante el desarrollo de la relación laboral o con ocasión del despido. Esta expresamente excluida la posibilidad de accionar por esta vía en caso de las ofertas de trabajo, por la regla del Art. 489 ya comentada.

Es importante hacer presente que se ha señalado acertadamente, que, en términos temporales, la tutela laboral ha sido requerida en la mayoría de los casos cuando se produce la vulneración con ocasión del despido.<sup>538</sup>

En segundo lugar, que pese a la regla legal expresa, existen posturas que esgrimen la posibilidad cierta de requerir tutela laboral aún en el caso de tratativas precontractuales.<sup>539</sup> La línea argumentativa en estos casos es claramente de integración sistémica y principialista, basados en una lectura armónica de las normas legales, constitucionales e internacionales que se refieren al tema, el estatuto de responsabilidad aplicable y el principio de buena fe.<sup>540</sup> Esto da cuenta de lo patente que está en términos de la doctrina y jurisprudencia laboral, por las fuentes de inspiración para la lectura de los derechos fundamentales, el análisis de sus normas protectoras en sentido *postpositivista*, muy en clave *neoconstitucionalista*, donde a menudo se postula la derrotabilidad de las normas positivas, para dar preferencia a la justicia del caso concreto.

---

<sup>538</sup> Cfr. CONTRERAS y PALOMO, 52.

<sup>539</sup> Cfr. GAMONAL y GUIDI, 128.

<sup>540</sup> Cfr. Camilo ITURRIAGA, "Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 1 (2016) 53, 54.

Los problemas derivados de la figura del auto despido y las modalidades de compatibilidad con otras pretensiones de sustrato indemnizatorio o patrimonial serán tratados en los sucesivos.

### **Acumulación inicial de pretensiones**

Una cuestión peculiar, a diferencia de lo que ocurre con la matriz española de este procedimiento, es la posibilidad de la acumulación inicial de pretensiones de diversa naturaleza. Si bien es cierto, existen restricciones respecto a la modalidad y forma de la acumulación, lo cierto es que ésta es posible desde la reforma de la ley 20.260 del año 2008.

La reforma de 2008 dejó el Art. 489 inciso séptimo en el siguiente tenor:

“Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral de que trata este Párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. En este caso no será aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 488. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia.”

Es una peculiaridad porque, en general las tutelas de derechos fundamentales tienen por objeto único la protección de éstos y un sistema de cognición parcial, en el sentido de limitar el conocimiento del juez solo a los hechos vulneratorios, y su respuesta sólo a medidas correctivas de las mismas.<sup>541</sup>

Algunos han propuesto que el Art. 487 del CT,<sup>542</sup> que establece la limitación de este procedimiento a pretensiones exclusivas del Art. 485, se encuentra derogado tácitamente por la modificación que sufriera el referido 489 inciso séptimo.<sup>543</sup>

---

<sup>541</sup> Cfr. MARINONI, *Técnica processual...*, RB-8.8.

<sup>542</sup> Este procedimiento queda limitado a la tutela de derechos fundamentales a que se refiere el artículo 485. No cabe, en consecuencia, su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos.

<sup>543</sup> Cfr. Academia judicial de Chile, 113.

Siendo excepcional la posibilidad de acumular pretensiones en el acto procesal de iniciación del juicio (la demanda), la forma de la interposición es diversa conforme el tipo de pretensión.

En el caso de las pretensiones calificadas por la parte final del inciso séptimo del Art. 489, es decir pretensiones patrimoniales por despido *injustificado, indebido* o *improcedente* (hipótesis habituales del Art. 162 y siguientes del CT) éstas deben interponerse conforme eventualidad procesal; es decir en subsidio de lo principal. Siempre la tutela laboral será lo principal. Su no interposición en tal sentido importa una drástica sanción: la renuncia.

En el caso de las pretensiones de diversa índole, especialmente patrimoniales, pueden ser acumuladas sin formas especiales y proponerse de manera conjunta en la demanda.

La fórmula del legislador, en cuanto posibilitar que la tutela laboral pueda ocurrir con *ocasión del despido*, y la posibilidad de acumulación, han extendido la aplicación de esta estructura procesal.<sup>544</sup> Con el tiempo, pero no exento de discusión,<sup>545</sup> se ha aceptado la posibilidad de la acumulación de la tutela laboral con pretensiones resarcitorias de daño moral distintas a la indemnización tarifada que establece el Art. 489 inc. 3º en relación al Art. 495 del CT.<sup>546</sup> Lo mismo ocurre en casos de daños provocados por accidentes del trabajo<sup>547</sup> y sobre todo en los casos de acoso laboral o *mobbing*, en que la tutela laboral es una de las formas

---

<sup>544</sup> Cfr. CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 310.

<sup>545</sup> Al respecto puede verse: Sergio GAMONAL, "El daño moral en el artículo 489 del Código del Trabajo, *Revista de derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 47 (2016) 305-327, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200010>, (disponible el 15-IX-2021).

<sup>546</sup> Art. 489 inc. 3º: En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Art. 495 numeral 3º: La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

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

<sup>547</sup> Cfr. LANATA y WALTER, 281.

por las que se ha descubierto una vía para su protección, ante la ausencia de regulación procesal especial:

“Por una parte, y en base al análisis de la jurisprudencia realizado en el presente trabajo, nada debiera obstar a que el trabajador aún pueda seguir utilizando la acción y el procedimiento de tutela laboral para cautelar sus derechos, pudiendo ejercer la acción por despido indirecto conjunta o subsidiariamente con aquella, a la luz de lo dispuesto en el inciso final del artículo 489 del Código del Trabajo. Ello, porque uno de los principales efectos de las conductas de acoso laboral es producir en la víctima una vulneración de los relevantes derechos fundamentales inespecíficos, como la honra, la dignidad y la integridad psíquica.”<sup>548</sup>

Al respecto es dable reafirmar que la tutela laboral que con mayor frecuencia vemos en la praxis judicial es aquélla que se conoce con pretensiones resarcitorias acumuladas ya sea conjuntamente o por vía de la eventualidad.<sup>549</sup> Esto viene dado además porque el diseño estructural propone un juicio idéntico a aquél en que no se conocen denuncias por vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, desnaturaliza el carácter diferenciado de este tipo de tutela, transformándolo en un juicio de lato conocimiento y de fin prevalentemente patrimonial.

Originalmente esta posibilidad de acumulación no estaba en el proyecto. De hecho, en los antecedentes de la reforma de 2008 las razones que se proponen para su justificación son dos: evitar la dualidad de juicios sobrecargando la judicatura laboral y evitar sentencias contradictorias.<sup>550</sup>

Solo es plausible la primera de ellas en mi opinión. La posibilidad de sentencias contradictorias no tiene suficiente justificación, toda vez que se trata

---

<sup>548</sup> Jorge VILLALÓN, "¿Es el procedimiento de tutela de derechos fundamentales una adecuada herramienta de control y sanción del acoso laboral? Reflexiones a partir de la dictación de la ley 20.607", *Revista de derecho, Coquimbo*, 20-1 (2013) 229-237, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000100009>, (disponible el 15-IX-2021).

<sup>549</sup> Cfr. CONTRERAS y PALOMO, 51-54.

<sup>550</sup> Cfr. LANATA y WALTER, 283.

de objetos procesales absolutamente diversos. Es cierto que pueden derivar de un mismo conjunto de hechos, caso en el cual podría darse la contradicción. Sin embargo, en aquellos casos en que los objetos jurídicos perseguidos obedezcan a hechos diversos, no tendría por qué haber decisiones contradictorias.

La interrogante que surge irremediablemente es ¿qué pasa con las especialidades procesales o técnicas diferenciadas propias de la tutela laboral cuando se tramita un juicio con multiplicidad de pretensiones?

Es claro que la pretensión tuitiva tiene una prevalencia y provoca un arrastre del resto de las pretensiones o “vis atractiva”.<sup>551</sup> El propio Art. 489 inc. 7° lo dice expresamente. Esto en todo caso, no debiese significar ninguna utilidad procesal real salvo la eficiencia (economía procesal) de evitar dos juicios (sobre objetos jurídicos diferentes) ante el mismo tribunal y entre las mismas partes. Las técnicas diferenciadas no pueden ser aprovechadas por la parte de la demanda referida a una pretensión ordinaria.

Si se acumula la tutela laboral con una pretensión por despido indirecto y/o una de daño moral, las técnicas diferenciadas sólo debiesen estar al servicio del primer objeto de conocimiento. Su especialidad, excepcionalidad y su carácter diferenciado, se justifican en tanto la naturaleza de los derechos que pretenden tutelar. Por ende, el juez del caso no puede echar mano, por ejemplo, a la regla de *flexibilidad probatoria* del art. 493 del CT para dar por acreditada la intensidad del daño moral derivado de un hecho diverso de la vulneración de derechos fundamentales,<sup>552</sup> como podría ser el de un accidente laboral acumulado en la demanda inicial. Son objetos de litis diferentes. Provocan en la especie, una multiplicidad de objetos encausados a través de un solo rito.

---

<sup>551</sup> CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 294

<sup>552</sup> Cfr. José Luis UGARTE, "La tutela laboral de derechos fundamentales y la carga de la prueba", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33 (2009) 215, 227 <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a05.pdf>, (disponible el 15-IX-2021).

Parece algo baladí, sin embargo, es importante mencionarlo, porque de ello puede concretarse el riesgo habitual que se le formula como crítica a las tutelas diferenciadas, y es su extensión a límites no contemplados en la ley, que genera privilegios procesales irracionales y contrarios al proceso justo.

Reafirma esta conclusión, la regla final del Art. 489 del CT, cuando despoja de preferencia a los procesos que se incoen con demandas que contengan pretensiones de despido improcedente, indebido o injustificado.

Otra de las figuras que es posible avizorar en la praxis judicial, producto de la ampliación del PTL a pretensiones no especialmente previstas, es el *autodespido* o *despido indirecto*. Es decir, aquél en que es el trabajador quien pone término al contrato por el incumplimiento de obligaciones del empleador. Nuevamente, atendida la fórmula general que permite ingresar al procedimiento de tutela invocando hechos que ocurren con *ocasión del despido*.

Originalmente discutido, e incluso declarado incompatible por la propia Corte Suprema chilena hasta hace un par de años,<sup>553</sup> hoy no hay duda de que el legislador sin preverlo permitió la acumulación de una pretensión de tutela en conjunto con el despido indirecto.<sup>554</sup> Lo anterior, al establecer una cláusula como la del inciso séptimo del Art. 489 que sólo restringe la modalidad de proposición de las pretensiones en la demanda y a los sujetos procesales activos o legitimados para intentar la acción como se explicará.

Como señalan LANATA y WALTER, este tipo de situaciones se da cuando el despido es más bien consecuencia de un conjunto de hechos que en el global son vulneratorios de derechos fundamentales. A diferencia de los casos en que la vulneración se produce por el mismo hecho del despido.<sup>555</sup>

---

<sup>553</sup> Cfr. Claudia RODRIGO, "Compatibilidad entre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el despido indirecto", *Revista de Derecho*, 28 - 2 (2015) 51-69.

<sup>554</sup> La Corte Suprema chilena, uniformó su criterio de compatibilidad, cambiando la línea jurisprudencial original a partir de la sentencia de 6 junio de 2016, rol 11200-2015 y sentencia 5 de septiembre de 2016, Rol 18465-2016.

<sup>555</sup> Cfr. LANATA y WALTER, 277.



Se ha esgrimido por la jurisprudencia laboral argumentos principalistas relativos al *principio protector* y al *indubio pro-operario*,<sup>556</sup> pero en realidad una lectura atenta de las reglas procesales positivas de acumulación del Art. 489 inciso séptimo, permite concluir indefectiblemente su procedencia.

Finalmente, es importante poner de relieve la drástica sanción que se estableció para el caso de que el litigante no observe la regla sobre la proposición de las pretensiones del Art. 489 inciso séptimo. Acarrea la renuncia a las mismas. Esta es una manifestación incongruente con el *principio protector*, tan invocado por la doctrina laboral cuando faltan razones normativas. Es además incongruente con la posibilidad de acumulación de la parte primera del mismo inciso séptimo, que permite interponer conjuntamente cualquier otro tipo de pretensiones laborales. Tendría presuntamente una razón basada en la contención de las condenas indemnizatorias.<sup>557</sup>

La exigencia de la subsidiariedad respecto de pretensiones patrimoniales derivadas de despidos injustificados, improcedentes e indebidos pretendía evitar que existan dos condenas resarcitorias acumuladas en una misma sentencia.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, el camino puede ser más sencillo.

En principio es cuestionable la normativa, si se piensa que las estructuras procesales diferenciadas propenden a una flexibilidad de las formas y tienden a la prevalencia del principio *pro actione*.<sup>558</sup> Sin embargo, es coherente si se piensa que la acumulación de estas pretensiones de exclusivo corte patrimonial, van a ser admitidas a tramitación, en un proceso cuyo tinte en general debiese ser considerado de naturaleza prevalentemente no patrimonial, por el tipo de derechos protegidos. Por lo anterior, complejizar el objeto del proceso y el ámbito competencial del juez, implica subir la exigencia de interposición de dichas

---

<sup>556</sup> Cfr. RODRIGO, "Compatibilidad...", 51, 55.

<sup>557</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.260*, Valparaíso, 2018, 150, <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/20260>, (disponible el 08-II-2022).

<sup>558</sup> Cfr. BERIZONCE, *Tutelas...*, 33 y 34.

pretensiones. Ergo, allí si me parece que la regla encuentra una razón suficiente como para su vigencia y eficacia.

### **Incompatibilidad con la acción constitucional de protección**

Una cuestión expresamente prevista en la ley es la imposibilidad de acumular una pretensión de tutela laboral con respecto a un proceso iniciado por la *acción constitucional de protección*. El art. 485 inciso cuarto del Código del Trabajo señala al efecto:

“Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

En concreto la incompatibilidad se produce una vez admitido a tramitación el recurso.<sup>559</sup> Es decir, una vez sorteado el trámite de admisibilidad del art. 2º del Auto Acordado 94-2015, que establece el deber de la Corte respectiva de revisar la temporalidad de la acción y que efectivamente se trate de derechos constitucionalmente protegidos.

La insuficiencia de este amparo constitucional para proteger los derechos fundamentales fue parte del diagnóstico necesario para efectos de crear un sistema de tutela diverso del genérico. Se plantearon los problemas de la *neutralidad* de la estructura procesal común de esta acción de protección<sup>560</sup> y cómo este procedimiento se tornó en “inútil e incluso paradójico”,<sup>561</sup> ya que por vía del derecho a la libertad individual se estimaban acciones de protección que reducían las posibilidades de mayor fiscalización a las potestades del empleador, en desmedro de los trabajadores. De ahí que sea un antecedente importante, la falta idoneidad de la acción de protección, cuyo tránsito natural termina siendo la incompatibilidad normativa consagrada en el art. 485 referido.

---

<sup>559</sup> Cfr. CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 309.

<sup>560</sup> Cfr. UGARTE, *Derechos Fundamentales...*, 47.

<sup>561</sup> Cfr. MARZI, 131-139.

Originalmente no había incompatibilidad con la acción de protección. Ésta fue incorporada luego de una intensa discusión y avanzada la tramitación del proyecto de Ley.<sup>562</sup>

Según comenta DELGADO, la razón primordial de la exclusión, tiene que ver (en este caso con justificación) la posibilidad de sentencias contradictorias y, en fin, a que el efecto de Cosa Juzgada distorsionara algunas decisiones”.<sup>563</sup>

### **Sujetos procesales**

El tema de los sujetos procesales, lo abordaremos en detalle en el análisis que efectuaremos respecto de la ampliación de legitimación como una de las técnicas procesales diferenciadas características de este procedimiento. Adelanto que la idea de una ampliación de legitimación se orienta principalmente desde el prisma del demandante o requirente de tutela. En ella se extiende el límite no solo al trabajador afectado (ya sea del sector público como privado), sino también a instituciones públicas como la Inspección del Trabajo, y a agrupaciones de trabajadores reconocidas por la ley chilena, como los sindicatos.

Hay algunas consideraciones que deben abordarse respecto de la legitimación pasiva y las posibilidades de legítimo contradictor. Me ocuparé de ello en la parte pertinente por su particular consagración positiva.

### **Acto procesal de iniciación y control de admisibilidad**

El Artículo 489 inc. 2° del CT prescribe que “La denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contado desde la separación, el que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168”.

El único acto de iniciación del proceso concreto es la demanda. La ley usa la voz denuncia, sin embargo, es un error categorial que pese a no generar ninguna consecuencia significativa merece ser aclarado.<sup>564</sup> Es sin dudas el “acto típico y

---

<sup>562</sup> Cfr. ORELLANA, 266.

<sup>563</sup> CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 323.

<sup>564</sup> *Ibid.*, 326.

ordinario de iniciación procesal (...) aquella declaración de voluntad de una parte por la cual éste solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación”.<sup>565</sup> No tiene nada parecido a una presentación efectuada como aquéllas del proceso penal chileno efectuadas sin necesidad interés material directo y bajo exenciones de su capacidad de postulación.

El proceso concreto por vulneración de derechos fundamentales no comienza por medidas prejudiciales ni probatorias ni preparatorias como enuncian algunos textos.<sup>566</sup> Lo que si puede ocurrir es que, como su nombre lo indica, puede prepararse mediante la tramitación de una medida prejudicial preparatoria o probatoria (por eso se denominan prejudiciales) de aquéllas contempladas en el Código de Procedimiento Civil, por expreso reenvío normativo e integración del Art. 432 inciso primero del CT.

Tampoco comienza el proceso de tutela laboral por vía de una mediación ante la Inspección del Trabajo. Aquélla constituye una etapa también de carácter prejudicial prevista en el Art. 486 del CT y que supone un proceso no iniciado.

Respecto de los requisitos propios de la demanda, deben ser analizados a la luz de una conjunción de normas: los artículos 446 y 490 y del CT. El primero de ellos establece los requisitos generales para la proposición eficaz de una demanda en el proceso laboral en general (Art. 446) y se aplica por reenvío expreso del segundo. Sin embargo, este segundo agrega dos presupuestos del todo relevantes con importantes consecuencias desde el punto de vista procesal, en la futura sustanciación del juicio.

Al efecto, el Art. 490 señala:

“La denuncia deberá contener, además de los requisitos generales que establece el artículo 446, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos

---

<sup>565</sup> Jaime GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., 2ª reimp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, I, 299.

<sup>566</sup> En este sentido puede verse: ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, *Manual...*, 66.

de la vulneración alegada acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente.”

Ambos requisitos son coherentes con el carácter diferenciado del instituto. El demandante accederá a la instancia en una situación de ventaja o privilegios racionales dentro del proceso, luego es dable considerar que la exigencia sobre la precisión del apartado fáctico sea mayor.

La necesidad de *antecedentes fundantes* sigue la misma lógica. Fue incorporada por la reforma de la ley 20.060 de 2008, sin embargo, es necesario hacer una precisión. Una cuestión exigida a título de presupuestos de eficacia del instrumento demanda para provocar el inicio del proceso es que el conjunto de hechos presentados en el relato de la demanda vaya acompañado de antecedentes (documentos) que le otorguen seriedad a la presentación, dado el diferenciado tratamiento procesal que se le otorgará a quien requiere de tutela. Otra muy distinta es que estos antecedentes sean capaces por la plausibilidad de su contenido de provocar la consecuencia del Art. 493 del CT, es decir de un aligeramiento de la carga de prueba para el trabajador demandante.

Es decir, si o si, debe acompañarse uno o más antecedentes (podría ser solo uno si tiene la fuerza fundante necesaria, cuestión que calificará el tribunal) para que se le otorgue tramitación a esa demanda. De lo contrario, se le otorgará al demandante un plazo de cinco días para que los acompañe (Art. 490 CT). En otra interpretación, el apercibimiento dentro de cinco días no tendría eficacia alguna.

Se ha propuesto, sin embargo, un análisis diverso, fundado en el *principio protector* (propio del Derecho Laboral) para justificar la idea de que el incumplimiento de este requisito puede ser derechamente inaplicable, bajo el pretexto de que se trataría de una supuesta colisión entre meras exigencias formales frente a la efectiva protección de derechos fundamentales.<sup>567</sup>

Este tipo de argumentaciones de corte principialista, las más de las veces invocadas contra regla legal expresa, son aquéllas que distorsionan el fin de una

---

<sup>567</sup> Cfr. ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, 117

tutela procesal diferenciada. Externan el espíritu de una racional ventaja procesal en favor de una de las partes, provocando un desequilibrio que se torna en injustificado.

Lo formularé de la siguiente manera para clarificar: a mayor diferenciación en el tratamiento de las estructuras procesales, mayor debe ser también las exigencias de ingreso al proceso. Ya se han analizado las consecuencias que este desbalance puede traer para las garantías del proceso justo, de ahí la necesidad de elevar los controles de legitimación.

No se trata simplemente de una “consideración formalista”<sup>568</sup> sino de una exigencia que otorga equilibrio frente a técnicas normativas diferenciadas. Sin duda alguna, el examen de admisibilidad de la demanda de tutela laboral no es un mero examen formal. Del acompañamiento de dichos antecedentes y de la apreciación de estos por el juez del caso, se siguen consecuencias contundentes para el proceso y radicalmente diversas a las que ocurrirían en un procedimiento de cognición ordinario: la adopción de medidas inmediatas de inhibición del hecho vulneratorio (Art. 492 del CT) desde la primera resolución, o el alivio probatorio para la parte desventajada en lo material (Art. 493 del CT).

### **Plazos y caducidades**

El Art. 489 inc. 2° del CT, utiliza la misma regla del Art. 168 para la interposición de demandas en sede ordinaria: sesenta días hábiles y fatales.

No obstante, hay diferencias en cuanto al hito inicial para el conteo de dicho plazo. Si la demanda se funda en hechos previos al despido (486 del CT) o si se produjo con ocasión del despido (489 del CT).<sup>569</sup>En el primer caso, el plazo tiene como hito inicial desde que se produjo la vulneración. En el segundo caso, desde la desvinculación formal. Todo con posibilidad de suspensión por la

---

<sup>568</sup> *Ibid.*

<sup>569</sup> Cfr. CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 332.

interposición de reclamación administrativa del Art. 168 del CT con tope de hasta noventa días hábiles.

En todo caso, se ha planteado en la praxis judicial, la situación en que el despido es cúspide de una serie de hechos previos que configuran sistémica o sostenidamente en el tiempo vulneración de derechos fundamentales. El caso del despido indirecto es un fiel reflejo de esta situación. La jurisprudencia y doctrina nacional han entendido que las vulneraciones continuadas no pueden significar una sanción de caducidad por el hecho de estar iniciadas con anterioridad a los sesenta días desde la presentación de la demanda. Por el contrario, suponen una modalidad de vulneración que se perpetúa hasta la desvinculación por lo que, ahora sí, al tratarse de una regla que debe ser analizada a la luz de la situación material, el *principio protector* en conjugación con el principio *pro actione*, permiten concluir que en este tipo de casos el hito inicial del plazo de sesenta días no puede ser el primer hecho de vulneración.<sup>570</sup>

La caducidad por extemporaneidad, de acuerdo con el Art. 447 del CT debe ser declarada de oficio y no darse lugar a la tramitación de esa demanda, cuando los datos aportados por la misma manifiestamente le permitan concluir aquello.

La otra oportunidad para la declaración judicial de caducidad por extemporaneidad es consecuencia de la actividad del demandado a través del acto procesal de contestación. La oportunidad para su tramitación y fallo es la audiencia preparatoria de conformidad al Art. 453 N ° 1. En este caso y de acuerdo con la misma regla, el juez deberá fundar su resolución y el fallo puede ser objeto de recurso de apelación, que se interpondrá en audiencia, verbalmente y del cual conocerá la Corte de Apelaciones respectiva en cuenta.

En el caso de la declaración oficiosa de caducidad, es posible también el recurso de apelación, por aplicación del Art. 476 inc. 1° del CT, que lo hace procedente contra sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o *hagan*

---

<sup>570</sup> Cfr. UGARTE, *Derechos Fundamentales...*, 50.

*imposible su continuación.* Esta sentencia oficiosa de caducidad se encuadra cabalmente en la segunda hipótesis de la regla citada.

#### NOTAS DIFERENCIADORAS EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

En lo que sigue se analizará desde un punto de vista normativo y dogmático, la incorporación del legislador laboral chileno a este procedimiento de aplicación general, de aquellas técnicas diferenciadas que hacen posible afirmar, desde la abstracción al menos, que estamos frente a un caso de tutela procesal diferenciada.

De conformidad al cuadro de diferenciación que se enunció en el capítulo dos, es posible advertir en el PTL prácticamente la mayoría de los elementos que caracterizan según la doctrina contemporánea a una tutela procesal diferenciada. Existe un diseño procedimental con una intencionalidad, (nota de no neutralidad), se sustancia una pretensión autónoma de tutela de derechos no patrimoniales o de función prevalentemente no patrimonial, existe una disposición orgánica y administrativa de jueces especializados para la protección de los derechos consagrados, hay una ampliación de la legitimación activa, se han establecido técnicas de cognición sumarial no cautelar, flexibilidad probatoria, vigorización de los mecanismos colaborativos, flexibilidad del principio de congruencia y la cosa juzgada goza de suficiente estabilidad considerando que se sustancia una pretensión autónoma. Todo acompañado de técnicas que propenden reforzadamente a la materialización y ejecución de los derechos tutelados.

Me avocaré a las notas diferenciadoras por excelencia. El carácter autónomo y principal de la pretensión que se sustancia a través de este procedimiento es evidente, al punto que a él pueden siquiera acumularse algunas pretensiones, pero bajo ciertas reglas y formalidades ya analizadas.

La especialización de la orgánica jurisdiccional también ha sido referida y es patente desde la entrada en vigencia de la ley 20.087, con los reparos ya hechos



sobre la falta de tribunales superiores de justicia especializados en materia laboral.

Se ha repasado también la intencionalidad y no neutralidad del PTL desde los comienzos de la discusión legislativa, teniendo presente la marcada relación materia - proceso, presente en la historia de la Ley 20.087 y en su fuente comparada de inspiración, así como también en las corrientes dogmáticas sobre derechos fundamentales que hicieron posible y necesario este conjunto de reglas especiales.

Por ello, en aras de no ser redundante, analizaremos en particular aquellas técnicas diferenciadas que, bajadas en forma de reglas de procedimiento, no han sido abordadas.

En concreto, se detectan las siguientes, en las distintas etapas del proceso:

- a. Legitimación ampliada (Art. 486 y 489 del CT)
- b. Reforzamiento de las salidas colaborativas (Art. 486 inc. penúltimo del CT)
- c. Preferencia para sustanciación y fallo (Art. 488 del CT)
- d. Los indicios y el alivio probatorio (Art. 493 del CT)
- e. Técnicas procesales de cognición sumarial no cautelar (Arts. 492 en relación con el art. 490 del CT)
- f. Técnicas procesales de naturaleza preventiva, inhibitoria y en general no resarcitorias (Arts. 495 del CT)
- g. El uso de medidas coercitivas. (Art. 492 y 495 CT)
- h. Flexibilidad de la congruencia procesal (495 del CT).

### **Legitimación ampliada (Art. 486 y 489 del CT)**

Clásicamente escindida entre legitimación procesal (*legitimatio ad processum*) y legitimación causal<sup>571</sup> (*legitimatio ad causam*), la legitimación en general ha sido

---

<sup>571</sup> Cfr. Juan MONTERO, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, 39.

catalogada por la más autorizada doctrina como un elemento o condición de ejercicio de la acción procesal<sup>572</sup> “cuya utilidad radica en contribuir a determinar en todo juicio quién es el portador auténtico del derecho de acción”.<sup>573</sup>

DE LA OLIVA nos dice que la legitimación “es la cualidad de un sujeto consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (pasiva). Las posiciones jurídicas activa y pasiva suelen consistir en ser titular de un derecho subjetivo privado o en ser titular de un deber u obligación, respectivamente”.<sup>574</sup>

Pese a que se ha insistido que es una cuestión de fondo y que debe resolverse en la sentencia, esta categoría procesal ofrece, tanto al juez como al litigante un haz de herramientas de control que permiten determinar si el peticionario de tutela jurisdiccional está o no en la posición jurídica que le habilita para requerir la protección de determinado derecho subjetivo. Luego, cobra especial relevancia el control de legitimación y la oportunidad en que se produce, particularmente en procedimientos diseñados para otorgar de manera más eficiente respuesta judicial, como el caso del PTL. Permite ser una piedra de tope para la diferenciación de dicha respuesta, que implica la intervención jurisdiccional en una forma distinta al procedimiento de cognición ordinario clásico.

En el estado actual de la dogmática procesal, un importante sector de la doctrina inspirada en una abstracta concepción de la tutela jurisdiccional proclama la erradicación de este concepto, proponiendo derechamente abandonar su estudio.<sup>575</sup> La lógica es bien sencilla: la legitimación es una cuestión

---

<sup>572</sup> Cfr. Alejandro ROMERO, *Curso...*, 87.

<sup>573</sup> *Ibid.*, 88

<sup>574</sup> Andrés DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, 1992, 32.

<sup>575</sup> Cfr. Jordi NIEVA, *DERECHO PROCESAL*, 3ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, II, 43-97.

que únicamente puede ser revisada en la sentencia de mérito y por ende es un problema de derecho material y no procesal.<sup>576</sup>

Toda persona en cuanto tal puede participar de un proceso judicial y aquello se responde desde la vereda de la *capacidad procesal* como presupuesto de la relación jurídica, no desde la idea de legitimación. En realidad, lleva razón la tesis dominante, pero con un matiz: la legitimación es una cuestión de mérito, pero su control no.

Estas cuestiones teóricas en el derecho material y en la práctica forense no han penetrado con suficiente fuerza, pues se sigue hablando de legitimación activa y pasiva, que es el binomio al que me referiré para analizar la primera de las técnicas diferenciadas de este global que es el PTL.

Lo diferente, lo especial, reviste en este caso una doble conjunción. Una ampliación muy propia de una manifestación normativa familiarizada o emparentada con el sistema internacional de protección de los derechos fundamentales.<sup>577</sup> Por un lado la ley material amplía la posibilidad de obtener una sentencia sobre el fondo, a sujetos que no detentan exclusivamente un interés jurídico relevante propio en su pretensión y además el hecho de incorporar extensivamente a sujetos colectivos, organizaciones públicas y privadas como posibles legitimados para poder proponer una demanda que de inicio al PTL y que tenga la eficacia de provocar un pronunciamiento sobre el mérito.

El Art. 486 del CT en el inc. 1° establece:

“Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento.”

---

<sup>576</sup> Cfr. Jordi DELGADO y Cristian CONTRERAS, “Régimen de las partes y terceros en el proceso”, en y Gonzalo CORTEZ y Diego PALOMO (Coords.), *Proceso civil, normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, 120-123.

<sup>577</sup> Cfr. MARZI, 137.

La idea central, comenta UGARTE, es el concepto de *interés legítimo*. Un intermedio entre el concepto de interés jurídico individual y los intereses difusos o la acción pública.<sup>578</sup>

El punto no es menor, porque debe descartarse realmente que se trata de una *acción pública*, como se le ha pretendido calificar, proponiéndose incluso como posible la idea de que podría presentarse una demanda laboral contra la voluntad del trabajador.<sup>579</sup>

En caso de que estemos frente a una demanda por vulneración de derechos fundamentales cuya ocurrencia se presente durante la vigencia del contrato, los titulares de la acción ampliada serán: cualquier trabajador, la organización sindical y la Inspección del Trabajo.

Esta última detenta su titularidad de la norma del Art. 486 inc. 5° primera parte:

“Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, señaladas en el decreto con fuerza de ley N.º 2, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1967, y de acuerdo a sus facultades fiscalizadoras e interpretativas a las que se refiere el artículo 505 de este Código, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este Párrafo.”

Es absolutamente excepcional para el procedimiento ordinario de cognición lata que sujetos de derecho público y privados, sin interés directo sobre los hechos del juicio puedan promover su inicio.

En este sentido, “...Respecto de la condición de partes procesales se han apreciado singularidades en el proceso de trabajo, con la eliminación de trabas que impidan el acceso a la prestación jurisdiccional a quienes se encuentran en

---

<sup>578</sup> Cfr. Ugarte, *Derechos Fundamentales...*, 53.

<sup>579</sup> Cfr. PALAVECINO, “El procedimiento...”, 140.

una posición de inferioridad social y jurídica. Y es que, al margen de la paulatina regulación favorecedora de un entendimiento amplio de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, el tratamiento normativo de la intervención de los sujetos típicos en el orden social ha venido marcada, como señas de identidad, por paliar la distinta resistencia económica para hacer frente a los costos del litigio, como por la flexibilidad en las reglas de postulación, sin olvidar la traslación procesal de la presencia de intereses supraindividuales que han de ser defendidos por un sujeto colectivo debidamente legitimado.”<sup>580</sup>

Tanto los sindicatos como la Inspección del Trabajo si bien pueden ser parte principal en juicio, también pueden comparecer en un rol de tercero coadyuvante, es decir sin siquiera sostener una pretensión autónoma o principal. Al efecto, los incisos tercero y cuarto de la norma en comento, en una redundante redacción plantean la posibilidad:

“Cuando el trabajador afectado por una lesión de derechos fundamentales haya incoado una acción conforme a las normas de este Párrafo, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante.

Sin perjuicio de lo anterior, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, podrá interponer denuncia, y actuará en tal caso como parte principal.”

En el caso de la Inspección del Trabajo, ya hemos referido su facultad de incorporarse como parte principal, sin embargo, también podrá participar en calidad de coadyuvante en virtud de lo señalado por el inc. 4° del Art. 486:

“La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso.

---

<sup>580</sup> BAZ, "Desafíos...", 64.

La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable.”

Las posibilidades de actuación son amplias. Ya sea como partes directas o indirectas, son sujetos procesales que pueden provocar el inicio del proceso judicial y el pronunciamiento de una sentencia de mérito.<sup>581</sup>

Atendida la misión de la Inspección del Trabajo, y tratándose de una entidad fiscalizadora administrativa, la ley introdujo un requisito para obrar en calidad de demandante, a la vez que una técnica para reforzar la *colaboración* en un conflicto cuya solución supera muchas veces lo judicial. El inciso 6° del Art. 486, le exige la promoción de un procedimiento de autocomposición extrajudicial asistida:

“No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”.

En el caso de las vulneraciones cuyo sustrato fáctico se ubique *con ocasión del despido* o coincida con dicho hecho, el único legitimado para impetrar el PTL es el trabajador afectado. Así lo refrenda expresamente el Art. 489 inc. 1° de CT:

“Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”.

La norma confirma esta idea de UGARTE, de encontrar en el *interés legítimo*, la razón para la ampliación legal de la legitimación. Al término del vínculo laboral, la orientación fiscalizadora que cabe a los sindicatos y la Inspección del Trabajo

---

<sup>581</sup> Cfr. ORELLANA, 267.

baja radicalmente su intensidad. En el caso del término de la relación laboral, además, finaliza también el vínculo jurídico con las organizaciones sindicales.

No coincido con la afirmación de DELGADO en torno a que, dependiendo de la oportunidad de la vulneración, se abrirían diversos ritos o procedimientos a propósito de la tutela laboral.<sup>582</sup> En realidad, se trata siempre del procedimiento común, con articulación de técnicas diferenciadas, que tampoco se ven alteradas. Lo único que ocurre es que previo al proceso, en el caso de intervinientes como la Inspección del Trabajo, puede haber actividad propositiva para la composición de la litis, pero sigue permaneciendo esa actividad, fuera del juicio propiamente tal.

La participación de la Inspección del Trabajo significa también la incorporación de prueba documental de suyo relevante como es el informe que exige el Art. 486 del CT. Sin embargo, las reglas rituales se mantienen, solo se agrega o adiciona de manera obligatoria un elemento de la información que se allega al proceso a efectos de formar convicción.

Agreguemos finalmente que, en términos de legitimación activa, la ley 21.280 de noviembre de 2020, zanjó la discusión a propósito de la posibilidad de que los funcionarios públicos pudieran recabar este tipo de tutela jurisdiccional.

Se ha planteado también, que eventualmente podría ser titular el propio empleador. De hecho, la propia entidad dedicada al entrenamiento judicial, la ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, así lo ha declarado. Se trata de un caso *residual*, por aplicación conjunta de los Arts. 404, 290 y 291 del CT, que permitirían al empleador accionar en razón de los atentados contra la libertad sindical.<sup>583</sup> No obstante, igualmente lo hacen en defensa de un interés ajeno y limitado solo al derecho referido.

---

<sup>582</sup> Cfr. CORTEZ, DELGADO y PALOMO, 314.

<sup>583</sup> Cfr. ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, 115.

### Legitimación pasiva

En este caso, la ley no estableció una ampliación como lo hizo para el caso de los titulares de la acción. Fue el devenir de la aplicación de este procedimiento y la doctrina laboral, quienes especialmente y a propósito de las llamadas relaciones triangulares del Art. 183 y siguientes del CT, le han dado un mejor contorno a este análisis.

La respuesta inicial es que el legitimado pasivo es el empleador. Sin embargo, es mucho más comprensiva de estas figuras, aquella explicación que sindicó como legitimado pasivo a quien se encuentra ejerciendo *las facultades que la ley le reconoce al empleador*.<sup>584</sup> Esto porque, en primer término, el Art. 485 inc. 3° al describir la conducta lesiva utiliza esta terminología sin referirse a un sujeto determinado. Luego, puede que el empleador formalmente no concuerde con el sujeto procesal demandado. Un ejemplo de ello es el caso de *la tercerización laboral*. La empresa *usuaria*, en el caso de suministro de trabajadores, podría perfectamente ser demandada en el PTL en caso de que se encuentre ejerciendo las facultades que la ley le reconoce al empleador formal, porque se encuentra legalmente habilitada para ello. No ocurre lo mismo con la empresa *principal*, en esta misma idea de tercerización, porque precisamente la ley no le permite ejercer facultades de mando que de ordinario se le conceden al empleador, salvo ciertas excepciones vinculadas a las reglas de orden e higiene o que las ejerza de facto.<sup>585</sup>

En igual sentido se ha indicado que a propósito de la *subcontratación* de trabajadores, podríamos tener un demandado diverso de aquél formal descrito como empleador. Sin embargo, el presupuesto indispensable para ello es que, dentro del proceso concreto, se acredite primero el vínculo o relación jurídica entre la empresa principal y los trabajadores subcontratados.<sup>586</sup>

---

<sup>584</sup> Cfr. UGARTE, *Derechos Fundamentales...*, 57.

<sup>585</sup> *Ibid.* En el mismo sentido: HALPERN, 148. Sin embargo, esta autora estima que deben estar declaradas (por vía judicial) la existencia de un vínculo o relación jurídica entre la empresa principal y los trabajadores subcontratados.

<sup>586</sup> HALPERN, 148.



### **Reforzamiento de las salidas colaborativas para la composición de la litis (Art. 486 inc. final del CT)**

En el estudio del conflicto y su resolución pacífica, sindicado clásicamente como la razón de ser del proceso judicial, el Derecho Procesal contemporáneo ha reforzado la promoción de los métodos autocompositivos, o medios apropiados de solución de conflictos.<sup>587</sup>

En este orden de cosas, la *litis* del trabajo en general, dispone de al menos tres métodos de autocomposición asistida extrajudicial denominados, *Mediación*, *Mediación Laboral de Conflictos Colectivos* y el *Arbitraje Laboral*.

Estas alternativas a la jurisdicción se encuentran reguladas en diversos cuerpos normativos. En primer término, la más utilizada de todas por lejos, es la llamada mediación laboral (pura y simple), que procede a propósito de las facultades fiscalizadoras de los inspectores del trabajo. Ambas facultades están reguladas en el Decreto con Fuerza de Ley N ° 2, del 30 de mayo de 1967. En específico el Art. 29 de dicho cuerpo legal, permite a los inspectores ordenar citación a los empleadores, para efectos de “de procurar solución a los asuntos que se le sometan en el ejercicio de sus respectivas funciones, o que deriven del cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias, como asimismo, para prevenir posibles conflictos”.

Posteriormente, en los Arts. 377 bis introducido por la ley 21.327 de abril de 2021, y el Art. 378, ambos del Código del Trabajo, definen lo que se entiende por Mediación, pudiendo ser esta voluntaria u obligatoria. La Mediación voluntaria se produce en los casos en que empleador y trabajador la requieran de común acuerdo y en los casos del ejercicio de las facultades del Art. 29 del Decreto con Fuerza de Ley N ° 2 ya referido. En todos estos casos, actúa como mediador un Inspector del Trabajo, funcionario dependiente a su vez de la Dirección del Trabajo.

---

<sup>587</sup> LARROUCAU, 16.

Esta Mediación Laboral, que llamamos método alternativo a la jurisdicción o formas de autocomposición extrajudicial viene definida por la ley como “el sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial llamado mediador, sin poder decisorio, colabora con las partes, y les facilita la búsqueda, por sí mismas, de una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.<sup>588</sup>

Sólo tiene aplicación para efectos de nuestro análisis mediación laboral pura y simple, voluntaria, pues la mediación laboral de conflictos colectivos y el arbitraje están establecidos específicamente para este especial tipo de litis. Únicamente podría tener cabida la Mediación Laboral de Conflictos Colectivos, regulados en el Libro II, Título VII del Código del Trabajo, en el caso de que el derecho en cuestión discutido fuera la libertad sindical, protegido como ya hemos señalado, por el Art. 485 del Código del Trabajo.

Frente a este abanico de posibilidades, la ley procesal laboral en su Art. 486 inciso final, prescribe que en caso de que sea la Inspección del Trabajo quien en sus labores esencialmente de fiscalización, conozca de actos vulneratorios de derechos fundamentales, necesariamente debe promover una mediación a objeto de intentar componer el conflicto y de corregir las infracciones detectadas. Estamos entonces frente a un caso de mediación obligatoria previo a la denuncia. La sanción ante la ausencia de este procedimiento previo de mediación es que éste órgano del Estado pierde la calidad de legitimada para promover una denuncia que dé lugar al PTL.

El trabajador que demanda autónomamente en la hipótesis de vigencia de la relación laboral o fuera de ella, no tiene obligación de promover o comparecer a una mediación previa.<sup>589</sup>

Una segunda alternativa, esta vez judicial, es el rol de la conciliación (en el proceso judicial) del Art. 453 N° 2 del CT. Esta norma debe complementarse con lo dispuesto por el Art. 495 inc. 2°, que delimita el marco de actuación judicial

---

<sup>588</sup> Art. 377 bis, CT, ley 21327.

<sup>589</sup> Cfr. ORELLANA, 268.

cuando señala que deberá “abstenerse de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”.

Si bien es cierto que la conciliación laboral es una etapa del proceso laboral en general, no propio de las especialidades del PTL, el complemento normativo referido, refuerza de alguna manera el sentido estrictamente correctivo del acto lesivo, y no prevalentemente patrimonial de los acuerdos núcleos de convenciones que puedan celebrarse extra y judicialmente.

Los bienes jurídicos en juego no admiten posibilidad de transacciones o renunciaciones. Siempre se debe propender a su protección y máxima realización.<sup>590</sup> Sin embargo, debe considerarse que, como queda de manifiesto en la ley procesal laboral, la autocomposición no siempre se vincula a cuestiones exclusivamente patrimoniales, y la labor tanto del Juez como de la Inspección del Trabajo, es instar por las posibilidades de corrección, cese y reparación de las vulneraciones, más que la lógica transaccional económica con que muchas veces se pretende mirar este tipo de institutos.

Apoya esta postura, el propio articulado en cuestión. El Art. 486 inc. 6° habla de “las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”. Así mismo, el Art. 495 inc. 2°, impide, como hemos dicho, que se autoricen convenciones derivadas de la etapa de conciliación judicial, que contengan estipulaciones que hagan sostener la vulneración a cambio de prestaciones patrimoniales.

### **Preferencia para sustanciación y fallo (Art. 488 del CT)**

Otro de los elementos diferenciadores del PTL es la existencia de ciertos privilegios procesales en razón de la materia. Uno de ellos es la existencia de una preferencia respecto de la oportunidad en el conocimiento y fallo de la pretensión por vulneración de derechos fundamentales.

La regla general, es que la distribución de causas en los Juzgados de Letras del Trabajo, de acuerdo al Art. 418 del CT se rija por las normas que a su vez rigen

---

<sup>590</sup> Cfr. ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, 114.

para los tribunales en lo penal, especialmente los Juzgados de Garantía, de acuerdo al Código Orgánico de Tribunales (Título II de dicho cuerpo normativo). En estas regulaciones de carácter económico, la distribución y gestión de causas no reconoce ninguna preferencia en el tratamiento y la premura con que se sustancian los procesos judiciales de su competencia. Es plenamente aplicable el azar electrónico que introdujo la reforma del año 2015 a la distribución de causas, en virtud del Art. 175 del referido Código Orgánico.<sup>591</sup>

La especialidad o nota diferenciadora es entonces clara, pues del Art. 488 del CT, se presenta un privilegio o preferencia que no tiene en materia laboral ninguna otra litis para superponerse a este conjunto de normas generales. Al efecto la regla citada establece:

“La tramitación de estos procesos gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal.

Con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan.”

Tanto el proceso de instancia como la resolución de los recursos de apelación y de nulidad laboral (476 y 478 del CT) de que conozcan las Cortes de Apelaciones, gozan de este privilegio. El problema es que, a diferencia de otras épocas,<sup>592</sup> la judicatura del trabajo se ha especializado y organizado de manera diferenciada en el primer grado, dejando entregado el conocimiento de los recursos procesales derivados de este tipo de conflictos, incluidos los de vulneración de derechos fundamentales, a tribunales superiores con competencia común (Corte de Apelaciones).

### **Los indicios y el alivio probatorio (Art. 493 del CT)**

Esta es tal vez, la nota diferenciadora por excelencia. Se ha dicho que es la piedra angular para la protección de los derechos fundamentales en las relaciones

---

<sup>591</sup> Ley 20.875 que modifica el código orgánico de tribunales en materia de distribución de causas y asuntos de jurisdicción voluntaria.

<sup>592</sup> Al respecto puede verse sobre las cortes laborales y la historia orgánica del proceso laboral: LANATA y WALTER, pág. 11 y THAYER y NOVOA, 260-265.

de trabajo,<sup>593</sup>o que el problema probatorio es una de las claves que se debe abordar en la construcción adecuada de un sistema protector.<sup>594</sup>

Abordaré esto haciendo dos prevenciones. La primera es que no me referiré al fin y objeto de la prueba en el proceso judicial, pues excede con creces las pretensiones de este trabajo y además fue abordada en las explicaciones a propósito del capítulo anterior. En segundo lugar, abordaré esta *nota* haciendo alusión a la conjunción normativa de las reglas del Art. 490 a 493 del CT, y no a todas las potestades probatorias del juez del trabajo en general, puesto que éstas no son exclusivas del PTL, de modo que atribuirle un carácter de notas diferenciadoras, sería derechamente falaz.

Lo primero que se debe apuntar es que la decisión de las cuestiones sobre carga de prueba son decisiones eminentemente políticas.<sup>595</sup>Una decisión volitiva del Estado en orden a materializar ciertos fines que son ajenos al concepto puro de proceso judicial. En el caso del proceso del trabajo, y en particular respecto del PTL, las intenciones del legislador son claras, efectivizar al máximo posible la aplicación de los derechos fundamentales laborales:

“(...) esta norma es el eje central del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales a raíz de que, si bien se invierte la carga de la prueba, ello ocurre bajo ciertos supuestos que no conllevan la prueba de hechos negativos por parte del denunciado, sino que, por el contrario, éste deberá acreditar que la actuación que ha tenido es proporcional y legítima. De lo contrario, sería muy difícil para el afectado probar la vulneración de su derecho, con lo que la norma se transformaría en letra muerta”<sup>596</sup>

---

<sup>593</sup> Cfr. Eduardo CAAMAÑO y José Luis UGARTE, “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales”, *Ius et Praxis*, 20-1 (2014) 67, 80, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100004>, (disponible el 15-IX-2021).

<sup>594</sup> Cfr. UGARTE, *Derechos Fundamentales...*, 52.

<sup>595</sup> Cfr. UGARTE, “La tutela laboral...”, 219.

<sup>596</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.087...*, 196.

Existe una manifestación abierta por hacer realidad el valor de la igualdad material, o como ya se ha mencionado, de la igualdad para ante el derecho, no sólo la mera igualdad legal.

La premisa es que, en las relaciones laborales, una de las partes se encuentra en una situación desmejorada, propio de la *verticalidad* de la relación,<sup>597</sup> o como he referido, propio de una relación jurídica *potestad/sujeción*.<sup>598</sup> Esto pone al trabajador en una situación de dificultad para lograr obtener la facilidad y disponibilidad probatoria, lo que determina la intervención del legislador.<sup>599</sup>

UGARTE señala que las razones de esta nota diferenciadora responden a dos cuestiones: a) siempre se encubrirá el acto lesivo en conductas lícitas, especialmente en las figuras del despido por necesidades de la empresa del Art. 161 del CT, y b) existe un entorno hostil que impide conseguir fuente de prueba al trabajador.<sup>600</sup>

### **Algunas precisiones sobre este aligeramiento probatorio**

Establece el Art. 493 del CT:

“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

La técnica utilizada por el legislador procesal laboral es la de *prueba indirecta*, o también llamada *prueba de indicios* a través del establecimiento de una regla de juicio<sup>601</sup> que relaja o morigera el peso probatorio del trabajador.

---

<sup>597</sup> Cfr. GAMONAL y GUIDI, 35.

<sup>598</sup> Cfr. HOHFELD, 45.

<sup>599</sup> Cfr. PINOCHET, 183.

<sup>600</sup> Cfr. UGARTE, "La tutela laboral...", 217.

<sup>601</sup> *Ibid.*, 221.

Un indicio es “todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”.<sup>602</sup>

En términos del PTL, la doctrina laboral se ha arriesgado a esbozar una definición de prueba indiciaria, que es el resultado inferencial de la valoración respecto de los indicios:

“(…) un estándar probatorio que exige una prueba mínima de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado, para que sea el empleador quien deba justificar la licitud de su actuación”.<sup>603</sup>

Este tipo de técnicas son propias de las tutelas procesales diferenciadas. En ellas se constata la necesidad de corrección de una desigualdad en el acceso a las fuentes de prueba, producto de una desigualdad de posiciones en la relación material.

“(…) sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio”.<sup>604</sup>

La regla en comento provoca un *aligeramiento* de la regla general existente en nuestro derecho sobre carga de prueba, del Art. 1698 del Código Civil.<sup>605</sup> Esta norma, establece con pretensiones de principio general<sup>606</sup> que “incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta”.<sup>607</sup> Se establece para

---

<sup>602</sup> Antonio DELLEPIANE, *Nueva Teoría de la Prueba*, 7ª ed., Themis, Bogotá, 1972, 57.

<sup>603</sup> Sergio GAMONAL, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, 28.

<sup>604</sup> Antonio BAYLOS, “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, 4 (1994) 107, 125.

<sup>605</sup> En este sentido: MELLA y DOMÍNGUEZ, 192, GAMONAL y GUIDI, 144, LANATA y WALTER, 274, y UGARTE, “La tutela laboral...”, 218.

<sup>606</sup> Cfr. Daniel PEÑAILLO, *La Prueba en materia sustantiva civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, 56.

<sup>607</sup> Art. 1698 inc. 1º del Código Civil.

el proceso judicial común, la regla general que manda probar a quien afirma un hecho.<sup>608</sup>

La nota diferenciadora entonces, es bastante prístina. Se hace una excepción marcada por el tipo de relación jurídico material integradora del sustrato fáctico de las pretensiones procesales. Como se observa por el legislador, una *verticalidad* (usando la expresión de GAMONAL) en la relación,<sup>609</sup> especialmente patente en términos probatorios, la ley corrige el problema permitiendo que el trabajador goce de un privilegio racional: debe acreditar indicios suficientes y quedará liberado de allegar al proceso prueba directa sobre el hecho de la vulneración.

En realidad, hay un cambio sobre el objeto de la prueba. En ningún caso una inversión de carga de prueba. Tampoco una dispensa total de carga respecto del trabajador. Éste deberá, contar con indicios suficientes para poder acceder a este aligeramiento. Luego de acompañar medios de prueba sobre los indicios, la valoración la cierra el trabajo intelectual del juez, quien deberá valorar y argumentar la suficiencia de dichos indicios en la sentencia definitiva. Serán medidas su precisión, concordancia y gravedad, tal como lo enuncia para el proceso civil tratándose de las presunciones, los términos del Art. 1712 del Código Civil.

Ahora, la aplicación de esta regla procede en los casos en que no se haya rendido prueba directa del acto lesivo, pues tanto prueba directa como indirecta son plenamente compatibles en el abanico de posibilidades que detenta la actividad probatoria del trabajador.

Es un privilegio racional, pero en caso de no ser utilizado, siempre queda la alternativa de recurrir a la prueba directa sobre el hecho afirmado, Es decir, simplemente volver a la regla general. Aquello, además, amparado por el derecho subjetivo a probar, garantizado constitucionalmente garantizado.

---

<sup>608</sup> Cfr. Andrés BORDALÍ, Gonzalo CORTEZ y Diego PALOMO, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, 239.

<sup>609</sup> GAMONAL y GUIDI, 35.



De otro lado, el empleador queda sujeto a una contrapartida en la regla del Art. 493 del CT. La carga de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida cuya utilización sea cuestionado bajo el calificativo de vulneradora de derechos fundamentales. En realidad, un poco más que eso: que su actuación no es una represalia, es proporcionada, suficiente y que en el fondo hay razones para su imposición (no arbitrariedad).<sup>610</sup>

De esta parte de la regla ha surgido la interrogante de si estamos frente a una exigencia de prueba sobre hechos negativos. La respuesta es rotundamente negativa. Sin embargo, la doctrina laboral chilena tampoco se hace cargo adecuadamente de esta crítica.

Lo primero es aclarar que, para que se aplique esta parte del Art. 493 del CT, es necesario y presupuesto de la misma que el empleador resista la pretensión mediante una teoría del caso propia, alternativa o abiertamente contraria a la formulada por el trabajador.

Después de afirmar hechos que controvierten el acto lesivo denunciado, se aplica la regla general del Art. 1698 del Código Civil, es decir, el empleador tiene la carga de acreditar dichas afirmaciones sobre hechos, ¿Cuáles? los que previamente contenidos en el sustrato fáctico de sus alegaciones, puedan ser calificados como proporcionales, racionales, suficientes o no arbitrarios.

Si no se endereza una propuesta de hecho por el empleador en la contestación de la demanda, difícilmente tendrá aplicación el Art. 493 parte final, y se aplicará simplemente el razonamiento presuncional del juez, en la medida en que se acrediten los indicios suficientes, trabajo que como se ha referido recae íntegramente sobre el trabajador demandante.

Estimo, que teniendo presente lo anterior, se explica de manera más sencilla la idea de que no hay inversión de carga de prueba ni tampoco una prueba de hechos negativos.

---

<sup>610</sup> *Ibid.*, 144.

Finalmente, y sin ninguna duda, en el artículo comentado no hay nada del llamado régimen de las *cargas probatorias dinámicas*, altamente cuestionadas por su dudosa constitucionalidad.<sup>611</sup> La anterior supone que, por vía judicial, en el contexto del caso concreto y por razones de facilidad en la disponibilidad del material probatorio, fundando en los antecedentes que se presentan en el juicio, el tribunal puede hacer una alteración de la regla general de la carga de prueba.<sup>612</sup>

Como es posible advertir, esto no es lo que ocurre en la regla del Art. 493 del CT. En este caso es la ley la que introduce una regla de juicio sobre cómo y quién soportará previsiblemente las consecuencias del levantamiento o no de las respectivas cargas.<sup>613</sup> Esto se sabe con suficiente anticipación, no en una audiencia con la irremediable sorpresa de la litigación, como en su momento advertía ORELLANA, sino en la seguridad y tempestividad que permita mantener a raya la arbitrariedad judicial.<sup>614</sup>

Finalmente, digamos que existe un estrecho vínculo entre la regla del Art. 493 y 490 del CT. Este vínculo debe ser precisado.

La regla del Art. 490 del CT exige para la admisibilidad de la demanda, una descripción detallada de la o las vulneraciones y todos los antecedentes en que se funde. Esto impone un estándar mayor al demandante que el simple relato de hechos, considerando el *pool* de privilegios procesales de que gozará una vez abierta la instancia. Luego, esos antecedentes permiten iniciar la tramitación y si además cuentan con la suficiencia necesaria (cuestión que determina la sentencia de mérito) podrá accederse desde luego a la regla de juicio del Art. 493 del CT, en caso de que no se haya rendido prueba directa y el empleador no haya podido

---

<sup>611</sup> Al respecto puede verse: Gustavo CALVINHO, "A favor de la carga de la prueba", *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquía, 170 (2-2020) 169-199.- Cuestionamiento al que me sumo sin vacilaciones en todas aquellas normas procesales en que el desplazamiento de la carga se consagra por vía de potestad judicial discrecional, de manera intempestiva, cuya oportunidad se fija en audiencias preparatorias orales u otras sin la posibilidad de que la parte afectada pueda prever la alteración y poner a resguardo sus derechos.

<sup>612</sup> Cfr. PINOCHET, 183.

<sup>613</sup> Cfr. DEVIS, *Teoría General...*, 445.

<sup>614</sup> Cfr. ORELLANA, 270.

sostener su teoría del caso en juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de su actuar.

No debemos eso sí, considerar que la suficiencia de los antecedentes debe superarse mediante el examen de admisibilidad de la demanda. Ello implicaría la aplicación de una regla de juicio como la del Art. 493 en una prematura etapa del proceso. De hecho sin que exista relación procesal aún.

La suficiencia de los antecedentes, acompañar nuevos o complementar lo ya allegado, es propio de las etapas de prueba y finalmente de la sentencia sobre el fondo del asunto. Sin embargo, es fácil caer en esta confusión porque la regulación tampoco es de las más amigables para los operadores jurídicos.

La nota de diferenciación del alivio probatorio del Art. 493 del CT es uno de los matices al proceso común que más aplicación y desarrollo ha presentado en la casuística chilena. No siempre con la mejor técnica argumentativa ni exento de confusiones y vaguedades. El comportamiento judicial sobre esta regla nos ocupará en los capítulos que siguen.

#### **V Técnicas de cognición sumarial no cautelares (Arts. 492 en relación con el Art. 490 del CT)**

Este tipo de técnicas procesales son las que comúnmente llevan a confusiones a propósito de la denominación sobre la tutela diferenciada. Ya se ha manifestado sobre el punto, la distinción entre continente y contenido que existe entre el resultado de un articulado de técnicas de cognición sumarial y cada una de las partes de ese todo.

El PTL contiene un articulado de técnicas de esta especie post cautelar. Se encuentran fuera de la frontera de las clásicas explicaciones sobre medidas cautelares, para ir un paso mas allá a atender situaciones jurídicas apremiantes o que requieren de una respuesta distinta del juzgador que la mera reparación patrimonial luego de un proceso de cognición lato.

No obstante, lo dicho, es muy común ver en la doctrina laboral e incluso procesal, incurrir en el error de asimilar este tipo de técnicas a medidas, sentencias o providencias de naturaleza cautelar.<sup>615</sup>

No puede tildarse de naturaleza cautelar, aquello que no comparte las notas esenciales de dicho instituto. Las medidas, sentencias o procesos cautelares (como quiera llamársele) tienen por finalidad salvaguardar la utilidad de la sentencia de mérito, sin necesidad de anticipar todo o parte del contenido de esta.<sup>616</sup> No hay atribución en la cautelaridad del contenido de esa sentencia. Pueden tener cosas en común estas técnicas, como el hecho de sustanciarse mediante cognición sumarial o el carácter de cosa juzgada formal de su sentencia, atendido el factor recientemente dicho, pero ello no implica que se identifiquen.<sup>617</sup>

En concreto el Art. 492 del CT establece en la parte pertinente:

“El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles...”

“(...) Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes”.

Podemos afirmar, considerando la naturaleza y pretensión principal del sujeto requirente de tutela jurisdiccional, que estamos frente a un caso de *técnica anticipatoria*.<sup>618</sup>

En efecto, el objeto de la pretensión es precisamente el acto o hecho que provoca la vulneración, que se aborda por la ley procesal laboral, en el artículo en comento, en tanto está produciendo sus efectos nocivos. Ello es coherente con

---

<sup>615</sup> En este sentido: MELLA y DOMÍNGUEZ, 192, ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, 118, CONTRERAS y PALOMO, 53, e incluso en el derecho español: BAZ, 71.

<sup>616</sup> Cfr. PÉREZ RAGONE, “Concepto estructural y funcional...”, 177.

<sup>617</sup> *Ibid.*

<sup>618</sup> Concuera en cuanto su naturaleza incluso la doctrina más crítica de estos instrumentos: PALAVECINO, “El procedimiento...”, 42.

el deber que la norma impone al juez: decretar en la primera resolución que dicte en el proceso, el cese o suspensión del hecho o acto lesivo.

Puede que la demanda contenga un cúmulo de pretensiones, dentro las cuales se encuentren pretensiones patrimoniales, como indemnizaciones de perjuicios. Sin embargo, ya se ha referido que el objeto principal es atacar el acto lesivo, por ello, la coincidencia entre esta primera resolución judicial, cumpliéndose los requisitos, es coincidente con el contenido esencial de la sentencia de mérito, que, en caso de ser estimada, contendrá una declaración similar ordenando el cese del acto impugnado.

El Art. 495 del CT establece en su numeral segundo que en caso de que se declare la existencia de un derecho fundamental vulnerado, el juez deberá ordenar, “de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato...”.

Esta nota de coincidencia entre ambas resoluciones judiciales es propia de las tutelas de urgencia, en especial de la técnica anticipatoria, que por definición es otorgar con urgencia y “con base en una cognición sumaria, (juicio gnoseológico de posible) y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material”.<sup>619</sup>

En cuanto a sus requisitos, se observa además un distanciamiento notorio con los presupuestos de una providencia cautelar. Se exige un peligro o *periculum* calificado, no cualquier peligro por retardo en el juicio, sino la existencia inminente de un daño irreversible en caso de no decretarse la medida (de oficio o a petición de parte).<sup>620</sup>

Comparte eso sí, caracteres comunes con la cautelaridad, como se señaló. Ello ocurre con la exigencia de una probabilidad de existencia del derecho reclamado, que en la regla del Art. 490, necesariamente vinculable, se regula a la forma de

---

<sup>619</sup> PÉREZ RAGONE, “Concepto estructural y funcional...”, 177.

<sup>620</sup> ORELLANA, 269.

dos sub-requisitos: el acto inicial (demanda o denuncia) debe incluir la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada y acompañar todos los antecedentes en los que se fundamente.

El acompañamiento de antecedentes documentales (porque es la lectura obvia de esta regla, la necesidad de documentos) no necesariamente implica la existencia de una pluralidad. Considerando que se trata de un juicio de probabilidades, uno solo antecedente documental, como ya se mencionó a propósito de la prueba indiciaria, podría ser suficiente, en la medida en que, revista la gravedad, pertinencia y suficiencia necesaria para generar un grado probable de convicción en el tribunal de la existencia de la vulneración.

Como vemos, no estamos frente a una figura típica en que se pretenda normativamente precaver la inutilidad de una sentencia o el daño que genera el tiempo del proceso judicial, sino la atribución (en este caso parcial) de una atribución propia de la sentencia de mérito, satisfaciendo en el plano del derecho material al tutelado.<sup>621</sup>

Es importante hacer presente, que este tipo de tutela de urgencia puede ser requerido en tanto aparezca la necesidad de su uso. De hecho, la norma del Art. 492 del CT, no lo restringe solo a la primera resolución, pues señala a propósito de estas medidas que deben decretarse por el juez "(...) en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes".

### **La sentencia de mérito en el procedimiento de tutela laboral**

El Artículo 495 del CT regula el pronunciamiento de fondo al final del *iter* procesal. Una norma rica en elementos procesales diferenciados, que incorpora técnicas de índole preventivo, inhibitorias (según algunos), medidas reparativas y la clásica tutela resarcitoria civil.

No se consideró, en el caso de que se trate de esa hipótesis de facto, la nulidad del acto jurídico que consolida la vulneración, salvo el caso del Art. 489 inc. 4° (despido discriminatorio). Al respecto, se ha dicho, que aquello es una

---

<sup>621</sup> Cfr. PÉREZ RAGONE, "Concepto estructural y funcional...", 178.

incongruencia mayúscula, pues implica que la sentencia convalida jurídicamente un acto jurídico válido en apariencia, para transformarlo las más de las veces en una prestación dineraria.<sup>622</sup> La idea de este tipo de sentencias es todo lo contrario, constituyen una norma abierta, para que el juez determine las medidas idóneas de reparación y para que las partes también las propongan.

El objeto es erradicar la práctica arraigada en el derecho nacional de que toda vulneración se sustituye por dinero.<sup>623</sup>

No obstante, el legislador chileno optó por combinar este conjunto de medidas y técnicas y ofrecer un articulado que, en términos de notas diferenciadoras, se puede desglosar en al menos en tres acápites: la flexibilidad respecto de la congruencia procesal, la técnica preventiva y al igual que respecto de la técnica anticipatoria, el uso de medidas conminatorias.

#### **Técnicas procesales de naturaleza preventiva, inhibitoria, reparatorias o en general no resarcitoria (Arts. 495 del CT)**

El Art. 495 del CT contiene una serie de remedios sistémicos<sup>624</sup> que incluirían tutela inhibitoria, restitutoria y resarcitoria.<sup>625</sup> Un haz complejo de consecuencias”,<sup>626</sup> sin embargo en lo que a las tutelas diferenciadas respecta, partamos por el uso de la técnica preventiva o inhibitoria.

La tutela preventiva supone cambiar la forma de mirar el resultado clásico de la tutela jurisdiccional. Cuando no es idónea la indemnización o reparación patrimonial se requiere de algo distinto. En el caso de las técnicas inhibitorias o preventivas, el foco está puesto en que no ocurran actos contrarios a derecho, o que dejen de ocurrir para el futuro, más que en las consecuencias dañosas que ese acto produce. De este modo, ilícito dañoso y acto contrario a derecho (en la

---

<sup>622</sup> Cfr. UGARTE, *Derechos Fundamentales...*, 85.

<sup>623</sup> Cfr. Mella y Domínguez, 193

<sup>624</sup> Cfr. GAMONAL y GUIDI, 148 y 150.

<sup>625</sup> En este mismo sentido: VILLALÓN, 238 y LANATA y WALTER, 281.

<sup>626</sup> UGARTE, *Derechos Fundamentales...*, 77.

especie acto lesivo de derechos fundamentales) son categorías perfectamente escindibles.<sup>627</sup>

En el caso de la tutela procesal de derechos fundamentales, esta diferenciación cobra suma relevancia por lo inidóneo de la tutela meramente resarcitoria. En los derechos de contenido no patrimonial o prevalentemente de índole no patrimonial, inhibir la conducta contraria a derecho o su repetición es lo que permite la efectivización de la norma.<sup>628</sup>

El Art. 495 del CT en el numeral 2º ya citado, el deber del juez, de ordenar el cese inmediato del *comportamiento antijurídico*.

La norma parte de la base, y lo dice explícitamente, que estamos frente a una conducta contraria a derecho, que, al tiempo de dictación del fallo, ha persistido. Recordemos que la tutela inhibitoria tiene dos finalidades: prevenir la conducta antijurídica o prevenir su repetición.

No exige que se esté produciendo efectivamente un daño, por ello, comparto la idea postulada por MARINONI, quien señala que el objeto esencial de la tutela inhibitoria es cuidar la eficacia de la norma y su materialización, previniendo la concreción de amenazas de comportamientos antijurídicos, más que el presupuesto del hecho dañoso o del daño mismo. Digo esto, porque se ha propuesto que los requisitos de la tutela preventiva incluirían una necesaria relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño que se espera inexorablemente.<sup>629</sup> Aquello, es una confusión sobre el objeto de este tipo de técnicas. El artículo 495 del CT es un buen ejemplo de ello.

El numeral comentado (2º) exige eso sí, que este acreditada en juicio, la vulneración de derechos fundamentales. No debemos perdernos con esta regla. La técnica inhibitoria del numeral segundo, tiene por destino prevenir la repetición del ilícito, que es uno de sus acicates. La prevención originaria del

---

<sup>627</sup> Cfr. Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela Inhibitoria*, trad. del portugués de Laura CRIADO SÁNCHEZ, Marcial Pons, Madrid, 2014, 34.

<sup>628</sup> *Ibid.*

<sup>629</sup> Cfr. HURTADO, *Tutela...*, 127-166.



comportamiento antijurídico debe promoverse durante el juicio mediante el uso de la técnica anticipatoria que ya fue comentada y que se regula en el Art. 492 del CT.

También podemos encontrar una manifestación clara de inhibición en el numeral cuarto inc. 2º parte final del Art. 495 del CT, que curiosamente obliga al propio juez a prevenir la continuación del acto contrario a derecho: “se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”. Lo propio hace el inciso final, cuando exige que “Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro”. Esto tiene claramente efectos preventivos.<sup>630</sup>

Estimo, asimismo, que puede perfectamente encuadrarse dentro de esta categoría, considerando sus elementos esenciales, la regla del artículo 4º de la ley 19.886 (Ley de bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios) que en concordancia con el Código del Trabajo, establece una medida para prevenir comportamientos antijurídicos derivados de sujetos de una eventual relación contractual para con el Estado, que hayan cometido en el pasado conductas vulneratorias de derechos fundamentales y que les impide siquiera postular ofertas el sistema comercial de contrataciones públicas. Esta norma señala expresamente:

“Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador”.

### **Medidas coercitivas (Art. 492 y 495 del CT)**

A diferencia de lo que ocurre con las sanciones, las medidas coercitivas en general, tienen por finalidad prevenir y reprimir. Contienen una aflicción

---

<sup>630</sup> Cfr. ORELLANA, 270.

respecto del sujeto pasivo, pero su finalidad es satisfactoria, de remover la resistencia pasiva del ejecutado (ya sea de una resolución judicial provisional o de la definitiva).<sup>631</sup>

En el título ejecutivo *sentencia definitiva*, dictada al final del camino marcado por el PTL, el Art. 495 del CT, establece en su numeral 3°, luego de establecer el deber judicial de decretar “las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales”, que éstas se decreten amenazando con imponer el uso de la fuerza, interfiriendo el patrimonio del condenado, por vía de la imposición de multa a beneficio fiscal.

Se lee de la segunda parte del N° 3:

“(…) bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan”.

Esto implica el reenvío a la norma del Art. 492 del CT, que a su vez establece un *apercibimiento o conminación* idéntica para hacer efectivo el cese anticipado del comportamiento antijurídico del empleador, bajo la amenaza de una multa que asciende de “cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada”.<sup>632</sup>

Como puede observarse, es coherente el diseño legal, con una nota marcada de diferenciación en cuanto al reforzamiento de la efectivización de los derechos no patrimoniales. Se articulan medidas anticipatorias de cese, para efectos de materializar los derechos vulnerados durante el juicio. Posteriormente para reforzar el cumplimiento oportuno de la sentencia condenatoria no dineraria de derechos fundamentales, se provee al juez de medidas coercitivas a efectos de conminar al vencido.

---

<sup>631</sup>Cfr. Teresa ARMENTA DEU, “Ejecución y medidas conminativas personales”. Un estudio comparado, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 22 - 2 (2012), 23-54, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371043382002>, (disponible el 27-01-2022).

<sup>632</sup> Art. 492 del Código del Trabajo, parte final.

Todo en el fondo es coherente en cuanto vía de reforzamiento de la ejecución de resoluciones. Ya sea provisionales, como la del Art. 492 del CT, o definitivas, como ocurre con la multa del Art. 495 N ° 3.

### **Flexibilidad de la congruencia procesal (Art. 495 del CT)**

Esta correlación entre lo pedido y lo otorgado en una sentencia estimatoria, se desestabiliza en el Art. 495 N ° 3, que otorga una amplia potestad jurisdiccional para la determinación atípica de las medidas de orden restitutorio o reparatorias de los eventuales perjuicios no patrimoniales causados al tutelado.

Existe sin duda, cumplimiento de la congruencia *subjetiva*,<sup>633</sup> la sentencia deberá pronunciarse sobre el objeto del proceso respecto de todos quienes intervengan en él: partes y terceros. El problema reside en el caso de la llamada congruencia *objetiva*, dado que la sentencia podría comprender medidas reparatorias no comprendidas en el *petitum* de la demanda:

“La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales...”.

Esta cuestión no deja de ser polémica. Se trata de una amplificación de las potestades judiciales, y en el fondo de entregarle un protagonismo sin precedentes al juzgador respecto de la vulneración de derechos fundamentales. Las partes podrán proponer un encuadre, un marco de actuación del juez, sin embargo, será su prudencia la que determine la idoneidad de las medidas reparatorias.

El riesgo radica principalmente en la ausencia de al menos algunas directrices orientadoras. En la excesiva confianza entregada al juzgador respecto de lo que es idóneo para reparar la vulneración (independiente de las indemnizaciones). Veremos el comportamiento de esta regla en la praxis judicial, si representa

---

<sup>633</sup> Cfr. Ríos, 312.

realmente un riesgo a la seguridad jurídica o si logra superponerse a la predominancia de una cultura eminentemente resarcitoria.

RUAY desarrolla una crítica más que atendible ante este tipo de potestades, a propósito del Art. 495 numeral 3° y del Art. 444 del CT (sobre potestad cautelar):

“No puede haber potestades atípicas ni implícitas, vulneran el principio de juridicidad. Por lo mismo, no hay lugar a la atribución de potestades judiciales abiertas o en blanco, pues aquello implicaría decididamente abrir espacio a la arbitrariedad, y reconocer que el Estado es titular de algún tipo de libertad que constitutivamente no le es propia. En ese sentido, lo que sí podría eventualmente ocurrir es que una potestad cualquiera conferida al juez puede facultarlo a que éste escoja en determinados casos entre alternativas igualmente válidas, pero para que aquello sea posible hay ciertos elementos de la potestad que no puede dejar de estar presentes, incluyendo obviamente la descripción acabada de las vías alternativas”.<sup>634</sup>

Sin perjuicio que desde un punto de vista teórico resulta atendible esta crítica, así como aquella que postula a la congruencia procesal como un presupuesto de la sentencia justa,<sup>635</sup> la rigidez absoluta de este principio continúa bajo la lógica de subsunción legal. Es un hecho que el método dominante que utiliza la doctrina de la efectivización horizontal de los derechos fundamentales es el de la argumentación jurídica. Escogida esa alternativa por el legislador, es incongruente a su vez, pensar en un modelo judicial que opere bajo la lógica de la subsunción legal típica. No estoy efectuando una valoración ética o política de la regla comentada, sino intentando poner de relieve que las explicaciones sobre la comprensión de las notas diferenciadoras, así como el vínculo materia-proceso, particularmente en el proceso laboral, permiten al menos explicar el porqué de estas cuestiones tan particulares.

---

<sup>634</sup> RUAY, “Análisis crítico...”, 93.

<sup>635</sup> Cfr. RÍOS, 312.

## CAPÍTULO V: OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS CASUÍSTICO. LA UTILIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DIFERENCIADAS POR LA JURISDICCIÓN LABORAL DE PRIMER GRADO

### INTRODUCCIÓN

“El estudio del derecho civil o del derecho penal (...) cuya experiencia está constituida sólo por el Código, sin que se haya visto nunca un contrato ni un delito, se parece a quien, para estudiar la medicina, no tenga ante sus ojos más que un catálogo de farmacias o enfermedades” (Francesco CARNELUTTI, Metodología del Derecho, 2ª ed., trad. de Ángel OSSORIO, UTHEA, Ciudad de México, 1962, p. 18)

En este apartado intentaremos aterrizar, concretar o poner a prueba, la efectividad de las normas de procedimiento creadas para la tutela de derechos fundamentales en el proceso del trabajo chileno. Ya hemos analizado el componente dogmático, la carga de diferenciación con que intencionalmente se les propuso desde su implementación a propósito de la reforma a la justicia del trabajo allá por los albores del año 2000. Sin embargo, la pregunta es ¿este conjunto de técnicas diferencias tiene realmente una debida recepción en la realidad judicial?

La pregunta formulada es relevante porque, la función que cumple este entramado de técnicas no es menor: proteger derechos fundamentales en una relación profunda y naturalmente asimétrica.

Ya decía CAPELLA, que la *efectividad* de las normas (incluidas las procesales) implica la producción de efectos esperables por esas normas, en el seno de las instituciones jurídicas, es decir si es tomada en consideración por el aparato de poder público.<sup>636</sup> En el caso de estas reglas procedimentales que contienen técnicas diferenciadas, por el proceso judicial y sus participantes: jueces y partes procesales.

---

<sup>636</sup> Cfr. CAPELLA, 87.

Es importante hacer una prevención. No vamos a responder en este apartado si las normas materiales de Derechos Fundamentales laborales finalmente lograron o no ser protegidas cabal, oportuna o tempestivamente. Ello excede con creces el objetivo del proyecto. Aquel análisis corresponderá efectuarse por parte de los teóricos de la disciplina del Derecho Laboral y/o del Derecho Constitucional.

Lo que nos interesa es mostrar al lector, después de este camino teórico ya recorrido, que nos permitió afirmar al procedimiento de tutela laboral de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo como una tutela procesal diferenciada, verificar si este diseño estructural encuentra recepción entre la judicatura de primer grado, que es la organización judicial especializada llamada a utilizar sus particulares herramientas.

Queremos aproximarnos en la bajada a lo concreto para poner a prueba las categorías sobre las que tanta tinta se ha derramado. Si las ideas son capaces de penetrar la rígida y gris realidad tribunalicia, a los operadores jurídicos y sobre todo, parafraseando a DWORKIN, a los jueces hércules chilenos,<sup>637</sup> aquéllos que detentan competencia en lo laboral.

Para estos efectos analizaremos una muestra de más de cincuenta juicios de tutela laboral tramitados ante esta jurisdicción especial. La muestra pretende ofrecer una imagen de la distancia o proximidad que puede existir entre las construcciones teórico-dogmáticas y la realidad judicial. Por cierto, que esta muestra no agotará el análisis. No logrará tampoco despejar con certeza la pregunta que formulamos como problematización del proyecto, porque aquélla es esencialmente dogmática y normativa. Sin embargo, otorgará confianza para dar materialidad al trabajo.

En este capítulo la pretensión es mirar a las tutelas procesales diferenciadas desde un punto de vista realista, con enfoque acentuado en la praxis. Desde ese enfoque ¿ese puñado de artículos del Código del Trabajo es o no un caso tutela

---

<sup>637</sup> Cfr. Ronald DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta GUSTAVINO, 4ª ed., Ariel, Barcelona, España, 1989, 177.

procesal diferenciada? Al menos tendremos una aproximación. Honestamente, aquello es lo único que puede ofrecerse al lector considerando el abrumador universo de causas que existen en Chile sustanciadas por este procedimiento en los más de diez años de la reforma procesal del trabajo.

Las conclusiones del muestreo pueden ser desalentadoras en algunos casos y alentadoras en otros. Podemos fijar claramente algunas líneas comunes de la recepción judicial de las técnicas, su mayor o menor uso y recepción y la interpretación que se le ha dado a las reglas que las proveen. Pero sobre todo es importante hacer presente que esta investigación no milita en la necesidad de urgente de hacer calzar las categorías estudiadas dogmáticamente sobre los pronunciamientos y fenómenos que se ven la praxis judicial.

Se trata de entregar una investigación y análisis objetivo y neutral, desde el método de elección de las causas, así como de las conclusiones que puedan extraerse de los cincuenta y un juicios analizados y repartidos por todo el territorio jurisdiccional chileno.

Finalmente digamos que no se debe demonizar la falta de uso y recepción judicial de las técnicas que hemos venido tratando como conjunto. De hecho, es previsible, considerando la juventud de estos conceptos teóricos y su falta de difusión.

De otro lado, los arraigados conceptos muy comprometidos en una visión decimonónica del proceso judicial son una realidad, para bien o para mal. Sin embargo, si observamos esta desconexión entre la praxis y la estructura procesal en abstracto, esto no hace sino promover con más fuerza el espíritu de esta investigación: intentar entregar un sustrato teórico y doctrinal a este tipo de formas procesales para que al ser aplicadas e interpretadas sean capaces de cumplir de mejor manera su finalidad, sirviendo funcionalmente a la tutela efectiva de los derechos.

## CUESTIONES SOBRE LA METODOLOGÍA DE OBSERVACIÓN

En lo sucesivo, es esencial dejar asentadas las bases del trabajo para efectos de los análisis casuísticos que luego se propondrán. Para ello debe tenerse en cuenta el objeto observable, la delimitación de tiempo, el espacio y el contenido (o también denominado *universo*). La finalidad del análisis, la muestra y sus fuentes de recopilación de datos, así como el método para la observación y la descripción.<sup>638</sup>

### La finalidad de este análisis casuístico

Ya algo se adelantó en la parte introductoria, pero vale la pena reforzar la idea. No estamos frente a una muestra exacta, ni matemática, ni sociológica que arroje resultados ideales ni perfectos sobre la íntegra efectividad de las normas jurídicas relativas al procedimiento laboral chileno. Nuestro objetivo es analizar el uso y aplicación de las técnicas diferenciadas y extraer al menos una aproximación de su real eficacia dentro del sistema procesal observado.

En palabras de WITKER, en este tipo de investigaciones “sus fines son: El diagnóstico de la armonía o dicotomía entre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto, y la medición de la trascendencia de la norma de Derecho en dicho orden”.<sup>639</sup>

La utilidad de este tipo de estudios “radica en la posibilidad que ofrecen para analizar la eficacia del orden jurídico vigente, como medio de solución de problemas sociales concretos...”<sup>640</sup>

### El tipo de metodología y muestra utilizada

Dentro de lo que podrían denominarse *investigaciones jurídicas de corte empírico* (versus aquéllas de corte dogmático) se reconoce en este capítulo un matiz entre

---

<sup>638</sup> Cfr. Ana KUNZ y Nancy CARDINAUX, *Investigar de Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2ª reimpresión, 2017, 99-101.

<sup>639</sup> Jorge WITKER, 119.

<sup>640</sup> *Ibid.*, 120.



ambos mundos. Este no es un análisis de grupos humanos, ni de comportamientos o fenómenos sociales. Aquello es propio de la sociología jurídica y requiere del uso de otro tipo de técnicas metodológicas muy diversas a la ciencia jurídica propiamente tal. En este capítulo predomina claro la observación; pero sobre documentos.

Se ha escogido en particular, la observación cualitativa por medio del método de *muestreo*.<sup>641</sup>

Un procedimiento de muestreo requiere definirse para saber qué es lo que se analizará, que individuos o unidades de un determinado universo, en que tiempo y espacio y que tipo de muestra es la que se está desarrollando.

En cuanto al tipo de muestra, se trata de una del tipo *no probabilística*, y específicamente *casual* con delimitaciones formuladas por expertos.<sup>642</sup> O como se ha ilustrado también, una muestra de *racimo randomizada*.<sup>643</sup> Esto significa que el factor eje para la elección de las causas es *el azar*, dentro de un universo general de causas o juicios, pero mediante delimitaciones muy claras que acotan la búsqueda. En el caso, objetos concretos (sentencias por ejemplo con contenido estimatoria de la demanda de vulneración de derechos fundamentales) dentro de límites temporales y espaciales bien determinados y utilizando fuentes de inteligencia artificial que responden u ordenan los datos conforme palabras claves o *keywords*.

En este caso nos referimos a los servicios de almacenamiento de datos o bases jurisprudenciales proporcionados por operadores dedicados y acreditados para este servicio.

Respecto a la posición metodológica del suscrito, lo haremos desde una perspectiva de *análisis de campo por observación*, pero del tipo *no participante*.<sup>644</sup> Esto implica que se tomará únicamente un rol de espectador, no participando en

---

<sup>641</sup> Cfr. KUNZ y CARDINAUX, 101.

<sup>642</sup> *Ibid.*, 102.

<sup>643</sup> Cfr. WITKER, 108.

<sup>644</sup> *Ibid.*, 104

calidad de sujeto procesal de ninguno de los procesos analizados. Tampoco en calidad de entrevistador ni de encuestador, porque no se trata de un análisis fundado en probabilidades sino en el contenido de la observación respecto de las unidades concretas dentro del campo analizado.

### **La delimitación de la muestra**

Como ya se declaró, se trata de una muestra no probabilística, randomizada, lo que evita obtener resultados sesgados.<sup>645</sup> Además cuenta con una delimitación informada por la pericia del investigador en cuanto a los criterios de búsqueda para racionalizar el azar. Transparentamos entonces el objeto a analizar, los universos generales y específicos de la muestra, el tiempo o espacio para la búsqueda y el contenido de la misma.

### **El objeto**

La observación documental, respaldo o protocolización instrumental de procesos judiciales es el objeto de este capítulo.<sup>646</sup> En concreto, el fenómeno jurídico compuesto por los actos procesales de todos los sujetos participantes (jueces, partes, apoderados, terceros, funcionarios auxiliares de la administración de justicia, etc.) de un proceso judicial por vulneración de derechos fundamentales a propósito de una relación laboral vigente o con ocasión de un despido.

Estos actos procesales van tejiendo lenta pero sucesivamente un conjunto material denominado *carpeta electrónica*,<sup>647</sup> que la ley chilena incorporó para reemplazar al expediente material y que permiten un acceso directo a los datos de la muestra, atendido el principio de publicidad que rige los procesos laborales, de conformidad al Art. 425 del Código del Trabajo.<sup>648</sup>

---

<sup>645</sup> *Ibid.*

<sup>646</sup> Cfr. KUNZ, 109.

<sup>647</sup> Cfr. Art. 3° de la ley 20.886, en relación con el Acta 85-2019 de la CSJ.

<sup>648</sup> Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediatez, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

Estas carpetas electrónicas, se encuentran disponibles y alojadas única y exclusivamente en la *Oficina Judicial Virtual*, perteneciente al Poder Judicial chileno, y que se encuentra en funcionamiento veinticuatro horas al día y siete días a la semana mediante el sitio web oficial de dicho servicio.<sup>649</sup> Está abierto a todo público y también a los operadores jurídicos mediante el uso de sus credenciales y empadronamientos.<sup>650</sup>

Cada una de las carpetas electrónicas referidas, representa una causa, un proceso judicial concreto llevado por un juez (en este caso de competencia laboral en primer grado o instancia) y están signadas mediante lo que se conoce como *Rol*, compuesto por una letra que indica el tipo de cuestión sustanciada, seguida de un número de ingreso y el año en que ha sido ingresada.

La pesquisa de cada causa se efectúa primero mediante los criterios de búsqueda que se expresarán, y luego de elaborado un listado general, se procede a la consulta y recopilación de cada carpeta electrónica en integridad mediante la descarga de toda la información directamente desde la Oficina Judicial ya referida. Así, se almacenó y registró toda la información de tramitación de cada causa escogida, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia de primer grado. Incluida ésta y sus posteriores carpetas de segunda instancia en los casos en que ello fuera necesario.

La búsqueda y selección arrojó un total de cincuenta y una carpetas electrónicas objeto de análisis.

El objeto central en esta oportunidad es únicamente el material de primera instancia. Por eso es importante recalcar que *no es un análisis jurisprudencial*, sino *casuístico*, donde la expresión *causa* la utilizamos como sinónimo del ya derogado

---

<sup>649</sup> <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/>

<sup>650</sup> Es preciso matizar esta afirmación con el tema del Acta 44-2022 pronunciada por la CSJ que regula el acceso y la ley de datos sensibles. Hemos anonimizado los comentarios para cumplir la normativa. De todos modos, están disponibles la totalidad de los *e-books*, que fueron descargados legítimamente en los meses de febrero y marzo de 2022, es decir antes de la entrada en vigor del Acta referida, y sólo con fines académicos.

*expediente judicial*, es decir como la materialización (hoy en formato digital) en que se registran los actos de un proceso judicial.<sup>651</sup>

La explicación de ello radica en que en este grado jurisdiccional es donde se diseminaron normativamente las distintas técnicas diferenciadas incorporadas por el legislador que creó el procedimiento de tutela laboral. De hecho, hemos referido a lo largo del trabajo como se potenció la figura del juez de instancia. Las posibilidades posteriores de la intervención de cortes superiores de justicia requieren de expresar los motivos para su exclusión.

Respecto de las cortes de apelaciones, éstas sólo serán competentes para conocer procesos relacionados a derechos fundamentales en materia laboral si se deduce por los litigantes el denominado *Recurso de Nulidad laboral*.

Este medio de impugnación regulado en los artículos 477 al 482 del Código del Trabajo, es un recurso de aquéllos denominados extraordinarios,<sup>652</sup> cuya procedencia sólo opera en virtud de determinadas causales y para ciertas resoluciones judiciales. En la especie, sólo en contra de la sentencia definitiva que pone término al juicio, decidiendo el objeto de la cuestión debatida en autos. Por esta razón, la competencia funcional de las Cortes de Apelaciones chilenas, en torno a las técnicas diferenciadas reguladas en el procedimiento de tutela laboral, se reduce considerablemente. Sus pronunciamientos sobre el punto sólo podrían versar sobre: técnicas de indicios, técnicas coercitivas, reparatorias y/o preventivas, siempre y cuando (y este es el mayor problema) las sentencias de instancia hagan uso de ellas y las partes manifiesten expresamente alguna disconformidad jurídica en torno a su aplicación en el acto de juicio.<sup>653</sup>

---

<sup>651</sup> Cfr. Gonzalo CORTES y Diego PALOMO, *Proceso Civil. Normas comunes...*, 5.

<sup>652</sup> Cfr. Mario MOSQUERA y Cristian MATURANA, *Los Recursos Procesales*, 2ª ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, 45.

<sup>653</sup> Esto por la vía de las siguientes causales: Art. 478 letra b): "Cuando haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica", y letra e): "Cuando la sentencia se hubiere dictado con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 o 501, inciso final, de este Código, según corresponda; contuviese decisiones contradictorias; otorgare más allá de lo pedido por las partes, o se extendiere a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de las facultades para fallar de oficio que la ley expresamente otorgue...".

En relación con la Corte Suprema de Justicia, tampoco abordaremos la casuística de su tramitación por motivos de pertinencia. En efecto, la Corte Suprema interviene en este tipo de procesos judiciales cuando a su respecto los litigantes deducen el denominado *Recurso de Unificación de Jurisprudencia*, previsto y regulado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo. Este medio de impugnación, también de carácter restrictivo o de derecho estricto, procede únicamente “cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”.<sup>654</sup>

Al respecto la jurisprudencia chilena del máximo tribunal ha dejado expresamente excluida la posibilidad de revisar por esta vía normas de contenido procesal.<sup>655</sup> Puede compartirse o no el fondo de la interpretación jurisprudencial planteada, pero para efectos de la investigación, se vuelve impertinente el análisis de interpretación sobre normas laborales de fondo en la tramitación y fallo de estas causas en sede de unificación.

### **Criterios de búsqueda respecto de las causas**

Sin perjuicio de que dividiremos este apartado entre criterios temporales, territoriales y sustanciales, hay directrices generales y previas.

Se trata en estricto *sensu* de causas o procesos judiciales concluidos. Obviamente ello implica todas sus instancias y recursos posibles. Se indicará expresamente aquellos casos en que las cortes superiores de justicia revoquen, modifiquen o anulen algunas de las decisiones de primer grado que analizaremos.

Se trata además de juicios declarativos. Es decir, excluimos el proceso ejecutivo o etapa de cumplimiento. Ello, porque la disposición de técnicas

---

<sup>654</sup> Art. 483 del CT, inciso segundo.

<sup>655</sup> Al respecto puede verse: CSJ, Rol N ° 99.429/2020, considerandos 3° y 4°, (2020), CSJ, Rol N ° 63310-2020, considerando 3°, y Matías SANTELICES, *Examen de admisibilidad del recurso de unificación de jurisprudencia*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2022, en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/187944>, (disponible el 15-IX-2020).

diferenciadas que nos interesa pesquisar y analizar se evidencian únicamente en esta etapa de la actividad jurisdiccional. Si bien es cierto la ejecución procesal laboral en Chile tiene sus propias notas de especialidad, no es materia que alcance a este trabajo.

Para la búsqueda se han utilizado específicamente dos procesadores de datos. El primero de ellos es *Vlex Chile*.<sup>656</sup> Se trata de un servicio de búsqueda jurisprudencial focalizada. Ordena y categoriza para su búsqueda sentencias de todas las instancias. Es un servicio pagado y se accedió a él en virtud de las credenciales académicas proporcionadas por vía del servicio prestado y brindado por esta empresa a la Universidad Católica del Norte, institución de afiliación del investigador suscrito.

La suscripción permite la búsqueda de sentencias por palabras clave o *keywords*, así como materias, años, tipo de tribunal, territorios jurisdiccionales, entre otras. Esta base de datos se utilizó especialmente para la elección azarosa de fallos conforme los criterios de búsqueda que se indicarán en adelante.

Luego de pesquisados los fallos que cumplían con los criterios predefinidos, el segundo sistema electrónico al que se recurrió es la base de datos del Poder Judicial de Chile. En ella, como ya se dijo, se corroboró por medio de los identificadores o roles, que cada causa tuviera su carpeta electrónica y se procedió a la descarga y almacenamiento del respectivo *e-book* correspondiente, tanto de primera como de segunda instancia y Corte Suprema.

### **Criterio temporal**

El rango búsqueda es acotado. Se buscaron causas cuya tramitación haya iniciado entre los años 2018, 2019 y 2020. No que necesariamente que terminaran en esos años (cuestión en todo caso poco probable) sino cuyos identificadores de año o roles, se encuadraran dentro de este período.

Por ejemplo, entre las causas analizadas del año 2018, la causa Rol T-23-2018, del Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique puede ilustrar bien este criterio.

---

<sup>656</sup> <https://vlex.cl/p/vlex-chile>

En este caso, como es posible apreciar, la causa ingresó el 2018 a la jurisdicción laboral, su identificador lleva ese año dentro del enrolamiento, pero la sentencia se dicta el 22 de febrero de 2019. Para los efectos de la incardinación en la muestra, sigue siendo una causa 2018.

¿Por qué esos años y no otros? La reforma al proceso del trabajo en Chile ya detenta a su haber quince años de funcionamiento. Es imposible para el suscrito, efectuar un análisis de todo el universo general de causas ingresadas en estos quince años, porque de lo contrario la investigación duraría probablemente una extensión de tiempo similar. Los objetivos trazados y declarados no son tan arrogantes y buscan simplemente aproximar al lector al puente entre lo normativo y la realidad judicial.

En segundo término, se escogen esos años, porque se trata del trienio que acompaña el inicio y desarrollo en la redacción de esta tesis doctoral. Es la realidad judicial inmediata que el autor esta contemporánea y próximamente viviendo mientras escribe estas líneas.

Finalmente, desde 2021 en adelante, existe un universo superior de causas no afinadas que por ende no logran superar el primer criterio general; que se trate de juicios concluidos para poder tener una visión completa de su tramitación.

### **Criterio territorial**

Un segundo criterio definido para incorporar en el buscador de causas, fueron los límites territoriales. Específicamente se delimitó la búsqueda azarosa a tribunales asiento de Corte de Apelaciones, es decir aquéllos previstos y descritos en el Art. 415 del Código del Trabajo, pero que por referencia al Art. 46 del Código Orgánico de Tribunales, tengan su asiento material en la misma comuna donde funciona la respectiva Corte de Apelaciones.

Por ello se avisó tempranamente que se trata de una *muestra racimo*. Es decir, dentro del universo general, se utiliza para la muestra el elemento azar, pero

sobre campos delimitados en base a criterios específicos y que requieren conocimientos especializados del investigador. Esto ha marcado los dos criterios ya señalados: el tiempo de la muestra y los lugares donde se observarán los fenómenos procesales.

Si bien se reconoce que la búsqueda exclusivamente en tribunales *comuna asiento de corte* puede parecer arbitraria, objetivamente este tipo de jueces conoce un volumen mayor de causas<sup>657</sup> y están situados dentro de centros urbanos regionales, por regla general capitales de región, por lo que aquello brinda mayor posibilidad de encontrar causas de tutela laboral, dada la mayor urbanización y complejidad de las relaciones laborales que allí se producen. Y de hecho así ocurrió.

No obstante, como dato subsidiario, en aquellos Juzgados de Letras del Trabajo, ubicados en comuna asiento de Corte, en que no existían causas con los parámetros buscados, se procedió a efectuar la búsqueda respecto de tribunales que siguieran inmediatamente en cuanto a volumen demográfico y de importancia en cada sector de la división político-administrativa. Así ocurrió, por ejemplo, en la Región del Libertador Bernardo O'Higgins donde pese a que se encontraron causas para el año 2018 dentro de los parámetros, éstas no contenían íntegramente disponibles la totalidad de registro de actuaciones procesales documentadas, o derechamente no tenían disponible los *e-book*., En este caso, se debió proceder a la búsqueda de causas en el Juzgado de Letras del Trabajo de San Fernando, ubicado en la ciudad de San Fernando, segundo núcleo urbano de la región.

### **Criterio de sustancial**

Es el criterio donde probablemente encontremos la mayor expresión que define a la muestra casual o randomizada y por racimo. La búsqueda se focalizó no en cualquier tipo de causas laborales. En primer término, debía tratarse de

---

<sup>657</sup> Al respecto pueden verse, los números del propio Poder Judicial de Chile, disponibles en: <https://numeros.pjud.cl/Territorio>.



causas sobre tutela de derechos fundamentales del trabajador, con relación laboral vigente o bien con ocasión del despido.

En segundo lugar, debía tratarse de juicios con sentencia estimatoria. Esto tiene mucha relevancia y se explica porque lo que se observará es necesariamente el comportamiento casuístico de técnicas que están diseminadas desde los primeros actos procesales y particularmente vigorizados en el acto de juicio. De hecho, entrelazadas estas técnicas deben ser miradas en su global aplicación, desde que se ingresa al juicio hasta la sentencia de instancia.

Luego, tiene una menor utilidad observar la tramitación de causas que culminan con sentencias sin pronunciamiento sobre medidas coercitivas, o reparatorias o en que se haya confirmado o no el uso y preponderancia de la técnica de indicios, o en que no haya referencia a las solicitudes de congruencia procesal para dar lugar a manifestaciones de tutela no resarcitoria o preventiva, etc.

En todo caso esto no facilitó el trabajo. Un dato inmediato que se obtuvo de la sola pesquisa inicial azarosa es que la mayoría de las causas por vulneración de derechos fundamentales en relaciones laborales o con ocasión del despido son rechazadas.

### **Procedimiento para la toma de muestra**

El procedimiento para llevar a cabo la búsqueda, luego de analizados los criterios definidos, fue el siguiente:

- a. En el buscador ya referido, se inicia búsqueda mediante el uso de palabras claves: *tutela laboral* y *tutela de derechos fundamentales*. En el apartado sobre el período a buscar, se indicaba el año específico, por ejemplo: desde el 1 de enero de 2018 a 31 de diciembre de 2018. Se agrega para precisar en el tipo de tribunal a buscar: Juzgados de Letras del Trabajo y Juzgados de Letras. Sólo se escogió por factor relevancia, una causa para cada territorio jurisdiccional, luego por cada año se

cuenta con 17 causas completas. Es decir, un total de 51 causas, considerando que son tres años de análisis.

- b. Se registró el total de resultados obtenidos por el buscador y se procede a la pesquisa de las sentencias que eran acogidas una a una, agrupando los fallos por *relevancia* que fue el criterio que ofreció por defecto el buscador.
- c. Pesquisada la sentencia, se corrobora mediante el Rol, que ésta tuviese registro completo disponible en *e-book*, en el portal del Poder Judicial y se procedió a la descarga completa de los documentos de instancia y de tramitación en cortes.
- d. Una vez con los *e-books* descargados, se procede a la síntesis, análisis y agrupamiento de los datos obtenidos.<sup>658</sup>

### **La forma de la observación no participante**

Como se trata de abundante información, en especial por la abultada cantidad de actos procesales registrados en cada *e-books*, cuyas fuentes son las partes, terceros y el juzgador, se ha optado por presentar los datos sintéticamente agrupando las observaciones desde las distintas categorías que ya analizáramos en los capítulos II y IV como *notas distintivas* de las tutelas procesales diferenciadas.

Esto significa que no se efectuará un análisis lineal de los cincuenta y un juicios, sino que se ha dividido estructuralmente la exposición, de la forma que se detalla:

- a. **Legitimación ampliada** (486 y 489 CT). Se hará mención especial respecto de la intervención o no de los sujetos *no trabajador*, que pueden iniciar el

---

<sup>658</sup> Debo agradecer especialmente en este apartado, la encomiable colaboración que recibí de los ayudantes de la cátedra y miembros del Semillero de Derecho Procesal de la U. Católica del Norte, Coquimbo, Srtas. Fernanda Aguirre Musa, María Gracia González y Sr. Manuel Cabrera Varas. Sin ellos el trabajo de selección, agrupamiento y síntesis de los datos no habría sido posible para luego elaborar este capítulo.

juicio o bien participar de él excepcionalmente como lo son la Inspección del Trabajo y las organizaciones sindicales.

- b. **Reforzamiento de las salidas colaborativas para la composición de la litis** (486 inc. Final CT). Se observará el comportamiento en este caso de la *mediación laboral* y la real participación de los actores en este tipo de procedimientos. Especialmente si se trató de mediaciones voluntarias u obligatorias, como es el caso en que interviene la Inspección del Trabajo, cuando existe relación laboral vigente (Art. 486 inciso 6° CT). Del mismo modo se procederá con la observación de la conciliación como método autocompositivo procesal.
- c. **Indicios y alivio probatorio** (493 CT). Sin duda, la más importante de las técnicas a observar. Se pondrá especialmente énfasis en su construcción temprana, tanto por las partes litigantes mediante la exigencia de los indicios reveladores y luego, con la forma en que se utilizan y receptionan en el acto de juicio.
- d. **Técnicas de cognición sumarial no cautelares** (492 en relación con el 490 CT). Especialmente las solicitudes, fundamentos y concesiones de casos de técnica anticipatoria, contenidos en el Art. 492 del CT.
- e. **Técnicas procesales de naturaleza inhibitoria, preventiva y en general de tutela no resarcitoria** (495 CT) **y flexibilidad de la congruencia procesal**. Se observará tanto el comportamiento de los litigantes como del juzgador frente a este cúmulo de remedios sistémicos establecidos por el legislador, en torno a técnicas inhibitorias, restitutorias y resarcitorias. Es de suma importancia poder cotejar si efectivamente encontramos en la muestra un real desapego de la congruencia procesal en pro de entregar una respuesta más completa y compleja, dadas las características y potestades con que cuenta el juez de instancia en el PTL.
- f. **Medidas coercitivas** (492 y 495 CT). Tanto al inicio del juicio como en su desenlace, el procedimiento en estudio permite a los litigantes solicitar, y

al juez de instancia decretar, este tipo de medidas. Se pondrá especial atención con el uso, fundamento y estimación o desestimación de este tipo de solicitudes o de iniciativas oficiosas.

Finalmente, tres alcances generales previo a pasar a la tabla que resume la muestra. Como puede verse, solo se pesquisan y analizan aquellos puntos referidos en el capítulo II, como elementos que se apartan de la matriz decimonónica del juicio ordinario clásico civil, porque ya se analizaron en lo jurídico normativo, las disposiciones orgánicas y también la intencionalidad como *notas generales distintivas*. Tampoco se observará ni analizará con detención el comportamiento judicial de la regla del Art. 488, sobre la preferencia para la vista y fallo porque es una regla de ordenación económica y doméstica de causas del tribunal, no depende de la actividad de las partes, ni de la tramitación, ni de decisiones del juez concreto.

En segundo lugar, siempre y en todo momento, la observación comprenderá tanto las peticiones de las partes litigantes, el comportamiento de los terceros en juicio y las resoluciones que provienen desde el tribunal. Todo especialmente en la forma en que estas técnicas se solicitan para ser aplicadas y como responden frente a esto los jueces en especie, o si en su defecto hay actividad oficiosa.

Como nota final, se apunta lo ya dicho en relación con tratarse de análisis casuístico de instancia, sin embargo, se hará expresa referencia a los casos en que las decisiones del primer grado sean revocadas, modificadas o anuladas por tribunales superiores. Esto en todo caso, con un matiz importante: si la causa en análisis llegó hasta la Corte Suprema de Justicia, por acogerse a tramitación Recurso de Unificación y se dicta una sentencia de reemplazo distinta, esta no se analizará en el fondo pues pertenece al pronunciamiento de los tribunales superiores y la muestra de este trabajo es respecto de tribunales de instancia. Lo propio ocurre cuando una Corte de Apelaciones estima un Recurso de Nulidad Laboral y dicta una sentencia de reemplazo.

No obstante, en caso de acogerse el referido medio de impugnación, y que esto provoque la producción de un nuevo juicio oral para que se dicte nueva sentencia

por juez no inhabilitado, en tal caso si habrá observación y análisis pues en tal caso, la sentencia analizada (la de reemplazo) es dictada por un juez de primera instancia.

### **En relación al ACTA 44-2022, sobre reserva datos personales**

Un dato importante a considerar, y del que se debe dejar al menos huella, es que durante la etapa de selección de las causas que componen la muestra final, se dictó por la Corte Suprema de Justicia de Chile, el Acta 44-2022, específicamente en febrero de 2022, y con expresa disposición de que comenzaría a regir a partir del 01 de julio de este mismo año.<sup>659</sup>

Este auto acordado, tiene por objeto regular los criterios respecto de la publicidad tanto de las sentencias como de las carpetas electrónicas. En concreto, viene a hacer coherente las disposiciones sobre datos sensibles contenidas en diversas normas jurídicas chilenas y el contenido de las sentencias y carpetas electrónicas que maneja y aloja el Poder Judicial en la Oficina Judicial Virtual, para proteger la honra, intimidad y privacidad de las personas. Entre estos datos sensibles, se encuentran, por ejemplo, aquellos actos procesales que contienen referencias al estado de salud mental o física de una persona, o a datos relativos a la sexualidad o integridad sexual de las personas.<sup>660</sup>

Se menciona este último ejemplo porque, este tipo de sentencias y carpetas electrónicas pueden eventualmente sufrir *anonimización parcial*, es decir restringirse por parte del Poder Judicial a datos concretos de la tramitación del juicio y de la sentencia, especialmente datos de individualización de las personas involucradas.

Es muy común que las causas sobre *tutela laboral* versen o al menos contengan información relativa a la vulneración de derechos fundamentales relacionados con estos aspectos sensibles. Por ello, es importante hacer la aclaración que sigue.

---

<sup>659</sup> CSJ, Acta 44-2022, Art. 14.

<sup>660</sup> CSJ, Acta 44-2022, Art. 4°, parte segunda.

Las búsquedas, recopilación y descarga de documentos en las causas que componen la muestra, fueron desarrolladas por el suscrito entre los meses de enero y mayo de 2022. Por ello, toda la información recabada y leída se hizo antes de la entrada en vigencia del Acta 44-2022, sin vulnerar la normativa vigente, y por ello se pudo acceder a algunos *e-books* que luego no estuvieron disponibles. Sin embargo, se hace presente, para no dar lugar a ninguna interpretación equívoca, que los datos contemplados en dichas causas (ahora reservadas) para efectos del presente trabajo mantendrán su total anonimización. No habrá durante la exposición nombres ni detalles que permitan identificar a personas determinadas, salvo los datos generales de las causas, que permitan verificar simplemente la veracidad de los datos aportados, observados y analizados.

De este modo, hacemos hincapié en que la investigación respeta íntegramente tanto la normativa legal y judicial relativa al uso y tratamiento de datos sensibles.

#### **TABLA SUMARIA DE LA MUESTRA**

La siguiente es un resumen a modo de explicación gráfica del total de causas escogidas conforme los criterios que más arriba ya se han latamente explicado. En ellas se contiene el registro de las causas con sus identificadores de Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y primera instancia. Además, se indica la caratula de cada causa, el estado procesal del juicio, especialmente de la sentencia de instancia y las técnicas diferenciadas que fue posible pesquisar en su tramitación.

Se observarán un total de 51 causas, que corresponden a una selección randomizada y de racimo de un total de 2343 causas de instancia, filtradas por rango de fechas entre el 01 de enero de 2018 y 31 de diciembre de 2020 delimitados temporal, territorial y sustancialmente, entre los años referidos.

Acá el cuadro de búsqueda de la plataforma con indicadores y filtros de tiempo palabras comunes y tribunales buscados:

The screenshot shows the VLEX website interface. At the top, there is a search bar with the text 'tutela de derechos fundamentales del trabajador' and a search icon. To the right, it says 'Chile' and 'Vincent Anaya tu documento'. Below the search bar, there is a navigation menu on the left with categories like 'Todos los contenidos', 'Legislación y Normativa', 'Jurisprudencia' (highlighted in yellow with 2343 results), 'Doctrina Administrativa', 'Libros y Revistas', 'Blogs', 'Contratos y Formularios', 'Proyectos Normativos', 'Noticias', 'Normatividad', and 'Boletines Oficiales'. The main content area shows search results for 'tutela de derechos fundamentales del trabajador' with 2343 results. The results list includes several sentences (Sentencia N° T-1327-2019, T-1393-2019, T-134-2019) with brief descriptions of the cases and their dates.

Se hace nuevamente presente, que, para identificar cada año, lo relevante es observar el indicador temporal de enrolamiento de cada causa. Aquello es posible observarlo en la casilla “Primera instancia” que figura en la tabla.

### Listado de causas año 2018

Corte Suprema	Corte de Apelaciones	Primera Instancia	Partes o caratulado	Estado Sentencia	Técnicas diferenciadas presentes
32.692-2018 (Recurso de unificación rechazado)	98-2018 ICA Arica.	T-43-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Arica.	REJAS / DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS	Sentencia revocada por la ICA y confirmada por la CSJ.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria.
2225-2019 (Unificación declarada inadmisibile).	130-2018 ICA Iquique.	T- 22- 2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique	LIRA / CARABINEROS DE CHILE	Sentencia revocada por la ICA.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de cognición sumarial no cautelares. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria y

					flexibilidad de la congruencia procesal. Medidas coercitivas.
7915-2019 (Recurso de unificación declarado inadmisibles)	405-2018 ICA Antofagasta.	T- 20-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.	MUÑOZ / INSTITUTO NACIONAL DEL DEPORTE	Sentencia confirmada por ICA.	Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	150-2018 ICA Copiapó.	T-5-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.	VILLALOBOS / SERVICIO DE SALUD ATACAMA	Sentencia confirmada por ICA.	Indicios y alivio probatorio. Medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	219-2018 ICA La Serena.	T-30-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.	AHUMADA Y OTROS / UNIVERSIDAD DE LA SERENA	Abandonado el recurso en Corte. Sentencia confirmada.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de cognición sumarial no cautelares. Tutela no resarcitoria. Flexibilidad de la congruencia.
4580-2019 (Recurso de unificación de jurisprudencia rechazado)	718-2018 ICA Valparaíso.	T-312-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.	FLORES / CORPORACIÓN MUNICIPAL DE VALPARAÍSO PARA EL DESARROLLO SOCIAL	Se acogió Recurso de Nulidad en ICA. Se dicta sentencia de reemplazo.	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria. Medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	2889-2018 ICA Santiago.	T-87-2018 Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.	OLIVARES / HOSPITAL DIPRECA	Recurso de Nulidad acogido, Sentencia de reemplazo.	No hay uso de ninguna técnica diferenciada.
No hay rol de CSJ.	669-2018 ICA San Miguel.	T-147-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel.	RIVEROS/ ARRIEN DO DE MAQUINARIAS PARA LA	Recurso de nulidad abandonado en su tramitación de	Indicios y alivio probatorio. Técnicas procesales de



			CONSTRUCCIÓN RIVALCO E HIJOS LIMITADA	Corte. Sentencia confirmada por ICA.	tutela no resarcitoria. Medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	158-2019 ICA Rancagua. Rol del segundo recurso de nulidad en Corte: 172 - 2021 ICA Rancagua.	T-6-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de San Fernando.	MOSCOYO / DIRECCIÓN GENERAL DE CARABINEROS.	En rol 158-2019 la Corte anula el juicio. El segundo juicio intentó ser anulado, pero se declaró inadmisibile la nulidad (172-2021).	Técnicas procesales de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de la congruencia procesal. Medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	445-2018 ICA Talca	T-12-2018 y T-14-2018 (acumulada ) Juzgado de Letras del trabajo de Curicó.	INSPECCIÓN DEL TRABAJO CURICÓ / RIPLEY STORE LTDA.	Recurso de nulidad abandonado en su tramitación de Corte. Sentencia confirmada por ICA.	Legitimación ampliada. Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria. Medidas coercitivas
No hay rol de CSJ.	245-2018 ICA Chillán.	T-32-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán.	GARCÍA / CORPORACIÓN EDUCACIONAL.	Avenimiento patrimonial en ICA, forma anómala de término del proceso.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria.
No hay rol de CSJ.	550-2018 ICA Concepción	T-133-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción	URRUTIA / PARIS ADMINISTRADOR A LIMITADA.	Se rechaza recurso de nulidad. Confirmada	Indicios y alivio probatorio. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de la congruencia procesal.
No hay rol de CSJ.	473-2018 ICA. Temuco. Rol nulidad de la sentencia	T-73-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.	FAUNDES / U. CATÓLICA DE TEMUCO	ICA de Temuco invalida la sentencia de primer grado y ordena	Indicios y alivio probatorio. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria.

	de reemplazo (por segundo juicio): 486- 2019			nuevo juicio. En este segundo juicio, durante la tramitación del recurso de nulidad se produjo avenimiento en ICA.	Medidas coercitivas.
32.740-18 (Recurso de unificación acogido)	212-2018 ICA Valdivia.	T- 43-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia.	LARSEN/FISCO DE CHILE	Recurso de nulidad rechazado por la ICA de Valdivia. Sentencia revocada en la CSJ por recurso de unificación de jurisprudencia .	Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	392-2018 ICA Puerto Montt.	T- 44 - 2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt.	YÁÑEZ / I. MUNICIPALIDAD DE PUERTO MONTT	Sentencia confirmada por la ICA de Puerto Montt.	Indicios y alivio probatorio. Flexibilidad de la congruencia procesal. Medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	No hay rol de ICA.	T-23-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique.	SOTO/RIFFO	No se interpuso recurso de nulidad ante ICA de Coyhaique.	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	1-2019 ICA Punta Arenas	T-34-2018 Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas.	RETAMAL/CUER PO MILITAR	Confirmada por ICA de Punta Arenas.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de la congruencia procesal.

### Listado de causas año 2019

Corte Suprema	Corte de Apelaciones	Primera Instancia	Carátula o Partes	Estado Sentencia	Técnicas Diferenciadas
22.396-2019 (Recurso de unificación rechazado)	73-2019 ICA Arica.	T-4-2019 Juzgado de Letras del Trabajo de Arica.	OJEDA OJEDA / GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA.	Confirmada por la ICA de Arica.	Indicios y alivio probatorio.
2.550-20 (Recurso de unificación declarado inadmisibile)	101-2019 ICA de Iquique.	T-42-2019 Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique.	CORTÉS / HOSPITAL REGIONAL DR. ERNESTO TORRES GALDAMES	Revocada por la ICA	Indicios y alivio procesal. Técnicas de tutela no resarcitoria. Medidas coercitivas. Flexibilidad de congruencia.
No hay rol de CSJ.	353-2019 ICA Antofagasta.	T-3-2019 Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.	BRANDT / CORPORACIÓN DE DESARROLLO SOCIAL ANTOFAGASTA	Confirmada por la ICA.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria Flexibilidad de congruencia.
No hay rol de CSJ.	150-2019 ICA Copiapó.	T-17-2019 Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.	KOMORI / FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE ATACAMA	Revocada por la ICA	Indicios y alivio probatorio. Suspensión de los efectos del acto bajo apercibimiento. Técnicas de tutela no resarcitoria. Medidas coercitivas. Flexibilidad de congruencia.
No hay rol de CSJ.	99-2020, ICA La Serena.	T-157-2019 Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.	TELLO / SERVICIO LOCAL DE EDUCACIÓN PUERTO CORDILLERA	Confirmada por la ICA.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de cognición sumarial no cautelares Técnicas de tutela no resarcitoria.

9.885-2020 (Recurso de unificación acogido y sentencia de reemplazo)	778-2019 ICA Valparaíso.	T-8-2019 Juzgado de Letras de San Antonio.	ROMERO / TRANSPORTES NAVARRO	Confirmada por la ICA. (Revocada luego por la CS)	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio.
36.430-2019 (Recurso de unificación declarado inadmisibile)	566-2019 ICA San Miguel.	T-105-2019 Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel.	ALARCÓN Y OTROS / HOSPITAL BARROS LUCO TRUDEAU	Revocada por la ICA.	Técnicas de tutela no resarcitoria Indicios.
63.268-20 (Recurso de unificación declarado inadmisibile)	140-2020 ICA Rancagua	T-71-2019 Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua	SENRA /MINISTERIO DE EDUCACIÓN	Revocada por la ICA.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria. Medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	397-2019 ICA Talca.	T-11-2019, Juzgado de Letras del Trabajo de Talca.	POBLETE/MAD ERAS SALAS Y CIA LTDA.	Terminada en ICA de Talca por avenimiento total.	Reforzamiento de métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio. Tutela no resarcitoria.
No hay rol de CSJ.	No hay rol de ICA.	T-11-2019 Juzgado de Letras de Chillán.	LABRA/REYES	No hay pronunciamiento de la ICA.	Indicios y alivio probatorio. Métodos de autocomposición reforzados (Conciliación inspección).
91.132-2021 (Recurso de unificación declarado inadmisibile)	449-2019 ICA Concepción.	T-468-2019, Juzgado de Letras de Trabajo de Concepción.	SILVA/DISTRIB UIDORA Y COMERCIALIZ ADORA S.A.	Terminada en ICA de Concepción por Avenimiento total aprobado.	Indicios y alivio probatorio, técnicas de tutela no resarcitoria y medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	323-2019 ICA Temuco.	T-62-2019, Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.	MARTINEZ/RIP LEY STORE SPA	Terminada con avenimiento total aprobado por la ICA de Temuco.	Reforzamiento de métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio, técnicas de tutela no resarcitoria.

					Flexibilidad de congruencia.
No hay rol de CSJ.	159-2019, ICA Valdivia.	T-19-2019, Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia.	CAUSI/CAFÉ Y PASTELERÍA HEIDY ANDREA OTEY ROSAS, EIRL.	Terminada con avenimiento total aprobado por la ICA de Valdivia.	Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	116-2020, ICA Puerto Montt.	T-63-2019, Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt.	ABELLO/PATA GONIA COLLEGE CORPORACION EDUCACIONAL	Confirmada por ICA de Puerto Montt.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas procesales de tutela no resarcitoria. Medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	21-2019, ICA Coyhaique	T-6-2019, Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique.	ARRIAGADA/C ASANOVA	Confirmada por ICA de Coyhaique.	Reforzamiento de métodos autocompositivos. indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	3-2020, ICA Punta Arenas.	T-47-2019, Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas.	SOTO/MANCILLA	Confirmada por ICA de Punta Arenas.	Indicios y alivios probatorios. Técnicas de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de congruencia.
No hay rol de CSJ.	No hay rol de ICA (sin pronunciamiento).	S-33-2019, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.	DIRECCIÓN DEL TRABAJO/KONEXIA S.A	Sentencia ejecutoriada sin que ICA haya conocido de la causa.	Reforzamiento de métodos autocompositivos. Legitimación ampliada. Indicios y alivio probatorio. Tutela no resarcitoria.

### Listado de causas año 2020

Corte Suprema	Corte de Apelaciones	Primera Instancia	Partes o caratulado	Estado Sentencia	Técnicas diferenciadas presentes
No hay rol de CSJ.	52-2020, ICA Arica.	O-47-2020, Juzgado de Letras	SOTELO PREDIO NADIA Y OTROS/GOLDEN OMEGA S.A.	Revocada por ICA de Arica (Recurso de nulidad)	Indicios y alivio probatorio.

		del Trabajo de Arica.		acogido, se dicta sentencia de reemplazo)	
4373-2021 (Recurso de unificación declarado inadmisibile).	158-2020, ICA Iquique.	T-187-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique.	ROJAS/CIA. PESQUERA CAMANCHACA S.A.	Confirmada por ICA de Iquique.	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de congruencia.
No hay rol de CSJ.	No hay rol de ICA.	T-327-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.	SALDIVIA/CIA. DE SEGUROS VIDA CONSORCIO NACIONAL DE SEGUROS S.A.	Sentencia de instancia ejecutoriada. (Avenimiento posterior a la sentencia).	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio.
35.537-2021 (Recurso de unificación inadmisibile)	20-21, ICA Copiapó.	T-41-2020, Juzgado de Letras de Copiapó.	VALDIVIA/TRANSPORTES VERASA Y SPA.	Confirmada por ICA de Copiapó.	Indicios y alivio probatorio.
92.565 (Recurso de unificación inadmisibile)	92-2021, ICA La Serena.	T-29-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.	ARANCIBIA/CORPORACIÓN COLEGIO ALEMÁN DEL ELQUI	Confirmada por ICA de La Serena.	Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	27-2022, ICA Valparaíso	T-10-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.	ZAMBRANO/NATURAL RESPONSE	Término de la causa por vía de avenimiento total en ICA de Valparaíso.	Reforzamiento de métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	1782-2021, ICA de Santiago. (Recurso de nulidad	T-1172-2020, Segundo Juzgado de Letras del	MARDONES/MAÑAN Y MAÑANA MORALES LTDA.	Confirmada por ICA de Santiago.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria.

	declarado abandonado)	Trabajo de Santiago.			
No hay rol de CSJ.	323-2022, ICA San Miguel.	T-103-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel.	CASANGA/INGENIERÍA E INVERSIONES ENDUELEC CHILE LTDA.	Confirmada por ICA de San Miguel.	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	367-2021, ICA Rancagua.	T-11-2020, Juzgado de Letras de Rengo.	MUSSA/MUNICIPALIDAD DE RENGÓ	Confirmada por ICA de Rancagua.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria.
No hay rol de CSJ.	20-2021, ICA Talca. (Recurso de nulidad acogido, se ordena dictar sentencia de reemplazo solo sobre despido injustificado)	T-23-2020, Juzgado del Trabajo de Talca.	ESCOBAR/FUNDACIÓN BEATO HERMANO SALOMÓN.	Revocada por ICA de Talca en la parte referida a la estimación de la tutela laboral.	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	No hay rol de CSJ.	T-69-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán.	FUENTES CON FORUS S.A.	Sentencia firme y ejecutoriada. Sin embargo, se celebra avenimiento posterior, aprobado por el tribunal.	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	347-2021, ICA Concepción.	T-57-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.	LEIVA/SERVICIO NACIONAL DE TURISMO	Revocada por ICA de Concepción.	Indicios y alivio probatorio.
No hay rol de CSJ.	254-2020, ICA Temuco.	T-71-2020, Juzgado de Letras del	HORMAZÁBAL/SANTOS	Confirmada por ICA de Temuco.	Reforzamiento de los métodos autocompositivos.

		Trabajo de Temuco.			Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria.
No hay rol de CSJ.	80-2021, ICA Valdivia.	T-72-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia.	VALDEBENITO/SERVICIO DE SALUD DE VALDIVIA.	Término de la causa por avenimiento total en ICA de Valdivia.	Reforzamiento de los métodos autocompositivos. Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de la congruencia. Medidas coercitivas.
91.778-2021 (Recurso de unificación inadmisibile)	190-2021, ICA Puerto Montt.	T-11-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt.	CARO/SERVICIO DE SALUD DEL RELONCAVI	Revocada por ICA Puerto Montt. (Sentencia de reemplazo rechaza tutela laboral por falta de indicios).	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de la congruencia.
No hay rol de CSJ.	64-2021, ICA Coyhaique	T-20-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique	MUÑOZ/CORPORACIÓN EDUCACIONAL CLUB DE LEONES DE COYHAIQUE	Confirmada por ICA de Coyhaique.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de la congruencia. Medidas coercitivas.
No hay rol de CSJ.	62-2021, Corte de Apelaciones de Punta Arenas.	T-25-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas.	VILLEGAS /JUNTA NACIONAL DE JARDINES INFANTILES	Confirmada por ICA Punta Arenas.	Indicios y alivio probatorio. Técnicas de tutela no resarcitoria. Flexibilidad de congruencia.



## ANÁLISIS DE LAS CAUSAS EN RELACIÓN AL USO Y RECEPCIÓN DE LAS TÉCNICAS PROCESALES DIFERENCIADAS

Ya habiendo explicado los términos formales de la investigación y el método utilizado para la búsqueda, agrupación, síntesis y análisis de datos, corresponde ahora, la etapa de la descripción respecto de la observación no participante.

Se utilizará una recapitulación breve respecto de cada técnica en particular, porque una mayor profundidad ya fue abordada en el capítulo IV de este trabajo, luego se expondrán los datos recabados para cada una de ellas respecto del total de causas y luego se efectuarán los comentarios en relación a las causas en que estos tópicos fueron pesquisados. Finalmente se ofrecerán conclusiones que la muestra arrojó, en torno a la real aplicación de cada técnica,

### **En relación con la legitimación ampliada (486 y 489 CT)**

Conviene recordar algunas cuestiones generales en cuanto a la diferenciación que hace el Código del Trabajo respecto de quienes pueden o no provocar el ingreso al proceso, tener habilitación para desplegar actos procesales y en definitiva eventualmente lograr obtener una sentencia sobre el mérito.

De inicio digamos, que los comentarios acá se centran en la legitimación activa, no en la pasiva. Lo anterior en consideración a que esta es la categoría dentro de la legitimación, que positiva e intencionalmente se intenta diferenciar en el PTL.

Conforme los Artículos 486 y 489 del Código del Trabajo, a modo de recapitulación, encontramos dos grandes hipótesis. Una de ellas es el caso en que la demanda en PTL se impetra luego de producida la desvinculación o despido, comúnmente denominado PTL *con ocasión del despido*. Una segunda situación, es aquella en que se postula ante el tribunal un requerimiento de tutela laboral, estando vigente el vínculo de subordinación y dependencia.

La primera de las hipótesis normativas es sin duda la más frecuente, como se ha advertido por la doctrina hace ya bastante tiempo,<sup>661</sup> y que veremos confirmada plenamente en los datos que la muestra expresa.

Del total de causas revisadas, sólo en 14 (27,4 % del total) de ellas el proceso por vulneración de derechos fundamentales laborales se inició estando vigente la relación laboral.

Esto es muy relevante porque, de conformidad al Art. 489 inciso primero del CT, estando extinto el vínculo laboral, se reduce considerablemente la utilización y aplicación práctica de esta técnica diferenciada y la posibilidad de pesquisar, en estricto *sensu*, casos de legitimación *activa* ampliada.

La tendencia absolutamente mayoritaria, demuestra que, entre estas 51 causas, la idea de un requerimiento judicial para este tipo de procedimiento es totalmente excepcional y por ende también lo será la intervención como partes principales o indirectas de los sujetos públicos o privados a quienes se ha ampliado la legitimación activa.

Recordemos que se trata de las organizaciones sindicales y también de la Inspección del Trabajo. Ambas podrían, además del trabajador, ser quienes inician un PTL por medio de lo que la ley denomina erradamente *denuncia*, también (sin que sea condición lo primero) hacerse parte y detentar actividad procesal de conformidad a las reglas comunes del Código de Procedimiento Civil, en su artículo 16.<sup>662</sup>

Traemos a colación el art. 16 del Código de Procedimiento Civil porque es la única regla dentro del ordenamiento procesal chileno que se refiere a la actividad procesal de parte y su contenido. En definitiva aquello implica, hacer alegaciones, rendir prueba, utilizar los plazos establecidos por la ley procedimental, pedir ampliación de dichos términos cuando sea procedente, e interponer recursos judiciales. Esto debe necesariamente matizarse e integrarse de contenido con los

---

<sup>661</sup> Cfr. CONTRERAS y PALOMO, "Los procedimientos laborales...", 47-58.

<sup>662</sup> Norma aplicable en la especie, por reenvío del Art. 432 del Código del Trabajo.

tratados sobre derechos fundamentales procesales, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos, a propósito de su artículo octavo.

Hasta acá, de acuerdo a lo dicho, no hay grandes novedades. Sin embargo, la observación de los procesos judiciales escogidos trae algunas particularidades que comentar.

Lo primero es que en solo dos (3,9% del total) de las causas analizadas se produce la intervención como parte principal (demandante que inicia el proceso judicial) de la Inspección del Trabajo y de los sindicatos de empresa.<sup>663</sup> Esto es coherente si consideramos lo dicho *supra*; que en la mayoría de las causas opera la limitación del inciso primero del Art. 489 del Código. Es decir, demandas fundadas en hechos producidos con ocasión del despido tienen por titular únicamente al trabajador afectado.

Sin embargo, se produce un fenómeno que matiza un poco estos datos y que fue posible pesquisar en al menos cinco juicios.<sup>664</sup>

En ellos, existiendo habilitación para que la Inspección del Trabajo participara, al menos en calidad de terceros coadyuvante esto no ocurrió. Pongo énfasis en esta última afirmación, porque el Art. 486 del CT podemos dividirlo en dos fases respecto de la legitimación. Una que les permite a estos sujetos de derecho iniciar y promover el PTL y otra, en que si bien es el trabajador afectado quien demanda, les faculta al menos para acompañar o empujar las pretensiones del trabajador afectado en la modalidad de parte coadyuvante.

En el caso de la Inspección del Trabajo, esta legitimación ampliada aumenta su intensidad, porque cuando conoce de hechos vulneratorios en el ámbito de

---

<sup>663</sup> Causas roles T-12-2018 del JLT de Curicó y S- 33- 2019 del 1° JLT de Santiago.

<sup>664</sup> Causas roles T-5-2018 del JLT de Copiapó, T-32-2018 del JLT de Chillán, T-44-2018 del JLT de Puerto Montt, T-187-2020 del JLT de Iquique y T-20-2020 del JLT de Coyhaique.

sus atribuciones, promover el PTL se transforma en un deber legalmente establecido.

En estas cinco causas referidas, si bien es cierto no existió denuncia previa en la Inspección, o procedimiento administrativo de fiscalización antes del juicio, ni tampoco mediación previa, si existió en todas ellas, requerimiento de oficio por parte del tribunal competente para que el órgano mencionado emitiera el informe que señala el Art. 486 del CT inciso tercero. Luego, tomó efectivamente conocimiento de los hechos vulneratorios, y sin razón aparente, simplemente no se hace uso de la facultad de concurrir al juicio.

Es importante además hacer presente que en ninguna de las causas presentes en la muestra, iniciadas durante relación laboral vigente, las partes pidieron por medio de sus apoderados que se requiriera el informe de la Inspección del Trabajo.

En diverso sentido, fue posible advertir que, en siete de las causas iniciadas con relación laboral vigente,<sup>665</sup> ante la inexistencia total de requerimientos de intervención respecto de la Inspección del Trabajo, es prácticamente imposible que ésta haya tomado conocimiento de los hechos vulneratorios, quedando en la imposibilidad fáctica de poder denunciar los hechos judicialmente o hacerse parte. Dichos requerimientos podían tener como fuente la vía administrativa previa para fiscalización o para el inicio de la mediación, o bien para la emisión del informe del Art. 486 inciso 3° del CT.

Conviene agregar, que en cuanto a la limitación del Art. 489 inciso primero también es posible advertir algunas particularidades respecto de su aplicación. Normativamente la limitación para que la Inspección pueda estar legitimada de requerir tutela en favor del trabajador, supone que el juicio se inicia con la demanda que contiene una relación de hechos *con ocasión del despido*. Sin

---

<sup>665</sup> Causas roles T-6-2018 del JLT de San Fernando, T-42-2019 del JLT de Iquique, T-3-2019 del JLT de Antofagasta, T-157-2019 del JLT de La Serena, T-105-2019 del JLT de San Miguel y T-62-2019 del JLT de Temuco.

embargo, en un caso,<sup>666</sup> es posible advertir que pese a rotularse la demanda por el apoderado de los trabajadores como *demanda tutela laboral con ocasión del despido*, éstos denunciaron previamente los hechos ante la Inspección del Trabajo, como acaecidos dentro de la relación laboral. De hecho, a propósito de dicha denuncia, se inició un procedimiento de reclamación administrativa que no prosperó y que terminó con una demanda luego de haberse disuelto el vínculo de subordinación y dependencia.

De lo analizado es posible afirmar que, una vez promovido el juicio ya no existe el deber de la Inspección, porque los hechos fundantes de la pretensión versan sobre una hipótesis de término de la relación laboral, y opera la limitación comentada. Sin embargo, al tiempo de denunciarse la vulneración, la Inspección tuvo pleno conocimiento de los hechos, en el ámbito de sus atribuciones y no denunció incumpliendo flagrantemente el deber legal establecido en el Art. 486 inciso 5°.

En igual sentido se observa una situación especial respecto de un par de juicios iniciados estando desvinculados los trabajadores demandantes.<sup>667</sup> En ellos, los hechos denunciados van progresivamente ocurriendo y escalando en gravedad hasta terminar con el quiebre formal de la relación (baja de la institución respecto de un carabinero). En términos materiales la demanda se incardina bajo la idea de haberse producido con ocasión del despido, por lo que siempre queda comprendido en la prohibición del Art. 489 inciso primero. No obstante, es interesante observar y apuntar que el comportamiento en ambos casos de las requirentes de tutela fue de no iniciar procedimiento alguno en tanto no se produjera la desvinculación.

Otra cuestión se da respecto del Rol T-147-2018, del JLT de San Miguel. En esta causa, se interpone una demanda de tutela laboral fundada en hechos acaecidos con ocasión del despido. Ello podría explicar por qué la Inspección del Trabajo no se hizo parte en el juicio. Sin embargo, la limitación del Art. 489 inciso

---

<sup>666</sup> Causa Rol T-34-2018 del JLT de Punta Arenas.

<sup>667</sup> Causas roles T- 87-2018 del JLT de Santiago y T-22-2018 del JLT de San Miguel.

primero sólo hace referencia a su vez, a los incisos primero y segundo del Art. 485 del CT y en este caso la demanda denuncia una vulneración a la *garantía de indemnidad*, regulada fuera de dichos incisos, por lo que perfectamente podría entenderse que quedaría excluida en este caso la limitación a la ampliación de legitimación activa. Por ende, era plenamente exigible el deber de la Inspección del Trabajo de haber promovido el inicio del PTL.

Finalmente, digamos que existe una causa en que directamente un sindicato pudo haberse hecho parte estando legitimado y no lo hizo. El caso es el Rol O-47-2020, del JLT de Arica, en que la vulneración denunciada atañe a trabajadores sindicalizados, tomando conocimiento de ello esta organización.

A modo de conclusión parcial, respecto de esta innovadora técnica que proponía integrar al juicio de tutela de derechos fundamentales, a actores relevantes (públicos o privados) que detentan un interés legítimo en favor de otros (trabajadores), y pese a tratarse de una acotada muestra, podemos afirmar que se trata de una minoría de causas aquéllos en que se utiliza la facultad que la ley dispuso para que especialmente la Inspección del Trabajo apoyara la pretensión de los denunciantes. Por otro lado, los casos en que intervienen los sindicatos son casi anecdóticos.

Lo más llamativo es que incluso pesquizamos una causa en que habiéndose conocido hechos vulneratorios de derechos fundamentales por la Inspección del Trabajo en la etapa administrativa (mediación), derechamente se incumplió el deber de denunciar. Cuestión no menor, por tratarse de una institución legalmente llamada a efectuar dicha denuncia.

#### **En relación al reforzamiento de los métodos autocompositivos (486 inc. Final CT)**

Es una cuestión de *moda* legislativa, que respecto de conflictos especialmente difíciles de abordar o necesitados de miradas interdisciplinarias, de tanto en cuanto incorporen técnicas de reforzamiento de la autocomposición, métodos alternativos (o adecuados) de solución de conflictos (MASC) o como quiera

llamárseles. No es la excepción el PTL. Sin embargo, no los contempla para todos los casos, ni tampoco explícitamente.

Hay que recordar que el Código del Trabajo chileno y su legislación específica complementaria,<sup>668</sup> contemplan la cabida de una mediación laboral en modalidad voluntaria y obligatoria. Estas normas contempladas en el Título VII del Libro II del texto referido, establecen la posibilidad de que empleador y trabajador, o empleador y trabajadores (en caso de conflictos colectivos) puedan requerir de común acuerdo la intervención de un mediador laboral (Inspector del Trabajo), o bien de que, en ejercicio de los deberes y facultades que el Art. 29 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 le ha impuesto al Inspector del Trabajo, éste pueda citar al empleador a mediación, luego de recibida una solicitud de reclamación o fiscalización. En estos dos casos descritos llamaremos siempre a la mediación como *voluntaria*.

Sin embargo, el Art. 486 inciso sexto del CT, contempla una hipótesis también de mediación *obligatoria* como requisito previo para que la Inspección del Trabajo interponga denuncia por infracción de derechos fundamentales laborales.

Deben agregarse, además, las posibilidades de *conciliación* de que disponen las partes en el PTL por expreso reenvío normativo, dada la aplicación de las normas sobre el procedimiento general aplicables en la especie.

Como es posible advertir, son variadas las alternativas para la autocomposición y tiene mucho sentido pues se trata de un problema multidisciplinar, con tintes evidentemente extrapatrimoniales, en que se ponen a prueba los ideales de paz social que fueron prometidos por parte de la doctrina procesal para explicar el fin de la jurisdicción.<sup>669</sup>

Antes de continuar, una prevención es necesaria. No podrán levantarse datos sobre el fondo de autocomposiciones exitosas, porque la muestra fue delimitada, como ya se enunció previamente, en cuanto al criterio sustancial, pensando en

---

<sup>668</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1967.

<sup>669</sup> Cfr. Hernando DEVIS, *Teoría general del proceso*, 3ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, 43.

que existiera demanda o denuncia que de inicio al PTL. Es decir, habiendo fracasado los medios alternativos a la jurisdicción.

La idea es recabar datos sobre su utilización, y en aquellos casos en que haya ocurrido, mostrar los factores relevantes de su fracaso.

Con todo lo anterior, la observación de la muestra expresa conclusiones no tan alentadoras sobre a la utilización de estas técnicas normativas. En solo dos de las causas se presentó el caso de mediaciones obligatorias que culminaron con denuncia de la Inspección del Trabajo.<sup>670</sup> En ambos casos, los empleadores comparecieron, pero las tratativas no pudieron concretarse en un acuerdo satisfactorio que diera por terminado el conflicto.

Por otra parte, en general, encontramos un 31% de los juicios (dieciséis causas) en las que existió promoción al menos de algún método autocompositivo en general.<sup>671</sup>

El porcentaje no es menor, es casi un tercio del total de las causas. Esto demuestra una importante presencia y coherencia de las técnicas de reforzamiento de métodos autocompositivos en procedimientos como el analizado. No obstante, este porcentaje debe ser matizado al desglosarlo, pues es posible advertir como gran característica común, la falta total y absoluta de utilización de la mediación previa voluntaria.

En cuatro de los juicios referidos<sup>672</sup> se arribó finalmente a un acuerdo dentro del proceso judicial por la vía de la *conciliación*, pero no por aplicación de las normas del CT sino por reconducción a las normas del juicio ordinario civil.

---

<sup>670</sup> Causas roles T-12-2018/T-14-2018 (acumulada) del JLT de Talca y S-33-2019 del 1° JLT de Santiago.

<sup>671</sup> Causas roles T-312-2018 del JLT de Valparaíso, T-12-2018/T-14-2018 (acumulada) del JLT de Talca, T-23-2018 del JLT de Coyhaique, T-8-2019 del JLT de San Antonio, T-11-2019 del JLT de Talca, T-62-2019 del JLT de Temuco, T-6-2019 del JLT de Coyhaique, T-11-2019 del JLT de Chillán, S-33-2019 del 1° JLT de Santiago, T-187-2020 del JLT de Iquique, T-103-2020 del JLT de San Miguel, T-23-2020 del JLT de Talca, T-71-2020 del JLT de Temuco, T-20-2020 del JLT de Coyhaique, T-32-2018 del JLT de Chillán y T-73-2018 del JLT de Temuco. Estas últimas dos, sin embargo, solo en cuanto se arribó a acuerdos en Cortes de Apelaciones.

<sup>672</sup> Causas roles T-11-2019 del JLT de Talca, T-62-2019 del JLT de Temuco, T-32-2018 del JLT de Chillán y T-23-2018 del JLT de Temuco.



En estas cuatro causas el término anormal del proceso se produjo por conciliaciones celebradas en Cortes de Apelaciones, a propósito de recursos de nulidad interpuestos por los litigantes derrotados en instancia, trayendo a colación supletoriamente las reglas del Código de Procedimiento Civil, específicamente los Artículos 262 inciso final y 263, que permiten que se produzca conciliación en cualquier estado de la causa. Estas normas tienen plena aplicación, por ser primero de general aplicación,<sup>673</sup> y segundo por el reenvío del Art. 432 del CT.

Lo anterior dada la falta de normativa procedimental para reglar la tramitación del recurso de nulidad laboral y emparentar, en la medida de lo posible, su sustanciación a la apelación civil común y corriente.

En estas cuatro causas, todos los acuerdos fueron de naturaleza patrimonial. Este dato fue algo inesperado pero entendible. Pese a existir sentencias condenatorias en las cuatro causas referidas, las partes decidieron de todas maneras promover acuerdos a efectos de evitar los problemas derivados de la ineficiencia de la ejecución procesal y su mora.<sup>674</sup>

Es necesario detenerse en una reflexión. Del total de causas en que se pesquisaron promoción de métodos autocompositivos, en ninguna de ellas las partes actuaron como solicitantes de mediación voluntaria en su hipótesis de petición conjunta, del artículo 378 del CT. Esto de alguna manera demuestra la distancia y el quiebre que existe en una vulneración de derechos fundamentales al interior de la relación laboral, especialmente en cuanto una litis que no se compone de cuestiones exclusivamente patrimoniales.

---

<sup>673</sup> Por aplicación del Art. 3 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>674</sup> Al respecto puede verse: Pablo MARTÍNEZ, "Los terceros y el proceso de ejecución laboral", en Rene RIVERO, Juan Carlos MARÍN y Francisco FERRADA, *Reformas necesarias a la justicia chilena*, Libromar, Santiago de Chile.

De las catorce causas en la que existió promoción de métodos autocompositivos<sup>675</sup>previos al inicio del juicio, cinco de ellos fracasaron las posibilidades de acuerdo por incomparecencia del empleador.

En las restantes nueve causas, con mediación previa al inicio del proceso judicial, todas terminaron en su mayoría porque el empleador simplemente se limitaba a desconocer la vulneración a derechos fundamentales, e incluso en una de ellas hasta la existencia de la relación laboral.<sup>676</sup> Las actas de mediación, que se acompañaron en autos dan cuenta de todos estos antecedentes. El mediador de la Inspección del Trabajo ponía en conocimiento los antecedentes, la fiscalización previa de la propia Inspección y sus conclusiones, pero se lee al pie de las actas (en formato tipo) “sin acuerdo”, quedando la parte denunciante habilitada para iniciar las acciones judiciales pertinentes.

Como dato casi anecdótico, en uno de los procesos observados, fue posible detectar una propuesta concreta del trabajador y del mediador para arribar a un acuerdo razonable, no sólo la lectura genérica de la situación, sino que una petición no patrimonial concreta: la reincorporación de un docente a un colegio en la Región del Maule. Sin embargo, aun así, el empleador no aceptó la propuesta desechando la posibilidad de avenir.<sup>677</sup>

Se puede observar por lo exiguo del registro de las actas de mediación, y por los casos de incomparecencia del empleador, que en no hay una real voluntad de los empleadores en el uso de este tipo de técnicas para evitar la judicialización de esta. En este sentido, es necesario recordar el dato general, postulado al inicio de este capítulo cuando se enunció que fue necesario acotar la búsqueda a procesos judiciales con sentencia estimatoria para poder analizar el uso de estas técnicas diferenciadas, puesto que la mayoría de las causas de tutela laboral dentro del universo general, se inclinan hacia una sentencia desestimatoria. Considerando lo anterior, puede ser relevante conectar ambos antecedentes. Ante menor riesgo

---

<sup>675</sup> Dos de las 16 causas no tuvieron mediación previa, pero si conciliación ante ICA. Se trata de las causas roles T-32-2018 del JLT de Chillán y -73-2018 del JLT de Temuco.

<sup>676</sup> Causa rol T-6-2019, del JLT de Coyhaique.

<sup>677</sup> Causa rol T-23-2020 del JLT de Talca.

de condena, menor es la motivación para participar de este tipo de métodos alternativos.

### **En relación a los indicios y el alivio probatorio (493 CT)**

La técnica utilizada por el legislador procesal laboral para, en una decisión política, crear un verdadero privilegio procesal al trabajador demandante de PTL, fue la vía de los indicios. Es decir, “todo rastro, huella, circunstancia, y en general todo hecho conocido o, mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”.<sup>678</sup>

En esta fórmula, reconocemos una regla legal dispuesta en el Art. 493, que, conforme ya hemos afirmado suficientemente en el capítulo cuatro de esta investigación, no contiene ni inversión de carga de prueba, ni prueba de hechos negativos, ni muchas menos cargas probatorias dinámicas. Lo único, y no por eso menos importante, que se estableció, fue la posibilidad de aliviar o morigerar la regla general sobre prueba contenida en el Art. 1698 del Código Civil, esto es: quien afirma un hecho en juicio debe probar ese hecho.

Se trata de una norma que mira directamente al corazón de la actividad judicial, al acto de juzgar o *iudicium*, para el caso en que se den una serie de presupuestos previos:

- a) Que el trabajador demandante haya acompañado antecedentes documentales que representen indicios suficientes de la vulneración; ya sea durante la presentación de su demanda o bien durante la etapa probatoria correspondiente.
- b) Que el empleador haya resistido las afirmaciones sobre la vulneración mediante sus propias proposiciones fácticas que espera sean calificadas como suficiente justificación, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

---

<sup>678</sup> DELLEPIANE, 57.

- c) Que no se haya rendido prueba directa sobre el hecho de la vulneración en la etapa probatoria. Pues, obviamente si existe prueba directa sobre el hecho, es innecesario el desarrollo de un proceso inferencial basado en indicios por parte del juez.
- d) Que el juez del caso concreto califique los antecedentes presentados por el trabajador como indicios suficientes (concordancia, pertinencia y suficiencia propiamente tal), desestime fundadamente la justificación y probanzas del empleador, en términos de calificarla como razonable y proporcional y luego, a partir de los indicios presentados realice una tarea de inferencia, unida a la argumentación racional y motivada para fijar la ocurrencia del hecho desconocido; la vulneración del derecho fundamental esgrimido como conculcado.

Es en este sentido explicativo, el fallo del Juzgado de Letras de Rengo, correspondiente al lote de causas de 2020, que explicita la forma en que opera la regla del Art. 493 del CT, en uno de los pocos fallos de instancia que se avoca a esta explicación. Primero respecto de las afirmaciones de hecho para justificar la conducta por parte del demandado:

“...únicamente propone como fundamento de su argumento en torno a que el demandante no fue víctima de una discriminación arbitraria el hecho que precisamente la no renovación se trató del ejercicio de una facultad legal y que lo facultaba para proceder a lo no renovación de la contrata” y que “debe en primer lugar, a lo menos, hacerse cargo de los indicios que fundamentan la posición del actor como lo requiere la norma. Cuestión que no hizo...”.<sup>679</sup>

Finalmente, concluye señalando:

“...que en el caso de autos el trabajador, apoyado por la regla de los indicios que solo lo obligan a acreditar la posible existencia de un clima vulneratorio de su derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo, ha logrado demostrar la discriminación indirecta de que fue víctima al habersele excluido de su cargo

---

<sup>679</sup> Sentencia del JLT de Rengo, causa Rol T-11-2020, considerando 13°.

por una medida o decisión aparentemente neutra, pero que en los hechos estuvo fundada en motivos de tendencia política, alterando su empleador en este caso, el alcalde Suplente, la igualdad de trato en el empleo".<sup>680</sup>

Es posible advertir que se trata de una regla de juicio cuya aplicación requiere de la intervención prácticamente de todos los sujetos procesales del PTL. En efecto, la observación de las causas en estudio recoge esta característica como manifestación mayoritaria. Veremos algunas líneas comunes que es posible destacar.

### **Datos generales pesquisados**

A nivel de datos generales, sin duda es la técnica que más se utiliza en la muestra, considerando los tres años revisados y cualquiera sea la fuente subjetiva de utilización (demandante o juez). De hecho, cuarenta y nueve (49) de las causas observadas presentó utilización de la técnica de indicios. Es posible, sin embargo, hacer algunos distingos.

Se observan cuatro situaciones posibles en la muestra de causas, si consideramos el factor *sujeto procesal* (demandante y/o juez) desde donde proviene (o no) el uso de los indicios y alivio probatorio.

Una primera situación es aquélla en que tanto demandante como juez, utilizan o articulan para la aplicación de la regla del Art. 493 del CT. En este sentido, 37 de los 51 procesos judiciales observados partieron con una petición del demandante en orden a considerar indicios suficientes, y a su vez terminaron con el análisis de dichos indicios como elemento determinante a la hora de estimar las pretensiones de tutela.

De otro lado, 8 causas se iniciaron con demanda donde se presentaron indicios sólo por él o los demandantes, sin que el tribunal después los estimara como suficientes. En estos casos, el tribunal utilizó la vía de la prueba directa y su valoración libre conforme reglas de la sana crítica.

---

<sup>680</sup> Sentencia del JLT de Rengo, causa Rol T-11-2020, considerando 18°.

En estos procesos mencionados, además, se superó con creces la mera enunciación de la regla del 493 del CT para su aplicación. Las modalidades van desde i) señalar expresamente indicios en el relato de los hechos, ii) acompañar antecedentes documentales que se identifican como *indicios* o iii) derechamente en la estructura de la demanda, se contiene un apartado que se titula con el rótulo de *indicios* y luego va seguido de una enunciación detallada de los mismos.

Nos detendremos más adelante sobre la forma en que los litigantes piden el uso de esta técnica para beneficiarse con el aligeramiento probatorio.

En 4 de las causas observadas la parte no refirió expresamente la utilización de indicios en su demanda, y el tribunal de todos modos, de manera oficiosa, conforme el relato de la misma y lo que se ofreció y rindió en audiencia, tuvo por acreditado el hecho o hechos vulneratorios mediante la utilización de las inferencias por vía indiciaria.

Finalmente, en dos de las unidades de la muestra se presentó la curiosa situación en que ni el demandante o demandantes ni el tribunal requirieron la utilización de indicios; todo fue prueba directa en dichos juicios.<sup>681</sup>

### **La necesaria suficiencia de los indicios presentados: vuelta a las reglas de las presunciones judiciales.**

Una cuestión común al observar los procesos catastrados es el permanente recurso utilizado por los jueces en torno a dilucidar el concepto de suficiencia que el Art. 493 del CT impone al litigante que pretenda hacerse de este privilegio probatorio.

Para orientar esta respuesta, se ha echado mano a las normas sobre presunciones del Art. 1712 y siguientes del Código Civil, en relación con el Art. 426 del Código de Procedimiento Civil. Esto es coherente, porque la literatura

---

<sup>681</sup> Considerando el número de causas en que esta técnica fue utilizada, es una verdadera curiosidad la ausencia de su uso, y se produjo únicamente en las causas roles T-312-2018 del JLT de Valparaíso y T-6-2018 del JLT de San Fernando.

nacional ha postulado que el *indicio*, es plenamente identificable con el *hecho base* de una presunción judicial.<sup>682</sup>

En ambas normas se establece que, para poder desarrollar este trabajo intelectual de inferencia judicial, él o los hechos bases o indicios deben estar revestidos de *gravedad, precisión y concordancia*.<sup>683</sup> La doctrina y jurisprudencia chilena, le han dado contorno a esta trilogía de enunciados señalando que la *gravedad* implica que los hechos deducidos a partir del razonamiento son convincentes y concluyentes. A su vez son *precisos* los indicios (el Código Civil habla de presunciones), cuando todos encaminan a la conclusión a que arriba el juez y no hay vaguedad ni ambigüedad. Finalmente son *concordantes* cuando guardan conexión y relación entre sí.<sup>684</sup>

Dicho lo anterior, el tratamiento que se observa por los tribunales competentes, al concepto de indicios y su necesaria suficiencia, es equitativo al que se postula de manera general para las presunciones judiciales. En este sentido, a modo ejemplificativo:

“Que la conducta de la demandada, primero a través del personero mencionado en el considerando anterior, y luego despidiendo a tres trabajadores sindicalizados, que en ese momento correspondía a más del tercio del total de los miembros del sindicato, -poniendo en riesgo la existencia de esta organización- teniendo en consideración que en total fueron 4 los despedidos, o sea el 75% de los despedidos eran sindicalizados, solo permite concluir que la demandada ha limitado el pleno ejercicio de garantías de los trabajadores, conjuntamente con ello se afecta la libertad sindical, derecho que permite a los sindicatos efectiva autonomía sindical, todo sin una justificación suficiente, en forma arbitraria o sin respeto a su contenido esencial. Existiendo indicios, en concepto de este juez *concordantes y suficientes* (el énfasis es nuestro) de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, correspondía a la denunciada explicar

---

<sup>682</sup> Cfr. BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO, *Proceso civil. El juicio ordinario...*, 391.

<sup>683</sup> Art. 1712 del Código Civil, inciso final.

<sup>684</sup> Cfr. BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO, *Proceso civil. El juicio ordinario...*, 393.

satisfactoriamente los fundamentos de la medida –despido– adoptada y su proporcionalidad, sin embargo, no ha cumplido con esta obligación procesal, lo que es bastante, en consecuencia, para tener por concurrente los hechos alegados”.<sup>685</sup>

En el mismo sentido, el Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, se pronuncia definiendo, por así decirlo, el concepto de indicio y luego recoge esta explicación sobre la suficiencia de estos:

“...no se trata de una mera suposición, una creencia, un parecer, o una simple posición de ánimo respecto de un hecho, sino que precisamente el denunciante debe aportar varios (o más de uno) elementos de juicio ponderables que tengan la categoría de presupuestos, de indicios, de base, de sustento serio de la denuncia”.<sup>686</sup> Y se reitera la idea de suficiencia al estilo presunción en el considerando vigésimo, “de la prueba relacionada, analizada y valorada, no surge antecedente probatorio alguno, ni siquiera en calidad de indicios *suficientes y serios*, de que la motivación de la empresa demandada para poner término a los contratos de trabajo de los actores surgió de la intención de ellos de crear un sindicato y por tanto de discriminarlos respecto de otros trabajadores, más aún cuando ninguno de esos antecedentes permiten sospechar o presumir, de forma seria, que la voluntad de los actores era crear un sindicato nuevo, paralelo al ya existente; menos aún permiten pensar que la empresa estaba enterada de ese deseo y que ello motivó el despido”.<sup>687</sup>

Lo propio ocurre con la expresión *concordantes* que también describe nuestro 1712 del CC para las presunciones judiciales, y que ahora se vuelven a reproducir a propósito de los indicios. Un buen ejemplo, sin que lo diga expresamente, es la sentencia pronunciada por el Juzgado de Letras de Copiapó en 2020, que, si bien no lo explicita, propone la necesidad de una coherencia no solo cronológica sino también funcional entre los indicios presentados por la parte demandante:

---

<sup>685</sup> Sentencia del JLT de Concepción, causa Rol T-468-2019, considerando 21°.

<sup>686</sup> Sentencia del JLT de Arica, causa Rol O-47-2020, considerando 15°.

<sup>687</sup> *Ibid.*, considerando 20°.



“Es posible, con la reunión de toda esta información emanada de la prueba rendida y ya analizada, seguir una concatenación o mejor dicho una cronología de los hechos que ilustran claros indicios vulneratorios de la garantía de indemnidad, como se detallará más adelante, como ya se dijo si se tiene principalmente en cuenta la dinámica de la relación trabajador y empresa que ya se venía verificando con amonestaciones y descargos a los mismos por el trabajador sucesivamente en el último tiempo de la relación laboral que vinculó a las partes”.<sup>688</sup>

En este mismo sentido ilustrativa también es la sentencia dictada en la causa del Juzgado de Letras de Puerto Montt, del grupo de causas del año 2020. Al entrelazar los indicios relativos a rebajas horarias y cambios en las condiciones laborales de una persona que fue detenida por microtráfico y que a su vez trabajaba con niños en un servicio público:

“...los indicios dan cuenta que tras poner en conocimiento en su lugar de trabajo lo relativo a su formalización por su presunta participación en el delito de microtráfico y la aplicación a su respecto de medidas cautelares, se verificaron una serie de acciones tendientes a evitar que ésta tuviera contacto con los niños de la sala de estimulación donde se desenvolvía, incluyendo propuestas de rebaja de jornada laboral y finalmente modificaciones a las funciones las cuales decantaron en trabajo únicamente con los padres y trabajo administrativo. Acciones que ciertamente en concepto de esta sentenciadora vio conculcada la honra de la actora”.<sup>689</sup>

### **Los litigantes y las formas para aprovechar la regla del 493 del CT.**

Un tema relevante respecto de esta regla dice relación con las formas en que se usa tanto por litigantes y jueces. En este apartado concreto, describiremos los comentarios que nos merecen la observación de los juicios en análisis respecto

---

<sup>688</sup> Sentencia del JLT de Copiapó, causa Rol T-41-2020, considerando 15°.

<sup>689</sup> Sentencia del JLT de Puerto Montt, causa Rol T-11-2020, considerando 13°.

exclusivamente de la modalidad, si se quiere, en que el o los demandantes cumplen con esta carga de aportar indicios suficientes.

Hemos abstraído las conductas más comunes que cruzan como factor común en toda la observación del conjunto de causas. Luego, ejemplificaremos con la actividad procesal de los demandantes concretos y con el tratamiento judicial de esos mismos casos que sirven de ejemplo.

Es posible observar una marcada tendencia a identificar el indicio con la prueba documental que la respalda. Desde luego es importante apuntar que una cosa es el hecho base o indicio, y otra muy diversa es el documento que contiene información sobre ese hecho. Sobre este punto observamos una evidente confusión en los demandantes. Por ejemplo, en el proceso judicial sustanciado ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, del grupo de causas 2019, se presentan documentos para representar indicios, identificando ambas cuestiones.

Dice textualmente la demanda:

“En este caso existen indicios suficientes e inequívocos de que en la especie se ha vulnerado los derechos fundamentales de mi representado, haciendo procedente lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo. A saber:

(...) 2.- Resolución N ° 704 de fecha 16 de febrero de 2018, donde la Contraloría Regional de Atacama, señala expresamente que se aplica una sanción sin pruebas y excesiva.

3.- Sumario Administrativo instruido mediante Resolución Exenta N ° 156/enero de 2015, mediante el cual se le aplica la medida disciplinaria de censura, la Contraloría Regional de Atacama representa dicha medida por falta de pruebas por cuanto no procede la aplicación de una sanción el 09 de agosto del 2016, a la fecha el Hospital reabrió el sumario y no realiza diligencias y no dicta la resolución de sobreseimiento.”<sup>690</sup>

---

<sup>690</sup> E-book causa Rol T-17-2019 del JLT de Copiapó, 24.

Otra modalidad, es que de hecho se presenten demandas sin indicación de indicio alguno en forma específica, sin un apartado especial ni conexión expresa con la prueba documental acompañada a la demanda. Así ocurre en las causas tramitadas ante los JLT de La Serena en el grupo de causas 2019, e Iquique y Coyhaique en el 2020.<sup>691</sup> En este último caso particular, se efectúa un relato pormenorizado de los hechos y al menos al final en la parte petitoria se propone que todo lo dicho en el relato fáctico constituye un indicio suficiente.<sup>692</sup> No obstante lo anterior, en todas estas causas siempre se acompañaron antecedentes documentales.

Esta forma un tanto ambigua o no tan explícita, da pie para que el tribunal de todas formas eche mano al privilegio procesal del razonamiento por vía de indicios, y en el ejemplo propuesto del JLT de La Serena del lote de causas 2019, el tribunal derechamente desconoce la existencia de prueba directa (en particular prueba testimonial) y prefiere usar el razonamiento de indicios, aunque no lo diga expresamente:

“No notifica los actos que importaron la rebaja en el grado de la actora.

Como vimos, no se acreditó el cumplimiento de dicho deber y si bien podríamos sostener que se intentó la notificación en base a la declaración de los testigos, no podemos afirmar que haya sido cursada”.<sup>693</sup>

En la causa del JLT de Iquique 2020, la parte demandante acompañó documentos sin señalar expresamente los hechos base que intentaban acreditar, por ende, es insoslayable señalar que, siendo una sentencia estimatoria, se recogió o utilizó la prueba indiciaria de manera oficiosa.<sup>694</sup>

---

<sup>691</sup> Causas roles T-157-2019 del JLT de La Serena, T-187-2020 del JLT de Iquique y T-20-2020 del JLT de Coyhaique.

<sup>692</sup> *E-book* causa Rol T-20-2020 del JLT de Coyhaique, 28.

<sup>693</sup> Sentencia del JLT de La Serena, causa Rol T-157-2019, considerando 9°.

<sup>694</sup> En idéntico sentido la sentencia del JLT de Valdivia, causa Rol T-19-2019, considerando 9°.

Esta cuestión no es baladí, porque si bien se trata de una regla de juicio, no deja de ser un privilegio procesal (atendido el carácter diferenciado de este tipo de tutela) al que se accede en virtud de los presupuestos que enunciamos.

Resulta más conforme a una interpretación restrictiva y prudente respecto de la prueba indiciaria, precisamente por tratarse de una técnica diferenciada, el mantener con rigor la exigencia de que el litigante deba describir explícitamente indicios y acompañar antecedentes suficientes que a través de su actividad procesal propongan al juez la concurrencia de los presupuestos necesarios para su aplicación. Esto último es plenamente compatible con las potestades intensificadas del PTL respecto del juez laboral, para aplicar la regla de juicio en el caso de que no aparezca explícitamente descrito.

Si nos posicionamos en la hipótesis de aceptar que el tribunal puede recurrir oficiosamente a este privilegio para flexibilizar en favor del trabajador demandante, entonces, en la causa comentada, pueden perfectamente ser considerados indicios suficientes los antecedentes médicos y de reposo laboral que fueron acompañados juntamente con la demanda y rendidos en audiencia de juicio, como base para probar la vulneración.

Un ejemplo más congruente con la norma, y con el debido equilibrio entre los poderes del juez y los deberes del litigante, lo encontramos en la demanda que abrió la causa Rol T-468-2019 del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en que se señalan expresamente el detalle de lo que la parte considera prueba indiciaria y que corresponde a un conjunto de situaciones o hechos concatenados.

“Así las cosas, y con el fin de acreditar la existencia de los actos constitutivos de la vulneración que denunciemos, reseñamos los siguientes indicios que dan cabida a la presente denuncia:

**PRIMER INDICIO:** Que nuestra ex empleadora, a través del encargado de la planta, don A. R (anonimización es nuestra), al enterarse de nuestras intenciones de conformar un sindicato, procedió a hablar con los trabajadores con el objeto

de disuadirlos de participar, indicándoles que “se cuidaran” y que “no se involucren en cosas para que no tengan problemas después”.

**SEGUNDO INDICIO:** Que, con fecha 26 de agosto de 2019, don A. R., envía al director sindical don I. R (anonimización es nuestra), un correo electrónico que contiene un comunicado en el cual le señala que él será el único representante legal de la empresa ante el sindicato y, además, solicita remitir la nómina de los integrantes del sindicato con el pretexto de realizar los descuentos de la cuota sindical por planilla...”<sup>695</sup>

Luego, esta concatenación propuesta, es recogida por el fallo, calificándolos el juez *a quo* como “concordantes y suficientes”.<sup>696</sup>

Luego, en el segundo otrosí de la misma demanda,<sup>697</sup> se ofrecen y acompañan documentos que no son prueba sobre los indicios, y que obviamente, al no ser lo mismo el documento que el hecho que intenta probar, no coinciden directamente con ellos.

Hay también, una situación necesaria de comentar a propósito de la causa Rol T-72-2020 del JLT de Valdivia. En ella la parte enuncia expresamente que los indicios son los hechos que van a probarse durante el juicio.

“Mi parte acreditará durante el curso del juicio los hechos relatados los que son a su vez indicios que deberán ser tomados en cuenta en la sentencia de la causa”.<sup>698</sup>

Es evidente que esto reviste una grave confusión entre dos cuestiones esencialmente diversas. Una son los hechos afirmados, que pueden servir de base para un razonamiento inferencial y otra cosa muy distinta es que todos los hechos descritos, sean indicios, o que exista una identidad entre los hechos necesitados de prueba y los primeros.

---

<sup>695</sup> *E-book* causa Rol T- 468-2019, del JLT de Concepción, 9.

<sup>696</sup> Sentencia del JLT de Concepción, causa Rol T-468-2019, considerando 21°.

<sup>697</sup> *E-book* causa Rol T- 468-2019, del JLT de Concepción, 20.

<sup>698</sup> *E-book* causa Rol T-12-2020 del JLT de Valdivia, 16.

Una situación similar es la presentación de la demanda en causa Rol T-57-2020 del JLT de Concepción, en que se presentan los hechos y se dice que éstos a su vez se transformarán en indicios una vez que se rinda la prueba, demostrando en el caso *sub lite* las razones políticas detrás del despido.

“Así en esta lógica, de establecer en forma seria cuales serían los indicios de la vulneración alegada, esta parte demostrará que los actos de que he sido afectado obedecen única y exclusivamente a su opinión política”.<sup>699</sup>

Como es posible apreciar, se trata de una forma muy confusa de presentar los indicios. Al final que nos queda del análisis variopinto de formas de presentar estas bases de presunciones judiciales: que deben siempre acompañarse antecedentes y al menos relatar los hechos que conectados de manera concordante permitan probar indirectamente la vulneración. Lo anterior, porque el tribunal, sea como sea que se presenten, utilizará o extraerá los indicios del material fáctico y probatorio presentado.

Ese es el mundo del ser. En cuanto al deber ser, hemos postulado la opinión de hacer compatible estas potestades materiales de dirección del proceso y los deberes del litigante también de aportar a la delimitación concreta del objeto del juicio.

Ahora, parece una obviedad, pero debe decirse igualmente. La norma del Art. 493 del CT, discurre sobre el mínimo de que, si el litigante aporta indicios suficientes o no se acompaña nada sobre indicios, siempre tendrá la posibilidad de aportar prueba directa sobre el hecho principal necesitado de prueba.

Pese a lo anterior, y por eso es atendible señalar que no es tan obvio, la gran mayoría de los demandantes fueron a por indicios, algunos incluso solo mencionando la regla del 493 del CT en la demanda, o acompañando antecedentes que, aun cuando no se propusieron de manera conectada o coherente con el relato de los hechos, el tribunal entendió que allí se plantearon hechos base de presunciones para aplicar la regla de juicio observada.

---

<sup>699</sup> *E-book* causa Rol T-57-2020 del JLT de Concepción, 23.

### Antecedentes documentales

En cuanto al contenido de los antecedentes aportados, es una cuestión común que se usen como antecedentes, documentos emitidos por organismos públicos, constancias, carta de despido, fiscalizaciones, y sobre todo que se esgrima como indicio la temporalidad entre los hechos base de que den cuenta los antecedentes documentales, por ejemplo, entre una fiscalización y un despido.

La causa Rol T-11-2019, del JLT de Chillán es prácticamente la caricatura de esta última situación. Se despide a una trabajadora de casa particular el mismo día y apenas finalizada una fiscalización de la Inspección del Trabajo solicitada previamente por la propia trabajadora. El fallo de instancia considera indicio suficiente la proximidad de las fechas relacionadas entre los hechos base propuestos por la demandante:

“Que a juicio de esta sentenciadora los hechos antes expuestos que se acreditan en el juicio a través de la prueba analizada precedentemente, permiten concluir la existencia de indicios suficientes de la vulneración de la garantía de indemnidad, denunciada en autos, en atención a que existe proximidad temporal entre la denuncia efectuada por la actora en contra de la denunciada, la fecha de la fiscalización y la fecha del término de la relación laboral, elemento que permiten concluir la existencia de la lesión, unido a que los denunciados no acreditaron la justificación del término de la relación laboral, hacen forzoso concluir que se deberá acoger la denuncia de autos.”<sup>700</sup>

La causa Rol T-71-2019 del JLT de Rancagua, más bien su demanda y sentencia, nos aportan además una cuestión que se repite en la muestra; la idea de que *la falta de justificación de la causal o el despido carente de causal* también pueden ser utilizados por los litigantes como indicios suficientes y luego recogidos en tal sentido por el tribunal.<sup>701</sup>

---

<sup>700</sup> Sentencia del JLT de Chillán, causa Rol T-11-2019, considerando 10°.

<sup>701</sup> Sentencia del JLT de Rancagua, causa Rol T-71-2019, considerando 15°, 16° y 19°. En similar sentido la sentencia del JLT de Chillán, causa Rol T-69-2020, considerandos 12° y 13°.

Otra causa interesante en este orden de ideas es la Rol T-327-2020. En ella el demandante propone en la demanda como indicio una providencia cautelar dictada por un tribunal en la comuna de Santiago, iniciada por el sindicato de una empresa, en favor de sus afiliados. Todo, para evitar que eventuales *grupos de riesgo* fueran forzados a retornar a trabajo presencial, a propósito de la pandemia provocada por el COVID-19.

Lo interesante en esta causa, es que hay una acción judicial previa y ésta se utiliza por el litigante como antecedente para configurar su prueba indiciaria. Curiosamente, en esta misma causa, el tribunal estima que simplemente basta valorar la prueba rendida, no recurriendo al razonamiento ni al estándar de indicios del 493 del CT.

En relación con esto mismo, encontramos la causa Rol T- 103- 2020 del JLT de San Miguel, en que se acompañan (en parte de prueba con la demanda y también recogidos como indicios en la sentencia) una fiscalización de la Inspección del Trabajo, en que este organismo ya daba por acreditada la existencia de indicios. El tribunal reproduce este argumento confiando en la apreciación del órgano fiscalizador:

“Esta sentenciadora coincide con lo que se señala en el informe de la Inspección del Trabajo en cuanto no es posible analizar los hechos desde un punto de vista de justificación, porque los problemas laborales no pueden ser resueltos a gritos, insultos y/o humillaciones los que no tienen justificación alguna”. Más adelante, en el mismo considerando: “En efecto, los antecedentes médicos y la investigación efectuada por la Inspección del Trabajo confirman la existencia “indicios suficientes de vulneración de derechos fundamentales” y corrobora en fiscalización efectuada la ocurrencia en marzo del presente año, de un episodio de trato indebido y hostil de alta intensidad por parte de la jefatura, con resultado de afectación de integridad psíquica y menoscabo”.<sup>702</sup>

---

<sup>702</sup> Sentencia del JLT de San Miguel, causa Rol T-103-2020, considerando 13°.



### **A propósito de la relación del Art. 493 y 490 del CT.**

Una cuestión que se presenta también a propósito de los indicios, y que fue abordada en el capítulo cuarto de esta investigación, dice relación con este vínculo que existe entre las exigencias del Art. 490 respecto de la presentación de la demanda por vulneración de derechos fundamentales y los antecedentes documentales que permiten estimar la existencia de indicios suficientes.

En abstracto, se ha postulado una posición clara en este trabajo. No es posible exigir la existencia de antecedentes que configuren la suficiencia respecto de los indicios como control para la admisibilidad de la demanda. Aquello supondría un examen liminar respecto de la aplicación de una regla de juicio, como es la regla del alivio probatorio del Art. 493 del CT, cuya oportunidad de aplicación no es otra que la sentencia de mérito.

Pues bien, la muestra de causas expresó que, en su mayoría, todos los litigantes, salvo contadas excepciones, acompañaron al menos algo a la demanda en términos de antecedentes documentales.<sup>703</sup> De todos modos, igual se observan dificultades en relación con la aplicación del nexo entre las reglas referidas.

En la causa Rol T-105-2019 del JLT de San Miguel se aplicó la regla del Art. 490 inciso final, es decir se apercibió al demandante a acompañar todos los antecedentes en que se funde la demanda interpuesta.<sup>704</sup> Esto no quiere decir que se esté exigiendo necesariamente los antecedentes en específico de los indicios, máxime considerando que el litigante no había formulado expresamente la existencia de estos como hechos base.

El tribunal finalmente estimó la demanda conforme la prueba testimonial rendida, desatendiendo en su totalidad los antecedentes que le había exigido acompañar al demandante con su demanda por vía de apercibimiento.

---

<sup>703</sup> Por ejemplo, en la causa del JLT de Temuco, Rol T-62-2019, *primer otrosí*, el litigante acompaña expresamente documentos para dar cumplimiento a esta regla y aprovechar sus beneficios.

<sup>704</sup> *E-book* causa Rol T-105-2019 del JLT de San Miguel, 8.

Un poco más compleja es la situación ocurrida en la causa Rol T- 44-2018 del JLT de Puerto Montt en que el demandante afirmó indicios en su demanda, pero no acompañó ningún antecedente documental. La pregunta que cabe hacerse es: ¿se trata del no levantamiento de alguna carga procesal que impida dar curso a la demanda, ósea declararla inadmisibile?

Siguiendo nuestra posición formulada previamente, en ningún caso. Los antecedentes que acrediten indicios suficientes son una cuestión controlable únicamente luego del transcurso completo de la serie procedimental,<sup>705</sup> es decir en la sentencia de mérito. Si el litigante no acompaña a su demanda específicos antecedentes respecto de la calificación de suficiencia y concordancia de sus indicios, la única consecuencia debiese ser, el no poder aprovechar los beneficios de la regla del Art. 493, y tendrá que recurrir a prueba directa para lograr convicción judicial sobre la vulneración de los derechos fundamentales cuya lesión o amenaza se denuncian.

En el caso *sub-lite* no se dio curso a la demanda bajo el apercibimiento de acompañar antecedentes, de forma genérica por la regla del Art. 490, no del Art. 493 del CT.

Existe también una situación inversa, es decir, una causa en que el proveído de la demanda fue la admisibilidad, pese a que la demandante no acompañó ningún documento ni tampoco refirió indicios expresamente. Es el caso de la causa Rol T-47-2019 del JLT de Punta Arenas.

Como puede observarse, los documentos acompañados por los litigantes, por la razón que sea, o para acreditar indicios o justificar la presentación de la demanda, son en general estimados como más que idóneos para pasar el examen de admisibilidad del Art. 490 del CT. En solo tres causas de la muestra (las recientemente descritas) no se acompañó documento y en dos de ellas, se aplicó el apercibimiento del Art. 490 inciso final, exigiendo acompañar antecedentes,

---

<sup>705</sup> Cfr. CALVINHO, 152.

que debemos entender como genéricos, no necesarios para la flexibilidad o alivio probatorio, porque aquello es una cuestión sobre el mérito de la pretensión.

### **Los jueces en concreto y la aplicación de la regla de alivio probatorio**

La prueba de hechos difíciles como la vulneración de derechos fundamentales a propósito de una relación laboral, puede abordarse como hemos venido tratando, por medio de la prueba por indicios.<sup>706</sup> Esto en todo caso, no es ni de cerca el final del asunto. Necesita matizarse esta afirmación con otros elementos como son la motivación y justificación del juicio fáctico, y el ineludible *pegamento*<sup>707</sup> que une una prueba circunstancial con el hecho probado: la necesaria aplicación de una regla de experiencia proveída por el juez concreto.<sup>708</sup>

BENTHAM decía que las pruebas circunstanciales (o por indicios) son más sencillas que las pruebas directas, puesto que, en las primeras, que son en esencia una operación del juicio humano, la única relación que se examina es “la de un hecho con otro hecho, la unión entre el hecho principal provisionalmente admitido y el hecho secundario mediante el cual se trata de probar el hecho principal”.<sup>709</sup>

Todas estas premisas que se postulan tienen por objeto poner en contexto de la seriedad del asunto que se ha de observar a propósito de este puñado de causas que constituye nuestra muestra racimo. Desafortunadamente, la realidad concreta no muestra con la claridad que se quisiera, la sencillez con la que BENTHAM expuso la idea central de la prueba circunstancial.

El Art. 493 del CT, es en esencia una *regla de juicio*. Es decir, “aquella que permite y ordena al juez decidir de fondo, a falta de prueba o certeza sobre los hechos, prohibiendo el *non liquet*” (...).<sup>710</sup> Y si existe una afirmación que podemos formular luego de la observación no participante, es que tampoco los jueces de

---

<sup>706</sup> Cfr. HUNTER, 695.

<sup>707</sup> *Ibid.*, 703,

<sup>708</sup> Cfr. Erich DORING, *La prueba su práctica y apreciación*, trad. del alemán de Tomás BANZHAF, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1972, 323.

<sup>709</sup> Jeremías BENTHAM, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, trad. del francés por Manuel OSSORIO, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, I, 296.

<sup>710</sup> Hernando DEVIS, *Tratado de las pruebas...*, I, 440,

instancia en Chile lo tienen muy claro. Se utiliza a veces como estándar probatorio, a ratos como regla de juicio y a ratos como una puerta para la aplicación de la *técnica de la ponderación* que popularizara para la teoría del Derecho el profesor ROBERT ALEXY y, para el mundo de habla hispana MANUEL ATIENZA.<sup>711</sup> Así de variado es el tratamiento que los jueces *a quo* dan a la regla en análisis.

Trataremos de trazar algunos lineamientos comunes respecto de la observación de los procesos judiciales y destacaremos las sentencias que manifiesten estos factores comunes, al igual que se expuso en el acápite anterior.

### **Falsa aplicación de la prueba indiciaria.**

Una de las cuestiones más frecuentes pesquisadas es lo que llamaremos una *falsa aplicación de la prueba indiciaria*. Nos referimos a los casos en que se declara formalmente la aplicación de la regla del Art. 493 del CT, pero realmente lo que se hace es valoración probatoria de medios de prueba directos sobre el hecho de la vulneración.

Este tipo de razonamientos es posible observarlo con meridiana claridad en el juicio Rol T-29-2020 del JLT de La Serena. En este proceso judicial, en particular en la sentencia, se afirma que la prueba rendida habría “comprobado los indicios”.<sup>712</sup> Esta sola afirmación es del toda cuestionable. Los hechos base que llamamos indicios permiten contextualizar junto a otras circunstancias, para que luego, el ejercicio intelectual del juez, con el pegamento de las máximas de experiencia explicitadas en el fallo,<sup>713</sup> puedan conducir al asentamiento correcto de un hecho difícil como el alegado en este tipo de procesos.

Lo que ocurrió en la especie, es que el tribunal alcanza la convicción sobre el hecho vulneratorio mediante la valoración de testimonios relacionados al hecho

---

<sup>711</sup> Al respecto puede consultarse: Manuel ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, 4ª ed., Palestra, Lima, 2016.

<sup>712</sup> Sentencia causa del JLT de La Serena, Rol T-29-2020, considerando 16°.

<sup>713</sup> Cfr. HUNTER, 692.

principal necesitado de prueba, no sobre circunstancias ni contextos.<sup>714</sup> Es un ejemplo de descarga y apreciación de prueba directa.<sup>715</sup>

Lo que se quiere representar en este tipo de fallos, es que la cláusula del Art. 493 ha permeado de tal modo la forma en que se entiende y aplica la prueba indiciaria, que muchas veces se llega a hipertrofiar su uso, usándola incluso en casos en que no se requiere su aplicación. No debemos olvidar que es una técnica diferenciada, un privilegio procesal, que aprovecha a quien se encuentra en el supuesto de aplicación por problemas materiales de dificultad probatoria o de disponibilidad de medios de prueba.

La sentencia del JLT de Valdivia, Rol T-72-2020, en su considerando decimo primero, sorprende aún más, porque básicamente establece que los hechos denunciados resultaron probados en audiencia, existiendo en realidad, por vía de ficción legal,<sup>716</sup> la admisión tácita de hechos, y el tribunal consideró que esta admisión tácita es indicio suficiente.

“Los hechos que se han tenido por tácitamente admitidos, a juicio de esta Magistrado, configuran indicios más que suficientes de que las jefaturas del denunciante cometieron actos de hostigamiento reiterados en su contra que vulneraron su integridad psicológica y su honor, lo cual se corrobora con las probanzas rendidas en la audiencia de juicio, en los términos relatados en los considerandos precedentes, correspondiendo entonces, que la demandada explique los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, sin embargo, no rindió prueba alguna tendiente a cumplir con dicha carga procesal dada su rebeldía en la causa, no obstante haber sido notificada en forma legal.

---

<sup>714</sup> En este sentido, por ejemplo, la sentencia del JLT de Chillan, causa Rol T-32 - 2018 considerando 8°, y las sentencias de los JLT de Iquique, causa Rol T- 42- 2019, considerando 9°, del JLT de Punta Arenas, causa Rol T-47-2019, considerando 14° y del 1° JLT de Santiago, causa Rol S-33-2019, considerando 8°.

<sup>715</sup> Sentencia del JLT de La Serena, causa Rol T-29-2020, considerando 14°.

<sup>716</sup> Art. 453 N° 1, inciso séptimo del CT: “Cuando el demandado no contestare la demanda, o de hacerlo no negare en ella algunos de los hechos contenidos en la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, podrá estimarlos como tácitamente admitidos”.

Por las razones expuestas se acogerá la denuncia en los términos que se detallarán en lo resolutivo de este fallo”.<sup>717</sup>

En nuestra opinión hay una evidente inconsistencia en este razonamiento porque en realidad simplemente ha operado una regla legal que ha quitado de la necesidad de prueba a determinados hechos principales, lo que descarta desde luego toda aplicación de razonamientos basados en prueba circunstancial.

#### **La falta de análisis sobre la prueba del demandado.**

Otra cuestión común observada es que cuando los indicios forman parte del razonamiento judicial, los jueces *a quo* deben necesariamente realizar un análisis pormenorizado de la prueba del demandado, quien, al no estar dotado de este alivio probatorio, debe descargar prueba directa sobre los hechos que afirma y que en definitiva configuran lo que la ley procesal laboral chilena llama “fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.<sup>718</sup>

El problema es que, apoyados en la observación de la muestra podemos concluir que todos los fallos sin excepción utilizan fórmulas sacramentales o declaraciones en que se esboza que la justificación de las medidas adoptadas es insuficiente, pero en la mayoría no se entra al detalle justificativo respecto de esa insuficiencia, pasando directamente a utilizar la regla del juicio en comento.

Con esto de la utilización de la regla no hay inconveniente en principio, pero si tenemos un problema cuando nos encontramos frente a una sentencia desprovista del análisis de toda la prueba rendida, porque en tal caso, falta uno de los presupuestos que más arriba mencionamos a propósito de la racionalidad del uso de los indicios: la necesidad de que sea complementada con una integral motivación y justificación en la sentencia. Aquello permite que la arbitrariedad pueda ser controlada por los litigantes agraviados, manteniendo el equilibrio en el proceso judicial concreto.

---

<sup>717</sup> Sentencia del JLT de Valdivia, causa Rol T-72-2020, considerando 11°.

<sup>718</sup> Art. 493 del CT, parte final.

Un ejemplo prístino de esta situación la encontramos en el proceso Rol T-23-2020, del JLT de Talca a propósito del despido lesivo de un profesor en un establecimiento educacional.<sup>719</sup>

El actor hace un listado de los indicios en su demanda, señalando seis indicios (licencia médica, constancia ante Inspección del Trabajo, licencias médicas de continuidad, derivación a la red cerrada de atención para el otorgamiento de garantías explícitas de salud, la inmediata y cercana relación de temporalidad entre la desvinculación de su cónyuge y la suya, y la fecha y circunstancias de su despido). Señala, además en su demanda, que “Estos indicios son suficientes, inequívocos y demostrativos de que en la especie se ha vulnerado el derecho a la integridad física y síquica con ocasión del despido de su representado y hacen del todo procedente lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo. Todos los hechos que se plantean como indiciarios son suficientes para fallar la demanda de tutela y asignar responsabilidad a la demandada. En el caso de marras, los hechos o antecedentes que hemos citado como indiciarios del despido vulneratorio del derecho a la integridad física y síquica no respetadas, dan cuenta, a falta de una mejor explicación, que este efectivamente ocurrió y que, con ocasión de él, dichas dimensiones fueron afectadas de manera burda, brutal y directa”.<sup>720</sup>

El tribunal, en el considerando décimo, señala:

“En esta parte corresponde al empleador explicar la proporcionalidad de las medidas tomadas, en este caso, la contratación de un profesor en el mes de agosto, el hecho que la directora ignore al profesor y la desvinculación en el mes de noviembre, en circunstancias que los despidos de los profesores son en diciembre, como expresamente lo dijo el representante legal de la demandada”.<sup>721</sup>

---

<sup>719</sup> En el mismo sentido en la causa Rol T-22-2018, al igual que en la sentencia del JLT de Valparaíso, causa Rol T-312-2018, considerandos 10° y 11°.

<sup>720</sup> *E-book* causa Rol T-23-2020 del JLT de Talca, 18

<sup>721</sup> Sentencia del JLT de Talca, causa Rol T-23-2020, considerando 10°.

La contratación de un nuevo profesor se encuentra explicada, pues señala el tribunal: “es comprensible en atención a la gran cantidad de actividades deportivas en que los profesores deben acompañar a sus alumnos fuera del colegio, y en consideración a que la contratación fue a lo menos un año antes del despido, no constituye ningún indicio en dicha medida la contratación del Sr. B. (anonimización es nuestra)”.<sup>722</sup>

Por el contrario, respecto de la desvinculación, señala: “fundada en hechos que no constituyen la causal, según se concluye de los dichos expresos de la directora del colegio al declarar en juicio, al manifestar que se desvinculó al Sr. E. porque había tenido varias dificultades durante el segundo semestre y había manifestado descontento, se tiene por cierto la existencia de motivos encubiertos en la desvinculación”.<sup>723</sup>

Finalmente: “el actor probó indiciariamente la existencia de actos vulneratorios y que implicaron estrés y depresión mayor, tanto entre la desvinculación de su cónyuge y la propia” (...), “Por consiguiente, a juicio de este sentenciador, el empleador F. H. S., incurrió en actor vulneratorio de derechos fundamentales de índole laboral que constituyen vulneración al derecho a la integridad física y psíquica.

El tribunal no acoge todos los indicios propuestos, como la contratación de un profesor nuevo en el puesto del desvinculado, pero si otros indicios, que sin motivar de manera exhaustiva considera existentes, suficientes y concordantes y por ende hace operar inmediatamente la carga de que el demandado pruebe la proporcionalidad de la medida, cuestión que no ocurre, acogándose la demanda de autos.

La Corte de Apelaciones de Talca revoca este fallo por un erróneo asentamiento por parte del tribunal de primer grado, respecto de los hechos. En concreto por haber entendido el juez *a quo* que la desvinculación se produjo en una fecha diversa a la que las partes afirmaron y probaron lo que alteró la causa

---

<sup>722</sup> *Ibid.*

<sup>723</sup> *Ibid.*



de pedir y el corazón mismo de la litis, acogiéndose la causal del Art. 478 letra e). En ningún caso esta revocación afecta el análisis que estamos haciendo en este capítulo respecto del uso de la técnica diferenciada del Art. 493 del CT pues no se refiere a su falta de motivación. De hecho, nadie reclamó respecto de eso en las pretensiones impugnatorias.

Este fallo además hace particulares declaraciones sobre como entiende el tribunal la aplicación general o abstracta de esta regla:

“En materia probatoria en la tutela de derechos fundamentales corresponde a la parte demandante probar indiciariamente la existencia de los hechos que constituirían la vulneración denunciada, en el entendido que al trabajador le es difícil contar con plena prueba para lograr convicción en su favor, de ahí que se exija una verosimilitud del hecho, bastando generar sospecha razonable del hecho.”<sup>724</sup>

El primero de los errores advertidos es pretender que abstractamente y con caracteres de generalidad, existiría una regla de juicio como son las reglas de carga de prueba, especial para los PTL. Nada más alejado de la realidad, no hay alteraciones a la regla general de carga de prueba en el PTL como ya hemos explicado majaderamente. En segundo lugar, señalar que se exige *verosimilitud*, como un estado o grado de conocimiento previo a la convicción plena o certeza, también es un error. En ningún caso hay un estándar probatorio diferente o un grado de conocimiento relajado respecto de la prueba de hechos lesivos de derechos fundamentales en el PTL. Ya hemos señalado, lo que hay es una facilidad probatoria para el uso eventual por parte el demandante en tanto no disponga de prueba directa, dada su dificultad de obtención. Luego, el Juez por medio de esta prueba circunstancial o indirecta ofrecida y rendida, mediante un juicio racional e intelectual, de por asentado hechos principales en el proceso.

---

<sup>724</sup> *Ibid.*

A contrario sensu, si encontramos sentencias de instancia donde los jueces hicieron el trabajo que se exige de apreciar la prueba sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas que se consideran vulneratorias.

Un primer ejemplo de ello es el caso de los autos Rol T-69-2020, del JLT de Chillán, en que el tribunal concluye: “Que, del análisis de la prueba, se arriba a la conclusión que se ha logrado establecer en este juicio, la existencia de indicios suficientes de la conducta lesiva denunciada, consistentes en conductas de acoso laboral, trato vejatorio y discriminación, realizados por el jefe de tienda R.R. en contra de la actora, sumado a la declaración de la actora en contra de R. R., en el marco de una investigación interna que concluye el 19 de febrero de 2020 y luego se desvincula a la actora el 18 de marzo de 2020”<sup>725</sup> y “Que, habiéndose concluido la existencia de los indicios de la lesión de las garantías denunciadas por la actora, le corresponde a la denunciada, justificar y en su caso, demostrar proporcionalidad de la conducta denunciada”.<sup>726</sup> Luego, respecto de las cartas de despido emitidas por el empleador (es decir, analizando la prueba contraria a los indicios) relativos a la causal de término de necesidades de la empresa, el tribunal señala: “estas no permiten concluir la justificación de la medida de desvinculación de la actora, ya que estas solo demuestran la decisión unilateral de la demandada”<sup>727</sup> y termina afirmando para estimar: “De esta forma, no se acredita en juicio la justificación de la medida de desvinculación de la actora, lo que hace necesario acoger la denuncia de vulneración de derechos fundamentales”.<sup>728</sup>

### **La calificación de suficiencia o proporcionalidad de los hechos aportados por el empleador.**

En cuanto a lo que puede realmente llegar a concluirse por el tribunal, también es notorio que en las sentencias analizadas se afirman concluyentemente calificativos como *proporcionados*, *suficientes*, *desproporcionados* o *insuficientes*. Al

---

<sup>725</sup> Sentencia del JLT de Chillán, causa Rol Corte T-69-2020, considerando 12°.

<sup>726</sup> *Ibid.*, considerando 13°.

<sup>727</sup> *Ibid.*

<sup>728</sup> *Ibid.*, considerando 14°.

respecto debemos hacer una aclaración. Al tribunal le cabe en un primer momento el deber de referirse, luego de apreciada la prueba rendida, a si ha logrado convicción o no respecto del asentamiento de los hechos afirmados por el o los empleadores. Éstos a su vez los han propuesto en calidad de suficientes o proporcionados. Cuestión posterior, que acá consideramos una calificación jurídica, es la valoración correctiva que se da a ese hecho por el tribunal cuando lo recoge como suficiente o insuficiente, proporcionado o desproporcionado, en la sentencia de mérito.

En este sentido, por ejemplo, el JLT de Antofagasta, en causa Rol T-3-2019, va un poco más allá, conociendo de un caso de vulneración de Derechos Fundamentales con ocasión del despido de una educadora de párvulos en un centro educacional dependiente del Estado. En ella, resultaron probados los hechos que configuraban la hipótesis fáctica de la parte demandada, en la especie, las faltas e infracciones en la ejecución de las prestaciones para las que fue contratada la educadora, particularmente, atrasos, tratos displicentes, inasistencias, entre otros. Pues bien, el JLT de Antofagasta, pese a estimar corroborados probatoriamente los hechos afirmados, es decir la existencia de conductas directamente vinculadas a la ejecución integral del contrato por la trabajadora, califica jurídicamente como *inútiles*, considerando el derecho comprometido. Esto de alguna manera grafica lo que se explicaba *supra*:

“En efecto, ni aun en ejercicio de ponderación o proporcionalidad, es factible admitir un trato denigrante a la sede patronal, ni aun en contexto de justificar notable y reiterado abandono de deberes por parte del trabajador, puesto que la proscripción del mal trato expresivo de menoscabo a la dignidad es absoluta, no admite circunstancias justificatorias.”<sup>729</sup>

En 2020, el JLT de Santiago, también pronunciándose sobre la prueba justificadora del empleador, hace la distinción entre los hechos que sostienen la

---

<sup>729</sup> Sentencia del JLT de Antofagasta, causa Rol T-3-2019, considerando 9°.

teoría del caso del demandado y la calificación que es posible intelectual y jurídicamente formular el tribunal:

“...es posible inferir que los indicios acreditados dan cuenta de una vulneración del derecho a la honra del denunciante, producida por la puesta en duda de la veracidad de sus dichos sobre la justificación de sus ausencias y, particularmente, el modo en que se hicieron evidentes esos cuestionamientos”.<sup>730</sup>

Agrega que “nada obsta a que la empresa pueda analizar los antecedentes presentados para justificar las ausencias y considerarlos insuficientes al efecto, pero eso no conlleva calificarlos como no fidedignos o no fehacientes, pues hacerlo implica transformar la mera insuficiencia en un juicio de falsedad”.<sup>731</sup>

La suficiencia y proporcionalidad de los hechos invocados como justificantes por el empleador, y su necesaria calificación para desvirtuar el hecho base o indicio, es como hemos insistido, una carga necesaria del demandado para que el juez pueda siquiera valorarlos correctivamente con estos adjetivos calificativos. Así, en 2019, el JLT de San Antonio enuncia esta actividad necesaria del empleador demandado, por lo que categorialmente es; una carga:

“En consecuencia, hallándose el demandado ante la carga procesal de acreditar en juicio la veracidad de los hechos imputados en la comunicación o carta de despido, y no constando, en la forma establecida por la ley, cuáles fueron los hechos en que la parte demandada fundó la invocación de la causal por la que puso término a la relación laboral existente entre las partes, y no habiendo además rendido probanza alguna en autos, se concluye que no ha cumplido con la carga procesal referida”.<sup>732</sup>

“Que, la demandada, como se razonó precedentemente, no desvirtuó de manera alguna los indicios del actor, que crean la sospecha razonable respecto a que su despido fue una reacción del empleador ante la denuncia interpuesta en

---

<sup>730</sup> Sentencia del JLT de Santiago, causa Rol T-1172-2020, considerando 7°.

<sup>731</sup> *Ibid.*

<sup>732</sup> Sentencia del JLT San Antonio, causa Rol T-8-2019, considerando 15°.

su contra ante la Inspección del Trabajo, más allá del resultado de dicha denuncia".<sup>733</sup>

Finalmente, y a propósito de esta carga, surge una inquietud respecto de la cual al menos debe ensayarse su objeto y una eventual solución.

Se dijo que el empleador, requiere proponer una tesis alternativa sobre los hechos. Requiere su propia teoría del caso. El problema se puede presentar en casos en que como ya se ha mencionado más arriba, es un indicio suficiente la existencia de un despido carente de causal. Esto supone que, tratándose de un juicio de tutela laboral, el demandado deberá expresar las razones que justifican esa conducta como para desvirtuar el hecho base y aportar prueba directa sobre esa justificación. No obstante, es más que frecuente que las demandas en PTL vayan acompañadas de una pretensión indemnizatoria y cobro de prestaciones por despido injustificado. En tal caso, el Art. 454 numeral 1) párrafo segundo del Código del Trabajo imponen expresamente una limitación a la defensa del demandado:

*"No obstante lo anterior, en los juicios sobre despido corresponderá en primer lugar al demandado la rendición de la prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del artículo 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido."*

Luego, en esta acumulación inicial de pretensiones y posterior acumulación de litis dentro del proceso judicial, parece razonable entender a efectos de hacer conciliable esta norma con la regla del Art. 493 del CT, que el juzgador debe separar las causa petendi de cada pretensión. En el primer caso, tratándose del PTL podrá oír al demandado sobre afirmaciones relativas a la falta de causal del despido, pero no podrá hacerlo por expresa limitación normativa en el caso de la litis sobre despido injustificado. Sólo teniendo presente esto se evita una

---

<sup>733</sup> *Ibid.*, considerando 15°. En el mismo sentido, sentencia del JLT de La Serena, causa Rol T-29-2020, considerando 16°.

extensión desmedida y contraria al derecho a ser oído y la bilateralidad de la audiencia, de la regla del Art. 454 numeral 1) párrafo segundo.

A modo de corolario, fuera de los problemas provenientes de falsas aplicaciones de la regla del Art. 493 del CT, de las distinciones entre carga de prueba, regla de juicio y estándar probatorio. De las confusiones que se detectan entre la prueba del hecho y la calificación de las conductas del empleador, es posible trazar líneas comunes en cuanto a la aplicación que los jueces dan a esta regla. Sea propuesta por las partes o no, se erigen los poderes oficiosos del juez concreto en el momento en que existe insuficiencia probatoria, incluso cuando la parte no ha dado cumplimiento suficientemente en su demanda a la expresión de dichos indicios. De otro lado, prácticamente todas las sentencias intentan al menos, o se esfuerzan por explicar el razonamiento que lleva a la conclusión del hecho lesivo. Sin duda el indicio como técnica para flexibilizar la carga probatoria del demandado es la técnica diferenciada de mayor uso en la muestra tanto por litigantes como por juzgadores.

#### **En relación a las técnicas de cognición sumarial no cautelares (492 del CT)**

Una de las mayores sorpresas que se pueden observar en la muestra es la poca o casi nula utilización y concesión de este tipo de medidas. Apenas por debajo del 8% del total de las causas contempla este tipo de solicitudes, y de las 4 causas que representan ese porcentaje, solo en una de ellas se estimó la solicitud.<sup>734</sup>

Nos referimos específicamente aquella hipótesis del Art. 492 del CT, en que los litigantes o el juez de oficio, decreta por resolución judicial el cese inmediato de los efectos del acto impugnado. Se debe tener presente que al efectuar el análisis se ha tenido minucioso cuidado de no confundir esta técnica con las sentencias interlocutorias que se pronuncian sobre medidas cautelares conforme el Art. 444 del CT (aunque puedan tener un efecto similar). También se ha cuidado de diferenciarla de la o las medidas que puedan decretarse por el Art.

---

<sup>734</sup> Causas roles T-22-2018 Iquique, T-30-2018 JLT La Serena, T-17- 2019 del JLT de Copiapó y T-157-2019 de La Serena y T-187-2020 de Iquique.

495 del CT, que de alguna manera tienen un parentesco, pero que forma parte de la sentencia definitiva, al final del PTL.

Dentro de los factores que pueden explicar su precaria utilización, podemos mencionar el objeto mismo de la regla, la forma en que se puede solicitar y las oportunidades y vestimentas procesales con que el legislador dotó al PTL para cuestiones similares. Además del poco desarrollo doctrinal y jurisprudencial que existe en Chile sobre técnicas de urgencia, anticipatorias o de cognición sumarial en general incrementan la dificultad de su uso.

En cuanto a la finalidad de la medida, recordar que el Art. 492 permite al litigante pedir, y al juez conceder o decretar de oficio, la inmediata suspensión de los efectos del acto lesivo cuando al menos se cumplan los siguientes requisitos: i) solicitar en la demanda o en acto procesal posterior dicha cesación por orden judicial, ii) expresar con claridad y precisión (relación con el Art. 490 del CT) que se trata de un acto lesivo de especial gravedad o que la vulneración denunciada, de no decretarse la medida, generará efectos irreversibles, iii) acompañar antecedentes fundantes de las afirmaciones anteriores.

Tiene una injerencia trascendental en todos estos datos generales, que la hipótesis sobre la que discurre la norma es, en naturaleza, una vulneración que debe cesar porque se está produciendo durante el desarrollo o ejecución de la relación material, así como del proceso judicial concreto.<sup>735</sup> Esto no es difícil de concluir puesto que el fin de la técnica comprendida en el Art. 492 del CT, es que el proceso judicial no sea un elemento más para extender la eficacia y duración del acto lesivo, y ya existiendo un requerimiento jurisdiccional, reestablecer lo más pronto la vigencia del Estado de Derecho Constitucional.

Luego, como ya hemos apuntado, la gran mayoría de las causas que componen la muestra versan sobre acciones de tutela laboral iniciadas luego del

---

<sup>735</sup> Exceptúa estas primeras observaciones, uno de los juicios analizados, la causa Rol T-17-2019, del JLT de Copiapó, en que los hechos se producen *con ocasión del despido*. En este caso, de todas formas, se decretó la medida del Art. 492 en relación con el 490 del CT. Ergo, no necesariamente ambos factores están unidos.

despido, cuestión denunciada también previamente en esta investigación y en otras fuentes bibliográficas.<sup>736</sup> Consecuentemente, las medidas de urgencia en torno a la vulneración se difuminan en cuanto su real utilidad y pertinencia. De otro lado, ocasionado el despido, el sujeto activo de la lesión se encuentra fuera de posibilidades de hacer cesar el efecto nocivo de la lesión, por la desconexión que se produjo en la relación material. Las medidas posteriores a que sea condenado son tema de la tutela inhibitoria, preventiva o resarcitoria, pero ya no de urgencia ni anticipatoria, y en ningún caso por vía de cognición sumarial.<sup>737</sup>

### **Las oportunidades y las formas**

No existe ninguna causa de las que componen la muestra, en que el tribunal haya decretado de oficio la medida. Recordemos que existen dos oportunidades para que esta técnica pueda tener lugar, una de ellas es previa solicitud de parte en *otrosí* de la demanda, y la segunda es que se decrete de oficio por el tribunal en cualquier momento u oportunidad dentro del proceso, siempre que el tribunal cuente con los antecedentes para ello.

Del análisis es necesario hacer un matiz en relación con las oportunidades en que se piden y en que se decretan. Si bien es cierto, ninguna de las causas en que se presentó el uso de esta técnica fue por utilización de las potestades oficiosas del tribunal, las resoluciones judiciales que se pronunciaron, en dos de ellas lo hicieron fuera de los momentos referidos. Es decir, en la hipótesis descrita como “en cualquier tiempo” del inciso final del Art. 492 del CT, pero a requerimiento de parte. Claramente una versión del uso de esta regla no contemplado por la ley.

---

<sup>736</sup> Cfr. CONTRERAS y PALOMO, "Los procedimientos laborales...", 47-58.

<sup>737</sup> Un ejemplo de esto es la causa Rol T-105-2019, del JLT de San Miguel en que no hubo solicitud ni aplicación del Art. 492 del CT. Esto puede deberse a que el acto en cuestión ocurrió y acabó en el pasado y, si bien sus efectos se prolongan en el presente, el control de estos efectos no depende del empleador como para ordenar el cese de los mismos y, a lo sumo, se podría ordenar la reparación por el daño que el acto y sus efectos produce, cuestión que corresponde a la sentencia de mérito.



En la causa Rol T-17-2019 del JLT de Copiapó, en que un profesor universitario demandó a su empleadora, el juez *a quo* dejó la resolución de esta medida para la audiencia de juicio y allí se pronunció. Sin duda, la razón de esta decisión se encuentra en para la necesidad de contar con “antecedentes suficientes” que es la exigencia de la regla en estudio para el caso que se decreta en una oportunidad diversa del proveído que acompaña la demanda.<sup>738</sup>

La demandante en estos autos no solicita expresamente el apercibimiento, pero si se indica que esta petición se circunscribe a lo dispuesto por el artículo 492 del CT. En concreto la solicitud se plantea en atención a la especial gravedad de los hechos:

“las especiales dificultades que enfrenta un profesor para obtener un empleo ya iniciado el año escolar, más aún cuando la mencionada carta de despido contiene una serie de imputaciones de carácter difamatorio y al hecho que el demandado en su carta de despido reconoce que las circulares impartidas por la Superintendencia de Educación les son obligatorias, estableciéndose en esta que no procedía el despido de mi representado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo”.<sup>739</sup>

En la especie, se trata de una serie de peticiones que permitan al profesor desvinculado continuar percibiendo sus remuneraciones mientras dure el juicio.

El actor cumplió a cabalidad con los requisitos del artículo 490 del CT, pues se detalla claramente en su libelo cuales son los hechos constitutivos de la vulneración y se acompaña prueba documental en el *segundo otrosí*, inmediatamente después de la solicitud de suspensión.<sup>740</sup>

---

<sup>738</sup> De hecho esta sentencia fue posteriormente anulada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, (Rol 150-2019) y debió efectuarse una nueva audiencia de juicio, en que el tribunal mantiene la medida que solo se alzó por el tribunal a contar de la fecha en que se dictó sentencia definitiva, ordenando que los pagos que se hayan hecho o debido realizar hasta esa fecha fueran imputados al pago de las indemnizaciones a que se dieron lugar en la sentencia definitiva, pues la finalidad de la medida era mantener la vigencia de los derechos del demandante, lo que tiene plena conexión con las obligaciones consignadas en la sentencia.

<sup>739</sup> Demanda presentada en causa Rol T-17-2019 del JLT de Copiapó, 21.

<sup>740</sup> *Ibid.*

En audiencia de juicio, el tribunal accede a la solicitud y ordena, pese a no haberse solicitado expresamente, la aplicación de esta regla bajo apercibimiento de aplicar una multa de 50 unidades tributarias mensuales:

“(...) que le sean pagadas todas sus remuneraciones que ha debido el trabajador devengar desde la fecha hasta antes del día del despido y en tanto no se resuelva por sentencia firme y ejecutoriada lo contrario (...)”.<sup>741</sup>

En una situación muy similar se encuentra el juicio Rol T-22-2018, del JLT de Iquique, en que se solicita la medida de suspensión de los efectos del acto, pero esta es rechazada por el tribunal en la audiencia preparatoria.

Concretamente se pide que el demandado continúe pagando las remuneraciones que dejó de pagar desde el momento que se produjo la desvinculación (se usa la expresión *baja*, como medida disciplinaria que genera separación definitiva de un carabinero respecto de la institución).

Esta solicitud es realizada en un *otrosí* aparte y no hay petición de medidas conminatorias como la multa. El tribunal, igualmente omite pronunciamiento y espera la audiencia preparatoria para pronunciarse:

“Referente a la petición de la parte demandante referida a la Solicitud de Tutela Laboral Anticipada: Atendido lo manifestado por las partes y de conformidad a lo prevenido en el Artículo 492 del Código del Trabajo, esta vulneración a la cual se hace referencia la demandante y la solicitud en particular, lo cual dice relación con el fondo del asunto a dilucidar, no se acogerá la solicitud en términos planteados”.<sup>742</sup>

Es decir, su fallo se deja para la sentencia de mérito, desnaturalizándose completamente la medida.

En este caso, la confusión de parte del juez es evidente. La medida del artículo 492 del CT tiene por naturaleza y fin evitar que el demandante deba soportar unilateralmente el paso del tiempo que implica el proceso, y que la vulneración

---

<sup>741</sup> *E-book* causa Rol T-17-2019 del JLT de Copiapó, 93.

<sup>742</sup> *E-book* causa Rol T-22-2018, del JLT de Iquique, 103.

denunciada, que en el hecho tiene consecuencias patrimoniales (no percibir una remuneración) cese. Sin embargo, la resolución arriba transcrita, confunde, como lo hacen varias de las sentencias observadas, y también las solicitudes propuestas, la hipótesis del Art. 492 con las medidas reparatorias, inhibitorias o de tutela preventiva, propias de la sentencia definitiva del PTL.

Es importante eso sí señalar, en honor a toda la información, que el actor no cumplió cabalmente los requisitos del Art. 490 del CT porque en su demanda es confusa la inclusión de la solicitud dentro de una mezcla y repaso de las cuestiones propias de la vulneración de derechos fundamentales que ya había planteado en lo principal. Es débil la expresión de los motivos graves que aconsejarían la imposición de la medida. Además, solo se acompaña como documento la comunicación formal de la baja institucional, y ningún documento de contexto adicional. Esto demuestra, además, el vínculo que hay entre este Art. 490 del CT, que es una regla destinada al instrumento procesal demanda, y las solicitudes que acompañan dicha demanda como es el caso de la medida de cognición sumarial no cautelar.

#### **Las confusiones con la técnica inhibitoria, preventiva (Art. 495 del CT) y cautelar (444 del CT)**

Como se ha venido adelantado, la similitud entre todas las técnicas *metacautelares* hace que muchas veces la diversidad de naturalezas que cada una de ellas detenta, y que la ciencia procesal aún no termina de develar, hace que sea común que se confundan tanto las solicitudes como las resoluciones que se pronuncian al respecto.

En la muestra, encontramos material mucho más abultado en torno a las técnicas del Art. 495 del CT, ubicadas a propósito de la sentencia definitiva y cuyo objeto también son prevenir o hacer cesar las consecuencias del acto lesivo. Sin embargo, en este caso dicho cese no se producirá durante el proceso judicial, sino para la posteridad, una vez que éste se extinga.

Pese a esta nítida distinción, fue posible encontrar casos en que medidas anticipatorias del Art. 492 del CT, fueron derechamente solicitadas para ser resueltas en la sentencia definitiva, como en los juicios de Iquique del año 2018 y de Antofagasta del año 2019.<sup>743</sup>

La cuestión en todo caso coincide con lo observado en torno al comportamiento judicial. Los jueces de instancia se mantienen recelosos de pronunciar una resolución anticipatoria en tan temprana edad del juicio concreto.

Una mención aparte requiere el juicio Rol T-157-2019 tramitado ante el JLT de La Serena. En este caso, la solicitud del demandante, en el *primer otrosí* de su libelo pretensor tiene por objeto que se mantengan las remuneraciones de una trabajadora que se encontraba a punto de dar a luz:

“En virtud de los antecedentes expuestos y siendo absolutamente necesario que US. decrete medida cautelar, con el objeto de proteger los derechos de mi representada y su hija a punto de nacer. Vengo en solicitar a US. decrete la medida cautelar de restituir las remuneraciones retenidas por el empleador a mi representada, atendido que, tal como expusimos, del monto de éstas depende el cálculo para el pago de las licencias de pre y post natal, ordenando al servicio demandado, restituir cuanto antes los emolumentos retenidos legalmente y pagar las remuneraciones acordes con su grado de contratación, esto es grado 6 de la E.U.S desde enero de 2019 a la fecha.

Por tanto, en virtud de lo expuesto y de lo dispuesto en artículo 444 del Código del Trabajo y demás normas pertinentes, ruego a US. acceder a lo solicitado y decretar la medida solicitada y todas aquellas que US. estime necesarias conforme al mérito de autos a fin de proteger los derechos vulnerados”.

El tribunal, en su primera resolución, rechaza la referida solicitud por estimar que los antecedentes resultan insuficientes y la resolución no fue objeto de recurso alguno, pese a encontrarse en las limitadas hipótesis de procedencia del recurso de apelación del Art. 476 del Código del Trabajo.

---

<sup>743</sup> Causas roles T-22-2018 del JLT de Iquique y T-3-2018 del JLT de Antofagasta.

En este caso se postuló una medida de urgencia, que pretendía la adjudicación de parte de las peticiones patrimoniales propias de la sentencia de mérito, en esta temprana etapa del juicio. Esto dista, como hemos explicado previamente, de la naturaleza propia de la cautelaridad y no obstante aquello, la actora intenta subsumirla bajo la hipótesis del Art. 444 del CT que se refiere a la potestad cautelar del Juez laboral. Producto de utilizar erróneamente las formas procesales, el tribunal aplica los presupuestos propios de este tipo de medidas y la rechaza. Probablemente debió explicitarse y fundar como situación grave o de consecuencias irreparables a que se refiere el Art. 492 del CT, el riesgo que representa para una madre perder la cobertura de un pre y post natal ante la inminencia de un alumbramiento. Es probable que el litigante haya preferido intentar la vía del Art. 444 porque en rigor, contiene requisitos probatorios menos rigurosos que respecto de la técnica anticipatoria, considerando el momento en que se dicta. De todos modos, no fue posible obtener lo pedido.

#### **Con relación a las técnicas de tutela jurisdiccional no resarcitoria y a la flexibilidad de la congruencia (495 CT)**

La primera preocupación de las técnicas preventivas e inhibitorias es sin duda la remoción del ilícito o conducta antijurídica.<sup>744</sup> Como apuntamos *supra*, este tipo de articulaciones normativas no tienen por objeto principal el daño causado sino el acto que lo produce. Su característica principal, no es el resarcimiento, pues supone el reconocimiento de que la tutela jurídica no puede únicamente entenderse satisfecha en el cumplimiento por equivalencia.<sup>745</sup>

El Código del Trabajo chileno, hace un marcado esfuerzo por consagrar en su Art. 495, este complejo entramado de medidas y consecuencias para quien vulneró derechos fundamentales en la relación laboral. Varias de esas medidas apuntan a generar un efecto de reparación integral, que escape, como hemos

---

<sup>744</sup> Cfr. MARINONI, "Tutela Inhibitoria...", 55.

<sup>745</sup> *Ibid.*, 25.

dicho, a lo meramente indemnizatorio, sin dejar de existir también este tipo de adjudicaciones.

Ya sea por vía de la inhibición, de la prevención del acto antijurídico o su repetición, y/o de la cláusula genérica del numeral tercero del artículo referido, en todas ellas se recoge la idea de la tutela jurisdiccional no resarcitoria.

Para poder proceder al análisis que sigue encuadraremos los numerales 2° (cese inmediato del acto), 3° (a indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales) y 4 (deberes del juez de: a) velar por que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior y b) el envío de copia de la sentencia a la Dirección del Trabajo para su registro), en la hipótesis teórica general de *tutela jurisdiccional no resarcitoria* (en adelante TNR), pues todos estos numerales del 495, a diferencia del Art. 489 del CT, tienen que ver con todo menos con prestaciones dinerarias.

Comentaremos asimismo y de manera complementaria, las razones por las cuales están íntimamente ligadas, los casos en que la aplicación del numeral 3° del Art. 495 trajo como consecuencia la *flexibilidad de la congruencia procesal*, otorgando más o distinto a lo que las partes solicitaron oportunamente, sin que ello genere vicios invalidantes por razón del Art. 478 letra e), a propósito del recurso de nulidad y la causal de *extra petita*.

Hay que mencionar que se incorporan dentro de este apartado, el análisis de aquellas causas en que, aunque no se decretaron medidas de este tipo, las partes las pidieron, pues se trata como ya hemos dicho majaderamente de observar el uso de técnicas provenientes todos los sujetos procesales, no solo del comportamiento judicial. Por ejemplo, los juicios de los Juzgados de Letras de Valparaíso y Antofagasta, correspondientes al listado de causas del año 2018, en que las partes solicitaron fundadamente el uso de las técnicas y fueron rechazadas por los respectivos jueces *a quo*.<sup>746</sup>

---

<sup>746</sup> Causas roles T-312-2018 del JLT de Valparaíso y T-20-2018 del JLT de Antofagasta.

Ahondaremos principalmente respecto de las causas en que decretó algo más que simplemente el *cese del acto vulneratorio* o la simple remisión de copia de la sentencia a la Inspección del Trabajo para su debido registro.<sup>747</sup> Pese a que éstas últimas medidas mencionadas son manifestaciones normativas de inhibición y prevención respectivamente, la clave del esfuerzo legislativo por la tutela jurisdiccional efectiva, en esta parte del entramado normativo, es sin duda, al decir de RUAY, la potestad genérica y discrecional que se entrega al tribunal.<sup>748</sup> Nos interesa develar su aplicación en cuanto posibles estandarizaciones decisionales, dada la madurez ya del PTL.

Quedará reservado para el apartado siguiente, la consecuente aplicación del Art. 495 numeral 3° en cuanto al apercibimiento de pena pecuniaria (multa, medidas conminatorias) porque entendemos que atiende a otra categoría diversa de las comentadas acá.

### **Datos generales**

En cuanto a las cifras, ubicamos a este tipo de técnicas, juntamente con la flexibilidad de la congruencia procesal y los indicios, en el podio de las técnicas diferenciadas realmente más utilizadas tanto por operadores como por la judicatura de primer grado.

Según nuestra estadística general, encontramos 34 causas de las 51 que componen la muestra donde fue posible observar el uso y aplicación del Art. 495 en sus diversas manifestaciones. Este número representa aproximadamente el 63% de los procesos judiciales analizados. De este total, en 22 juicios se usaron a requerimiento de parte y éstas fueron acogidas en la sentencia de mérito.<sup>749</sup> Sólo

---

<sup>747</sup> Que como señalamos ya más arriba, requiere para que proceda, que el acto vulneratorio continúe teniendo consecuencias o artistas de producción, porque de lo contrario, como la misma ley señala, su aplicación es absolutamente impertinente.

<sup>748</sup> Cfr. Francisco RUAY, "Análisis crítico...", 101.

<sup>749</sup> Causas roles: T-22-2018 del JLT de Iquique, T-30-2018 del JLT de La Serena, T-12-2018 y su acumulada T-14-2018 del JLT de Curicó, T-133-2018 del JLT de Concepción, T-73-2018 del JLT de Temuco, T-42-2019 del JLT de Iquique, T- 3-2019 del JLT de Antofagasta, T-17-2019 del JLT de Copiapó, T- 105-2019 del JLT de San Miguel, T-71-2019 del JLT de Rancagua, T-11-2019 del JLT de Talca, T-468-2019 del JLT de Concepción, T-62-2019 del JLT de Temuco, T-63-2019 del JLT de

en 8 juicios fueron rechazadas las solicitudes,<sup>750</sup> en tanto que 4 causas presentaron actividad íntegramente oficiosa del tribunal.<sup>751</sup>

En cuanto a la técnica de flexibilidad de la congruencia, inescindible con este apartado, las causas en que se utilizaron las potestades genéricas y discrecionales del juez laboral para poder crear el medio más idóneo de reparación, existió una divergencia notoria entre lo pedido por el o los actores con respecto a lo resuelto, en un total de 16 juicios que representan aprox. el 31% de la muestra total.<sup>752</sup> Es decir, en a lo menos un tercio del global se usó por parte del juzgador esta potestad discrecional que le permite adecuar o moldear, conforme el mérito del proceso, la forma que revestirá la tutela de reparación respecto de las consecuencias del acto antijurídico, sacrificando la idea clásica de la formación del objeto procesal, que obra solo respecto de lo pedido por los litigantes.

### **Observaciones sobre la conducta de los litigantes**

Es posible agrupar tres tipos de requirentes. Aquéllos que proponen el uso de técnicas específicas de inhibición, prevención o TNR en general, detallando la forma y el modo en que deben ser decretadas. Un segundo grupo, solicita únicamente la aplicación del Art. 495 del CT, en clave *utilice usted juez sus potestades y estaremos a lo que su prudencia le dicte* en relación con la idoneidad de la medida. Luego un par de casos aislados, que representan una mixtura, donde se proponen medidas específicas y al final de la petición se agrega esta cláusula general de entregar el peso de la creatividad al tribunal.

---

Puerto Montt, S-33-2019 del 1° JLT de Santiago, T-187-2020 del JLT de Iquique, T-23-2020 del JLT de Talca, T-71-2020 del JLT de Temuco, T-72-2020 del JLT de Valdivia, T-11-2020 del JLT de Puerto Montt, T-20-2020 del JLT de Coyhaique y T-25-2020 del JLT de Punta Arenas.

<sup>750</sup> Causas roles: T-47-2018 del JLT de Arica, T-22-2018 del JLT de Antofagasta, T-312-2018 del JLT de Valparaíso, T-147-2018 del JLT de San Miguel, T-32-2018 del JLT de Chillán, T-159-2019 del JLT de La Serena, T-1172-2020 del 2° JLT de Santiago y T-11-2020 del JLT de Rengo.

<sup>751</sup> Causas roles: T-6-2018-2018 del JLT de San Fernando, T-44-2018 del JLT de puerto Montt y T-34-2018 y T-47-2019, ambas del JLT de Punta Arenas.

<sup>752</sup> Causas roles: T-22-2018 del JLT de Iquique, T-6-2018 del JLT T-30-2018 del JLT de La Serena, T-133-2018 del JLT de Concepción, T-44-2018 del JLT de Puerto Montt, T-34-2018 del JLT de Punta Arenas, T-42-2019 del JLT de Iquique, T-3-2019 del JLT de Antofagasta, T-17-2019 del JLT de Copiapó, T-62-2019 del JLT de Temuco, T-47-2019 del JLT de Punta Arenas, T-187-2020 del JLT de Iquique, T-72-2020 del JLT de Valdivia, T-11-2020 del JLT de Puerto Montt, T-22-2020 del JLT de Coyhaique y T-25-2020 del JLT de Punta Arenas,



Resulta una regla prácticamente general que el tribunal no acoja las proposiciones exactas de medidas reparatorias de parte de los demandantes,<sup>753</sup> pues desde el momento en que se decretan, si bien existen casos en que los jueces consideran las medidas propuestas, siempre agregan algo adicional o variantes a las proposiciones efectuadas.

Esta actitud de los tribunales de no considerar lo que la propia parte vulnerada propone como su medio de reparación más efectivo, es en nuestra consideración criticable. Es el propio denunciante quien manifiesta formalmente por vía del canal de comunicación oficial con el tribunal (el proceso judicial) su requerimiento de tutela y la forma en que ésta se efectivizaría. No obstante, el tribunal igualmente desconoce dicha proposición y decide que es lo mejor, bueno o más idóneo para el tutelado. Es un dejo de discrecionalidad que en la forma en que se observa su aplicación, a propósito de desatender a las partes, hace crecer dentro del proceso al *Estado Juez* de manera desmedida, en pleno desconocimiento de la libertad y autonomía del sujeto tutelado y sus necesidades.

Un ejemplo muy prístino de esta situación la encontramos en la causa Rol T-30-2018, del JLT de La Serena en que una académica demanda a un centro de estudios por razones de discriminación etaria.

En este proceso concreto, la actora solicitó además de las reparaciones pecuniarias, que el tribunal decretara la obligación de "...organizar al menos una charla destinada al personal directivo y a la comunidad académica sobre no discriminación en las relaciones laborales, con especial énfasis en la prohibición de discriminación por edad".<sup>754</sup>

La juez *a quo*, sin embargo, en el considerando vigésimo tercero de la sentencia de instancia estableció que la demandada "deberá realizar una charla sobre la garantía de no discriminación en las relaciones laborales, dentro del plazo de 60

---

<sup>753</sup> En contrario, los casos de las causas Rol T-11-2019 del JLT de Talca y T-5-2018 del JLT de Copiapó, en que coinciden plenamente las peticiones con la sentencia.

<sup>754</sup> *E-book* causa Rol T-30-2018 del JLT de La Serena, 24.

días, contados desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada, la que deberá ser dictada por un académico de Derecho Laboral, con estudios de posgrado en Derechos Fundamentales, debiendo invitarse a participar a toda la comunidad universitaria, incluyendo académicos y personal directivo”.<sup>755</sup>

Hasta aquí más menos dentro de lo esperable, pese a que cambiaron las formas y condiciones de lo solicitado. Sin embargo, en una medida que supera la previsibilidad respecto de la *flexibilidad de la congruencia* a que autoriza el numeral 3° del Art. 495, se agrega en la sentencia la obligación de nombrar a una de las salas con el nombre de la demandante, debiendo realizar una ceremonia para estos fines, invitando a quienes la demandante determine, dentro del plazo de 60 días contados desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada.<sup>756</sup>

De otro lado, en cuanto a las causas cuyas peticiones se generaron de manera genérica, la clave utilizada es variable, pudiendo ir desde la más sencilla enunciación como: “las multas y demás medidas reparatorias que SS. estime”<sup>757</sup> a otras de mayor complejidad.

Un primer escalón en cuanto a estas formas de peticionar, es posible advertirlo en la causa Rol T-63-2019 del JLT de Puerto Montt, en que el demandante en PTL, al denunciar un despido discriminatorio y lesivo respecto de su honra e integridad síquica, utiliza esta mixtura argumentativa (siempre luego de las peticiones resarcitorias):

“Ordenar a la demandada P.C.C.E (anonimización es nuestra), a formular disculpas públicas al suscrito, mediante la publicación de 3 insertos de página completa en el Diario El Llanquihue, destacando su rendimiento profesional y compromiso en el trabajo del suscrito, o adoptar cualquier otra medida que US. estime idónea a la reparación de los actos lesivos”.<sup>758</sup>

---

<sup>755</sup> Sentencia del JLT de La Serena, causa Rol T-30-2018, considerando 23°.

<sup>756</sup> *Ibid.*, en el mismo sentido, confrontar con causa Rol T-22-2018 del JLT de Iquique.

<sup>757</sup> *E-book* Causa Rol T-32-2018, del JLT de Chillán, 9.

<sup>758</sup> Demanda en causa Rol T-63-2019, del JLT de Puerto Montt, petición principal.

Un tercer ejemplo, es la propuesta descrita en la demanda del juicio Rol T-71-2020, del JLT de Temuco, en que la demandante, quien denuncia ser víctima de acoso laboral por un lapso de dos años a la fecha de la interposición de su libelo, solicita además de las indemnizaciones correspondientes y de proponer algunas medidas concretas:

“Ordenar a la denunciadas adoptar las medidas necesarias para implementar los procedimientos sancionatorios reglamentarios que aseguren el resguardo de la dignidad de sus trabajadores y prevenir y sancionar las conductas que atenten en contra de la integridad psíquica de los trabajadores de la empresa...”.<sup>759</sup>

Fuera de los retoques lingüísticos, es claro que se está dejando el peso de la actividad adjudicadora de consecuencias derivadas de la vulneración, en contra del demandado, en el trabajo del juez del caso concreto. En el primer caso presentado, no se decretó ninguna medida de TNR. En el segundo caso, se decretó “Que la demandada deberá formular disculpas públicas al demandante, mediante la publicación de 3 insertos en el Diario El Llanquihue, destacando su rendimiento profesional y compromiso en el trabajo; y mantener una copia del inserto, con igual contenido, en sus redes sociales y página web del establecimiento, durante 6 meses”.<sup>760</sup>

En el tercer caso, el tribunal estimó la solicitud ordenando además del pago de las indemnizaciones a “incorporar en el reglamento interno un procedimiento que establezca la forma en que deben denunciarse, investigarse y sancionarse los actos de acoso laboral”.<sup>761</sup>

En este tipo de casos recientemente descritos, somos de la idea de que no estamos frente al fenómeno de la flexibilidad de congruencia procesal, porque la parte es quien ha puesto el objeto de su solicitud dentro del ámbito de las competencias genéricas y discrecionales del Art. 495, planteándolo de esa manera. Es la propia parte la que atribuye los límites (no límites) al juzgador para

---

<sup>759</sup> *E-book* causa Rol T-71-2020 del JLT de Temuco, 27.

<sup>760</sup> Sentencia del JLT de Temuco causa Rol T-71-2020, considerando 19°.

<sup>761</sup> *Ibid.*, considerando 27°.

que se mueva con total libertad. Por ende, pese a que el juez crea la tutela de reparación de manera innovativa, aquello lo hace considerando que el propio litigante invocó la regla legal que lo habilita para recorrer todo el margen de la norma al momento de pronunciarse. Distinto es que la parte invoque la regla legal y exprese de manera manifiesta las medidas que considera necesarias para la tutela de sus derechos y luego en la sentencia de mérito el tribunal se pronuncie con medidas totalmente diversas.

Hay algunas causas donde derechamente se desatiende completamente la proposición de la parte y pese a acogerse la medida, el tribunal decreta algo completamente distinto y sin conexión con lo solicitado. Aquello ocurrió por ejemplo en la causa Rol T-20-2020 del JLT de Coyhaique, en que varias litis consortes demandan (nuevamente) a una corporación educacional de la ciudad, por vulneraciones a la honra e integridad síquica, proponiendo como medidas, además de las indemnizaciones del Art. 489 del CT: i) una respuesta formal del demandado manifestando su postura frente a acciones de vulneración de derechos fundamentales; ii) establecer un protocolo consensuado con las afectadas y el sindicato que componen. iii) La fijación de un procedimiento administrativo que conozca y dé solución a las demandadas; iv) acordar con los trabajadores las medidas disciplinarias que aplicarán ante la acción u omisión arbitraria e ilegal que perturbe, amenace o vulnere los derechos y garantías constitucionales de quienes componen el establecimiento; v) elaborar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad; vi) elaborar un instrumento escrito en que figuren ordenadas y delimitadas las unidades que componen el establecimiento educacional; vii) contar con un registro público en el que consten todas las reuniones que se realicen entre los funcionarios; viii) realizar las disculpas procedentes por escrito e instruir a la funcionaria que cometió directamente la infracción, a deponer su actuar y solicitar disculpas formales a las representadas; ix) instruir una investigación formal en contra de la misma funcionaria, entre otras medidas.<sup>762</sup>

---

<sup>762</sup> *E-book* causa Rol T-20-2020 del JLT de Coyhaique, 43

Como es posible evidenciar el detalle de la intervención solicitada para que se reestablezca la ciudadanía de la empresa es total. Incluso se proponen medidas de autocomposición, interdisciplinarias y asistidas, que pretenden prevenir y abordar el problema desde su raíz.

El tribunal ordena la elaboración de un tríptico informativo que contenga información sobre la importancia de los derechos fundamentales, así como la disposición en dicho tríptico de la información de contacto de la Dirección del Trabajo en la Región de Coyhaique. Pide además que se distribuya entre los trabajadores de la empresa.<sup>763</sup> En realidad es complejo poder clasificar esta respuesta del tribunal como TNR a petición de parte, porque realmente es más bien una declaración oficiosa que desatiende plenamente el esfuerzo de proposición desarrollada por la parte. Especialmente se echa en falta el no haber considerado las medidas que implicaban un trabajo conjunto, autocompositivo y multilateral.

En sentido contrario a hay que destacar las medidas reparatorias que pueden ser creadas por las propias partes para poner fin al conflicto, en una hipótesis claramente no comprendida en la Ley, como el caso del proceso judicial llevado ante el JLT de Valdivia en el grupo de causas del año 2020. En ella, y ante la Corte de dicha jurisdicción (que aprobó el acuerdo) se arribó a un avenimiento que incluía, luego de las prestaciones económicas, que el Servicio descentralizado demandado distribuiría en los correos institucionales un *e-mail* que contendría una especie de disculpas públicas, reconocimiento de errores administrativos y compromisos para mejorar a futuro.<sup>764</sup> La rebelión de los litigantes, nuevamente forzando las medidas idóneas donde la jurisdicción y la ley no han podido llegar a tiempo ni en forma.<sup>765</sup> Esto de algún modo refuerza lo que hemos venido advirtiendo, la necesidad de reencontrar a la autonomía de la voluntad de las personas, de expresar y decidir aquello que en su concepto y fuero interno

---

<sup>763</sup> Cfr. Sentencia del JLT de Coyhaique, causa Rol T-20-2020, considerando 19°.

<sup>764</sup> *E-book* causa Rol 80-2021, Corte de apelaciones de Valdivia, 16.

<sup>765</sup> Cfr. MARINONI, *Introducción...*, 50.

permite realmente resarcir y reparar el daño causado por una infracción de derechos fundamentales.

### **La observación del comportamiento judicial**

Sin perjuicio de que ya hemos hecho algunas referencias en cuanto a la forma de resolver las solicitudes de tutela no resarcitoria, o no patrimonial, es importante hacer algunos alcances observados respecto del fondo de las medidas decretadas.

Fuera del análisis particular, existe en la muestra una clara tendencia de los jueces de primer grado en cuanto a repetir o estandarizar ciertas medidas de TNR. En un ejercicio de abstracción podríamos afirmar que las más comunes son: i) la orden de realizar disculpas públicas para con el ofendido, en sus diversas modalidades, ii) la orden de publicitar las medidas de reparación, como las recientemente señaladas, iii) las medidas de capacitación o instrucción del empleador y a los trabajadores respecto de Derechos Fundamentales, y su certificación,<sup>766</sup> iv) las medidas generales de publicidad de la sentencia al interior del lugar de trabajo y también fuera de él y v) las medidas de reformas del Reglamento de Orden Higiene y Seguridad, así como las creación de protocolos al respecto.<sup>767</sup>

En términos claramente preventivos y ejemplificadores es frecuente pesquisar sentencias de instancia que establecen esta obligación no patrimonial de emitir comunicados con disculpas públicas y su publicidad. Especialmente considerando que una de las infracciones más denunciadas en la muestra se encuentra a propósito del Derecho a Privacidad y la Honra.

Las modalidades pueden ser diversas, pero la idea central es la misma: generar un instrumento de comunicación respecto de las conductas del empleador

---

<sup>766</sup> Causas roles: T- 3-2019 del JLT de Antofagasta, T-71-2019 del JLT de Rancagua, T-187-2020 del JLT de Iquique y T-11-2020 del JLT de Puerto Montt.

<sup>767</sup> Al respecto, referente a modificaciones o creaciones de reglamentos y protocolos pueden consultarse como ejemplos los *e-books* de las causas roles: T-17-2019 del JLT de Copiapó, T-5-2018 del JLT de Copiapó, T-73-2018 del JLT de Temuco y T-47-2019 del JLT de Punta Arenas.

denunciado con pretensiones sancionatorias (ejemplificadoras) y a su vez preventivas. En la muestra se observa la orden de disculpas públicas siempre por escrito,<sup>768</sup> pero con distintos medios de publicidad. Desde diarios murales o carteles donde se divulgue expresamente el contenido de la sentencia,<sup>769</sup> la difusión de vínculos o *links* en la empresa para que se pueda chequear lo resuelto en el caso concreto, por cualquier trabajador del empleador denunciado, hasta derechamente la publicación del fallo en la propia página web de la demandada.<sup>770</sup>

También hay situaciones que obviamente escapan a las estandarizaciones antes mencionadas, por la particularidad de los derechos materiales en juego. Es el caso por ejemplo, de las denuncias por vulneraciones a la libertad sindical, en que se incorporan deberes para el empleador de no obstaculizar la reunión de los trabajadores sindicalizados, o más aún de facilitarles horarias y lugares dentro de su jornada ordinaria laboral.<sup>771</sup> U otras a estas alturas anecdóticas, como la de emitir por parte de un empleador público (Junta de Nacional de Jardines Infantiles), una carta de recomendación respecto de la denunciante conjuntamente con las disculpas públicas.<sup>772</sup>

La situación más particular que fue posible pesquisar tiene que ver con la concesión de indemnizaciones dentro del uso de las potestades del Art. 495 numeral 3°. Esto, porque en realidad no están ideadas con ese fin. Al contrario, las hemos llamado *no resarcitorias*, precisamente para no confundirlas con las indemnizaciones que puede arrojar una sentencia a propósito de la aplicación del Art. 489 del CT. E

1 JLT de Iquique, en la causa Rol T-42- 2019, fusiona extrañamente las instituciones:

---

<sup>768</sup> Por ejemplo, en la sentencia del JLT de San Miguel, causa Rol T-105-2019, aun cuando posteriormente fue revocado este fallo por la ICA de San Miguel,

<sup>769</sup> Cfr. Sentencia del JLT de Talca, causa Rol T-11- 2019.

<sup>770</sup> Cfr. Sentencias: causa Rol T-187-2020 del JLT de Iquique y T-23-2020 del JLT de Talca.

<sup>771</sup> Cfr. Sentencia del 1° JLT de Santiago, causa Rol S-33-2019.

<sup>772</sup> Cfr. Sentencia del JLT de Punta Arenas, causa Rol T-25-2020.

“A este respecto y como medida reparatoria se acogerá la demanda en esta parte, sólo en cuanto a que la demandada deberá pagar a la trabajadora una terapia psiquiátrica, a elección de la demandante. Sin embargo, lo solicitado no será considerado como daño emergente, toda vez que la demandada no incorporó al juicio documento alguno que diera cuenta de los gastos realizados en virtud de algún tratamiento psiquiátrico previo, entendiéndose, entonces, que la señalada reparación que se ordena se enmarca en el artículo 495 N.º 3 del CT”.<sup>773</sup>

Especulando, al observar la petición de la parte demandante en este juicio, ésta hace una petición también en tal sentido, proyectando el daño futuro que le ha ocasionado la vulneración, y que intenta cuantificar. En este entendido es que el juez *a quo* aprovecha sus potestades discrecionales, para subsumir esta hipótesis fáctica de daño.

La solución casuística no se condice ni con el tipo de medida decretada ni con el espíritu de la norma. Es derechamente una extralimitación de las potestades enunciadas.<sup>774</sup>

### **El uso y aplicación de medidas coercitivas (492 y 495 CT)**

La incorporación de conminaciones, o medidas de coerción, son coherentes con un diseño procesal que busca la ejecución *in natura* y no por equivalencia de una obligación creada por vía de resolución judicial.<sup>775</sup>

Esto es lo que nos propone el PTL cuando incorpora dos artículos en el entramado procesal que contienen conminaciones personales en clave o forma de multas aplicables bajo apercibimiento, en la hipótesis de no cumplimiento voluntario.

---

<sup>773</sup> Sentencia del JLT de Iquique, causa Rol T-42-2019, considerando 11º.

<sup>774</sup> Situación similar puede observarse en la sentencia del JLT de La Serena, causa Rol T-157-2019.

<sup>775</sup> Cfr. ARMENTA DEU, 24.



Recordemos que se trata de una conjunción de artículos, el Art. 492 a propósito de las medidas *meta cautelares* de cese y remoción del ilícito, que ya viéramos más arriba y la potestad del Art. 495 de ordenar las medidas reparatorias bajo apercibimiento de multa también.

En la muestra, se detectaron 14 juicios en que esta forma de tutela conminatoria o medidas coercitivas fueron invocadas a propósito de la sentencia de mérito, es decir en la modalidad propuesta por el Art. 495 numeral 3° del CT, que reenvía a su vez al Art. 492 del mismo cuerpo legal.<sup>776</sup> Ya sea por petición de parte (aun cuando no prosperara), ya sea por declaración oficiosa del tribunal, extendiéndose más allá de lo pedido por las partes, en una clara manifestación nuevamente de flexibilidad de la congruencia.

Estos 14 juicios en que se invocaron medidas coercitivas a propósito de la sentencia de mérito representan el 27% aproximadamente del total de la muestra.

Existe también un segundo grupo de causas, ya analizado *supra*, que lo componen los procesos Rol T - 30-2018 del JLT de La Serena, Rol T-22-2018 del JLT de Iquique y Rol T-19-2019 del JLT de Copiapó. En ellas el actor solicita el apercibimiento de multa, que como sabemos va de 50 a 100 Unidades Tributarias Mensuales, a propósito de su petición de cese inmediato de la vulneración, luego de presentar la demanda, acogiéndose a la norma del Art. 492 del CT.

En el caso de la causa Rol T-17-2019 del JLT de Copiapó, se produce la situación en que la invocación y aplicación de las técnicas conminatorias tienen como fuente a la parte demandante y al tribunal. Tanto en la oportunidad *in limine litis* como a propósito de la sentencia de mérito. En el caso de la primera oportunidad, esta es acogida decretándose por un monto de 50 Unidades Tributarias Mensuales. Luego, en la sentencia definitiva, el tribunal impone de

---

<sup>776</sup> Causas roles: T-22-2018 del JLT de Iquique, T-5-2018 del JLT de Copiapó, T- 147-2018 del JLT de San Miguel, T-6-2018 del JLT de San Fernando, T-12-2018 y su acumulada T-14-2018 del JLT de Curicó, T-73-2018 del JLT de Temuco, T-44-2018 del JLT de Puerto Montt, T-42-2019 del JLT de Iquique, T-17-2019 del JLT de Copiapó, T-71-2019 del JLT de Rancagua, T-468-2019 del JLT de Concepción, T-T-63-2018 del JLT de Puerto Montt, T-72-2020 del JLT de Valdivia y T-20-2020 del JLT de Coyhaique.

oficio el apercibimiento de multa, para garantizar una obligación de *disculpas públicas respecto del ofendido*.

De la observación del uso de estas medidas, podemos afirmar que no representan una preocupación relevante para las partes. Aquéllas que fueron rechazadas cuando fueron pedidas en la oportunidad de entrada al juicio, ni siquiera fueron recurridas. La posibilidad de impugnación hubiese sido intentar subsumirlas dentro de la hipótesis de la cautelaridad, para alzarse en apelación de conformidad al Art. 476 del CT, pues es preciso puntualizar que en el PTL al igual que en todo el CT la apelación está restringida solo a ciertas resoluciones judiciales.

Por otro lado, no existe registro en las causas analizadas, de que se haya hecho efectivo alguno de los apercibimientos decretados en la etapa de ejecución por incumplimiento. No se trata de una medida de uso generalizado salvo por sus fines meramente disuasivos.

De hecho, fue posible observar que en alguna de las causas ni siquiera se determinó exactamente por el tribunal cuál era el monto que comprendía la futura multa para conminar, decretándose simplemente “bajo apercibimiento legal”,<sup>777</sup> “bajo el apercibimiento del At. 492 del CT”,<sup>778</sup> o “se decreta bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 UTM”,<sup>779</sup> cuestión esencial en una medida que supone el uso de la violencia sobre el patrimonio. Ninguna de estas resoluciones fue objeto de impugnaciones ni recursos.

De la observación, se extrae al menos como conclusión provisional, que los procesos concretos analizados no pueden entregarnos un dato cierto respecto de la efectividad de su aplicación en relación con el fin que intentan cumplir. Muy probablemente por el hecho de tratarse de amenazas de gravámenes pecuniarios cuyo destinatario final es el Fisco, un tercero completamente ajeno al o los mismos procesos concretos. No obstante, tampoco es la técnica menos utilizada

---

<sup>777</sup> Sentencia del JLT de Puerto Montt, causa Rol T-44-4018, parte resolutive.

<sup>778</sup> Sentencia del JLT de Coyhaique, causa Rol T-20-2020, parte resolutive.

<sup>779</sup> Sentencia del JLT de Concepción, causa Rol T-468- 2019, parte resolutive.

ni de lejos. Se mantiene su aplicación práctica tanto por jueces como por los demandantes. En concreto, en 4 de los 14 juicios referidos recientemente,<sup>780</sup> fue la parte quien promovió su uso y en 7 de ellos el juez *a quo* es quien las decreta oficiosamente en la sentencia definitiva.<sup>781</sup> A su vez, en 3 de ellas partes y jueces participaron de su uso.<sup>782</sup>

Sin perjuicio de que tanto las peticiones como las resoluciones no contengan un contenido profuso y fundado, su utilización al mirar los datos generales no deja de ser relevante.

---

<sup>780</sup> Causas roles: T-5-2018 del JLT de Copiapó (en este juicio concretamente el tribunal, a pesar de declarar que hubo vulneración a la integridad psíquica del actor, e imponer el cese de la conducta antijurídica, no decreta el apercibimiento), T-147-2018 del JLT de San Miguel, T-73-2018 del JLT de Temuco y T-T-71-2019 del JLT de Rancagua.

<sup>781</sup> Causas roles: T-6-2018 del JLT de San Fernando, T-17-2019 del JLT de Copiapó, T-42-2019 del JLT de Iquique, T-44-2018 y T-63-2019, ambas del JLT de puerto Montt, T-72-2020 del JLT de Valdivia y T-20-2020 del JLT de Coyhaique.

<sup>782</sup> Causas roles: T- 22-2018 del JLT de Iquique, T-12-2018 y su acumulada T-14-2018 del JLT de Curicó y T-468 -2019 del JLT de Concepción.

## CONCLUSIONES

“El jurista invaria los acontecimientos para producir una regla, o cambia las reglas para determinar un resultado. El teórico especula con sus intuiciones mentales para identificar, distinguir o componer la consistencia ideal de las nociones. La conexión sistemática de los conceptos, con la finalidad de asegurar sus significaciones y recíprocas influencias, es tarea propia de la ciencia. Y la filosofía intenta penetrar en el sentido último del Derecho en relación con la idea total del ser y de la vida.” (Humberto BRISEÑO, *Derecho Procesal*, Cárdenas Editor, México D.F., 1969, I, 6)

Esta lúcida frase escrita por el filósofo del Derecho Procesal latinoamericano, Humberto BRISEÑO, de algún modo capta la completa esencia del fin de esta investigación, que no es otro que sistematizar y entregar respuestas consistentes a las nociones o conceptos jurídicos aquí tratados, en este caso, aquéllos que deambulan por el fenómeno jurídico procesal contemporáneo en búsqueda de identidades propias.

Nuestro camino ha sido extenso. Hemos debido afrontar las preguntas formuladas al inicio, investigando sobre bases teóricas llena de baches e indeterminaciones.

En concreto, sobre la existencia de la tutela jurisdiccional diferenciada como categoría autónoma y su real utilidad y recepción, sobre sus manifestaciones positivas en el ordenamiento chileno, y respecto de su uso en procesos concretos, los resultados son los siguientes:

1. La *efectividad* de la tutela jurisdiccional es el eje sobre el cual gira la potestad jurisdiccional en un Estado de Derecho Constitucional.
2. La voz *tutela jurisdiccional efectiva* se erige como el calificativo axiológico propio de esta nueva concepción sobre la potestad jurisdiccional. Se utilizan, sin embargo, de manera indistinta la eficacia, la efectividad y la eficiencia procesal para medir o prometer el cumplimiento de sus fines.

3. Esta trilogía de calificativos fue redefinida funcionalmente. Para que sea *eficaz* el derecho material, para que pueda ser obedecido de manera lo más general posible y por ende legitimarse el ordenamiento jurídico todo, la tutela jurisdiccional debe que ser *efectiva*, materializadora de esos derechos sustantivos, tanto constitucionales como infra constitucionales. A su vez, para que podamos constatar esa efectividad en la realidad, es necesario que el instrumento procesal sea *eficiente* en términos funcionales a las dos categorías anteriores.
4. En términos de eficiencia procesal, existe una visión que revaloriza las particularidades de cada caso y persona, y no se centra necesariamente en criterios economicistas. Esta óptica postula a la *técnica procesal* (en tanto método de producción de normas procesales, de enseñanza de la disciplina y de adjudicación judicial) como una variable de la eficiencia, cuya *idoneidad* es necesaria condición de la promesa de efectividad.
5. En el Art. 19 numeral 3° de la Carta de 1980 chilena, no se regula expresamente el derecho a la idoneidad de la técnica procesal. Sin embargo, se denuncia la necesidad de su incorporación desde los estudios comparados y nacionales.
6. La textura abierta o porosa de las normas constitucionales chilenas que regulan la materia permiten la incorporación de estos nuevos subcomponentes de la TJE. Prueba de ello es el asentamiento reciente dentro del instituto, del derecho a la ejecución forzada.
7. La igualdad ante la ley, y la reivindicación doctrinal de la conexión materia-proceso, son las bases que permiten entender que la legislación y la jurisdicción deben reconocer en su ejercicio *las diferencias* relevantes para poder tender hacia una igualdad material y superar la mera igualdad formal. La idoneidad o adecuación de la técnica procesal es una herramienta para este fin.

8. La tutela procesal diferenciada es una categoría cuya significación histórica y conceptual es confusa e induce a equívocos.
9. El concepto de tutela jurisdiccional diferenciada fue acuñado por Andrea PROTO PISANI sobre la idea matriz de la *no neutralidad* del instrumento procesal.
10. Originalmente se describió a la tutela jurisdiccional diferenciada sobre la base de dos hipótesis: como la predisposición de varios procedimientos de cognición plena y completa, algunos modelados con base a la situación sustancial controvertida y en otros casos como la teorización sobre las formas típicas de tutela de cognición sumarial.
11. El núcleo y justificación de la tutela jurisdiccional diferenciada radica en su función: debe incorporarse esencialmente para la protección judicial de derechos de contenido y/o función no patrimonial, o exclusiva o prevalentemente no patrimonial, que sufrirían (sus titulares) un perjuicio irreparable (imposible de resarcir dinerariamente) de mantenerse en insatisfacción toda la duración propia de un proceso de cognición plena o de aplicarse las formas típicas del juicio común u ordinario.
12. La doctrina latinoamericana se interesó por esta figura y no obstante los esfuerzos descriptivos, no se logra uniformidad de opiniones sobre su contenido y alcance.
13. La doctrina contemporánea confunde y usa comúnmente el término tutela jurisdiccional diferenciada, como sinónimo de alguna de las técnicas en particular que la componen.
14. La tutela procesal diferenciada se reconoce como un fenómeno jurídico procesal teleológico, que en abstracto se presenta como un andamiaje o estructura de reglas y principios procesales contenedores una serie de técnicas procesales que se conjugan entre sí con una función o finalidad determinada, y que posee elementos esenciales pesquisables.

15. Los elementos esenciales de las tutelas jurisdiccionales diferenciadas son los siguientes:

a) la existencia de una estructura o diseño procedimental con una intencionalidad o propósito (nota de no neutralidad).

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.

c) la dotación en esta estructura procedimental de técnicas que se apartan de los enclaves del procedimiento de cognición ordinaria de matriz decimonónica.

16. Para delimitar el contenido y alcance de la tutela jurisdiccional diferenciada, hemos propuesto el *test de verificación* o *test de diferenciación*, que permite pesquisar la existencia de sus elementos esenciales. La función de la pesquisa en abstracto es entregar una orientación para leer, enseñar, aplicar y regular este tipo de diseños procedimentales correctamente.

17. En abstracto, a través de las *notas diferenciadoras* pudimos concluir que la tutela jurisdiccional diferenciada es una categoría autónoma que se externaliza como una estructura o montaje normativo que responde a un tratamiento diferenciado respecto del rito común por razones de los derechos involucrados (derechos no patrimoniales o derechos de función prevalentemente no patrimonial), o a los sujetos que intervienen en él.

18. En el ordenamiento jurídico chileno, conforme nuestro *test de verificación* o *diferenciación*, existen casos de tutela jurisdiccional diferenciada. Algunos de mayor o menor intensidad en cuanto a las técnicas diferenciadas incorporadas.

19. El procedimiento judicial chileno que presenta la mayor carga de diferenciación es el *Procedimiento de tutela laboral* por vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

20. Todo andamiaje normativo, coherente con el Estado de Derecho Constitucional, debe ser respetuoso del *proceso justo o debido*, máxime si estamos proponiendo a la tutela procesal diferenciada como una alternativa de idoneidad en función de esta concepción de Estado. De otro modo el abordaje perderá legitimidad y coherencia.
21. 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.
22. Entre la ambigüedad conceptual de la tutela jurisdiccional diferenciada y las garantías del proceso justo, la doctrina contemporánea ha denunciado fricciones o tensiones.
23. No se trata de críticas o fricciones aparentes, como parte de la doctrina procesal *publicista* pretende hacer creer, sino de reales tensiones para con las garantías del proceso justo que deben ser abordadas.
24. 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.
25. 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.
26. 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.



27. 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, inclusive aquello que no es y genera desequilibrios injustificados que pueden terminan en procesos irracionales e injustos.
28. Son también atendibles las denuncias que miran a evitar potestades judiciales altamente discrecionales, y aquéllas 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.
29. 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.
30. 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.
31. 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 sustanciar un sistema tuitivo que se aleja del formalismo procesal clásico.
32. La literatura nacional es muy mezquina en cuanto a explicaciones exclusivamente procesales sobre el *Procedimiento de tutela laboral*.

33. La historia, discusión e inspiraciones de este procedimiento dan cuenta no solo de su especialidad, sino de una notoria intención por entregar al sistema un mecanismo procesal idóneo de protección de derechos.
34. Se reconoce notablemente la influencia que sobre este diseño ha tenido el derecho material del trabajo y la doctrina de la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales.
35. Esta conexión materia-proceso terminó, en lo que a las relaciones laborales concierne, en la creación de un conjunto de técnicas procesales reguladas entre los artículos 485 al 495 del Código del Trabajo, que se acoplan articuladamente en torno a una raíz común: el juicio de aplicación general de los Arts. 453 y siguientes del mismo código.
36. No se trata de un procedimiento especial, sino de una tutela diferenciada que cuenta con las notas suficientes como para ser calificada de tal al menos en un análisis teórico dogmático.
37. Las reglas consagradas en los Arts. 485 y siguientes del Código del Trabajo, abrazan prácticamente la totalidad de las *notas diferenciadoras* reconocidas por la doctrina contemporánea. La conjugación de tutela inhibitoria, anticipatoria y medidas coercitivas en este procedimiento, ha sido planteado como el modelo a construir para este tipo de casos.
38. Se detectan en el *Procedimiento de tutela laboral*, la consagración positiva de las siguientes técnicas diferenciadas: a) legitimación ampliada (Art. 486 y 489), b) reforzamiento de las salidas colaborativas (Art. 486 inc. penúltimo), c) preferencia para sustanciación y fallo (Art. 488), d) indicios y el alivio probatorio (Art. 493), e) técnicas procesales de cognición sumarial no cautelar (Arts. 492 en relación con el art. 490), f) técnicas procesales de naturaleza preventiva, inhibitoria y en general no resarcitorias (Arts. 495), g) el uso de medidas coercitivas. (Art. 492 y 495) y h) la flexibilidad de la congruencia procesal (Art. 495).

39. La tutela jurisdiccional diferenciada y las distintas intensidades de diferenciación deben tener una correspondencia en la realidad, de lo contrario devienen en letra muerta si la conducta judicial no logra capturarlos en su completa extensión.
40. Para un análisis práctico de la recepción de las técnicas diferenciadas en la realidad procesal se optó por utilizar metodología diversa a lo exclusivamente dogmático, para poder corroborar la afirmación de ser este procedimiento de tutela laboral una verdadera tutela procesal diferenciada. La *idoneidad* normativa fue pasada por el cedazo del análisis casuístico.
41. Se analizaron 51 juicios de instancia, distribuidos entre todos los territorios jurisdiccionales del Estado de Chile. Se trata de una muestra, selectiva o de *racimo randomizada*.
42. En ningún caso esta muestra es el universo total de los juicios y procesos concretos que existen desde ya más de una década de entrada en funcionamiento de este entramado de reglas.
43. De la *observación no participante*, fue posible extraer una visión general que nos entregó datos concretos y otros que merecen comentarios particulares.
44. En cuanto a la técnica de legitimación activa, jugó un rol preponderante la limitación del Art. 489 que restringe su utilización a procesos con relación laboral vigente, que representaron únicamente un 27,4% del total. No obstante, pudimos constatar que, dentro de dicho porcentaje, las instituciones especialmente públicas llamadas al menos a actuar como coadyuvantes y que detentan un deber legal de intervenir en el proceso, limitan su actuar a emitir la información que el tribunal le requiere en calidad de terceros no interesados.
45. Respecto de los métodos autocompositivos, se pesquisaron 14 causas con manifestaciones de este tipo de solución de conflictos. No obstante, el dato objetivo muestra que, en ninguna de ellas, se hizo uso de mediación

voluntaria. En ese mismo sentido, llama la atención también que un número no menor de causas terminara utilizando la clásica conciliación en cortes superiores de justicia, (ni siquiera en instancia) tan propia del proceso civil, con sus respectivos acuerdos patrimoniales, pese a tratarse de vulneraciones de derechos fundamentales. Finalmente, sólo dos causas fueron categorizadas con mediación obligatoria ante la Inspección del Trabajo y posterior denuncia del órgano fiscalizador.

46. Sin duda, la regla del Art. 493 del Código del Trabajo sobre *alivio o flexibilidad probatoria* fue la más aplicada y recepcionada de la muestra. Tanto es así que, en 49 procesos judiciales concretos, es decir en el 96% de la muestra, fue posible advertir su invocación y aplicación.
47. Las formas en que los litigantes utilizan la técnica de alivios probatorios comparten ciertos lineamientos comunes, como el acompañamiento inmediato de antecedentes documentales que sustenten los indicios desde el inicio del juicio, así como modalidades diversas para su proposición en el acto procesal demanda. Incluso es frecuente su confusión para con los mismos instrumentos que los respaldan probatoriamente.
48. Los jueces *a quo*, se refugian permanentemente en esta regla de juicio como basamento de su razonamiento fáctico. Sin embargo, los defectos más complejos son: a) la falsa aplicación del ejercicio inferencial del hecho indiciario y b) la falta de análisis de la prueba directa ofrecida y rendida por el demandado. Esta última, condicionante para su uso, una vez descartada dicha prueba como justificante racional de las medidas que se denuncian como vulneratorias de derechos fundamentales.
49. En cuanto a la utilización de las técnicas de cognición sumarial no cautelares, o meta-cautelares del Art. 492, su uso fue escasísimo. Solo el 8% de la muestra. Esto pone de relieve nuevamente al factor distributivo de las causas; entre aquéllas que detentan relación laboral vigente y aquéllas que no cuentan con dicho vínculo al momento de presentarse la demanda.

50. Decretar el *cese inmediato* de actos vulneratorios habiéndose extinguido la relación resulta complejo de abordar por la hipótesis temprana y urgente prevista en el Art. 492 referido. Así también de extraño resulta su constante confusión con las técnicas cautelares de las que pretende distanciarse y de la dualidad disuasiva de su uso, al mantener su aplicación por reenvío en la sentencia de mérito de conformidad al Art. 495.
51. Sólo por debajo de la técnica de indicios, las formas procesales de *tutela no resarcitoria* comprendidas en el Art. 495 son las de mayor aplicación y utilización en la muestra. En el 67% juicios (34 de los 51) fue posible observar solicitudes y sentencias contenedoras de medidas reparatorias, inhibitorias y preventivas respecto de los hechos antijurídicos denunciados.
52. En un 31% (16 de 51) de los procesos observados, los jueces de instancia utilizaron sus potestades oficiosas para disentir de la congruencia procesal. En ese porcentaje los jueces *a quo* desatendieron lo exteriorizado y pedido como reparatorio por los propios demandantes, conforme sus necesidades de tutela.
53. Los sujetos procesales dan poco uso a las *medidas conminatorias* del Art. 492 y 495. Pese a pesquisarse su recepción en un 27% del total de la muestra (14 causas en concreto) especialmente en la sentencia de mérito, la mayoría de las aplicaciones de esta técnica provienen de la actividad oficiosa del tribunal. Y cuando se utilizó ni siquiera se refirió el monto de la conminación, con la complicidad y silencio de los litigantes.
54. Como pudimos observar, luego de casi quince años de praxis judicial, estas reglas procesales contenedoras de técnicas diferenciadas reciben una constante utilización y aplicación.
55. Algunas técnicas diferenciadas comprendidas en el *Procedimiento de tutela laboral* reciben una aplicación en mucho mayor medida que otras. Sin embargo, las formas en que los litigantes y jueces se comportan frente al

uso de estas técnicas difieren, amplían y otras veces restringen su sustrato teórico y normativo, alterando su esencia. El *ser* de alguna manera ha permeado y moldeado profusamente el *deber ser*.

Hemos desarrollado esta investigación intentando conjugar abstracciones teóricas, realidades jurídicas, debates e ideas propias. Por cierto, que no es una investigación que tenga pretensiones de entregar todas las respuestas sobre las tutelas diferenciadas, ni sobre el campo de pruebas que utilizamos para observarlas. Pero encaramos la parte final de este trabajo con la convicción de que se trata de una propuesta conciliadora entre la rigidez del análisis netamente positivo y el saber práctico, imposible de obviar, imposible de desatender.

**BIBLIOGRAFÍA**<sup>783</sup>**Libros y revistas**

Eduardo ALDUNATE, *Derechos fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, *Manual de Juicio del Trabajo*, 2ª ed., Academia Judicial de Chile, Santiago de Chile, 2017.

Adolfo ALVARADO, *El Debido Proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

Adolfo ALVARADO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Juris, Rosario, 2009.

Adolfo ALVARADO, *Temas procesales conflictivos 2. Cautela procesal, crítica a las medidas precautorias*, Juris, Rosario, 2008.

Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. de Carlos BERNAL, 2ª ed. en castellano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Donaldo ARMELIN, "Tutela jurisdiccional diferenciada", *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, 65 (1992), 45-55.

Teresa ARMENTA DEU, "Ejecución y medidas conminativas personales". Un estudio comparado, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 22 - 2 (2012), 23-54, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371043382002>, (disponible en internet el 27-01-2022).

Antonio BAYLOS, "La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva", *Derecho Privado y Constitución*, 4 (1994) 107-129.

---

<sup>783</sup> Tanto para las referencias bibliográficas a pie de página como para la bibliografía general se han seguido las reglas de citado establecidas por el texto "Sistema de citas en escritos académicos y profesionales de derecho (guía práctica sobre sus aspectos formales)", de los profesores Fernando M. TOLLER y Juan CIANCIARDO, que pueden ser consultadas directamente en el siguiente link: [15- TOLLER - CIANCIARDO Sist. citas en escritos academicos \(2\).pdf](#).

Silvia BARONA, "A la búsqueda de la eficiencia y celeridad, claves de la justicia civil del siglo XXI", en *Libro homenaje al profesor Fábrega, Instituto colombo-panameño de Derecho Procesal*, Panamá, 2019, 661-685, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3511153> (disponible en internet el 26-VIII-2020).

Jeremías BENTHAM, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, trad. del francés por Manuel OSSORIO, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971.

Roberto O. BERIZONCE, "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas" *Ius et Veritas*, 40 (2010), 244-253.

Roberto O. BERIZONCE, "Nuevos principios procesales y su recepción en ordenamientos jurídico-nacionales (influencia del derecho internacional y los derechos humanos)", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, 42-9 (2012), 257-289.

Roberto O. BERIZONCE, "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*, 48-15 (2018) 835-856.

Roberto O. BERIZONCE, "Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas", *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2009) 29-62.

Roberto O. BERIZONCE, *Tutelas Procesales Diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

José Wellington BEZERRA DA COSTA NETO, *Protagonismo Judicial. Novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional*, Leud, Sao Paulo, 2017, 393.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.087*, Valparaíso, 2006, <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5683/>, (disponible en internet el 9-X-2021).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.260*, Valparaíso, 2018, 150, <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/20260>, (disponible el 08-II-2022).



Andrés BORDALÍ, “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2011), 311-337.

Andrés BORDALÍ, *Derecho Jurisdiccional*, Ediciones Universidad Austral, Valdivia, 2016.

Andrés BORDALÍ, Gonzalo CORTEZ y Diego PALOMO, *Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

Hugo BOTTO, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer*, Juris, Rosario, 2004.

Humberto BRICEÑO, *Derecho Procesal*, Cárdenas Editor, México D.F., 1969, I.

Juan Ramón CAPELLA, *Elementos de Análisis Jurídico*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008.

Mauro CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, ed. peruana, trad. del italiano de Héctor FIX ZAMUDIO, Palestra, Lima, 2010.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, *Boletín N° 3367-13*, 1 de octubre de 2003.

Piero CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de la 2ª ed. italiana de Santiago Sentis, Europa América, Buenos Aires, 1963, I.

Gustavo CALVINHO, *El proceso con derechos humanos. Método de debate y límite al poder*, El Jurista, Santiago de Chile, 2018.

Carlos CARBONE, “la tutela procesal diferenciada: opacidad conceptual y su repercusión en los procesos cualificados por la urgencia y la evidencia, subcautelares e infra o mini diferenciados”, *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2009) 83-105.

Flavia CARBONELL y Raúl LETELIER, “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en Pablo CONTRERAS y Constanza SALGADO (ed.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 345-378.

Francesco CARNELUTTI, *Metodología del Derecho*, 2ª ed., trad. de Ángel OSSORIO, UTHEA, Ciudad de México, 1962.

Francesco CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. de Niceto ALCALÁ y Santiago SENTÍS, UTEHA, Argentina, Buenos Aires, 1944, II.

Nicolás CARRASCO, "Efectividad de las normas procesales civiles", *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 52 (2019) 67 - 100.

Franco CIPRIANI, "El procedimiento cautelar entre Eficiencia y Garantías", *Derecho & Sociedad* 25 (2005) 53-64  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13127>,  
(Disponible en internet el 15-IV-2021).

Franco CIPRIANI, "El proceso civil italiano: entre revisionistas y negacionistas", en Juan MONTERO AROCA, (Coord.), *Proceso civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 51-66.

Félix COHEN, *El método funcional en el derecho*, trad. de Genaro R. CARRIÓ, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1935.

Juan COLOMBO, *La jurisdicción en el Derecho Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1991.

Cristian CONTRERAS y Rodrigo PALOMO, "Los procedimientos laborales. El procedimiento de aplicación general, la acción de tutela laboral y el procedimiento monitorio", *Revista Laboral Chilena*, diciembre (2017) 47-58.

Jorge CORREA, "Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología? ", *Anuario de derecho público*, 1 (2011), 95-126.

Gonzalo CORTEZ y Diego PALOMO, *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018.

Gonzalo CORTEZ, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016

Gonzalo CORTEZ, Jordi DELGADO y Diego PALOMO. *Proceso Laboral*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2021.

Eduardo COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Metropolitana, Santiago de Chile, 2013.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA XIV, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, 4 a 6 de marzo de 2008, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>, (disponible el 02-02-2021).

Andrés DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, 1992.

Andrés DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia, derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980.

Jordi DELGADO y Cristian CONTRERAS, "Régimen de las partes y terceros en el proceso", en y Gonzalo CORTEZ y Diego PALOMO (Coords.), *Proceso civil, normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018.

Antonio DELLEPIANE, *Nueva Teoría de la Prueba*, 7ª ed. Themis, Bogotá, 1972.

Carlos A. DE OLIVEIRA, "Efectividad y proceso de conocimiento", *Revista Jurídica del Perú*, 105, (2009) 277-288.

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

Carlos A. DE OLIVEIRA, "Perfil dogmático da Tutela de Urgencia", *Revista de la Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, S/N, 1997, en [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(7\)%20-formatado](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(7)%20-formatado), (disponible el 28-I-2021).

Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso*, 3ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.

Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Víctor de Zabala Editor, Buenos Aires, 1972, I.

José Roberto DO SANTOS, *Efectividade do processo e técnica processual*, 3ª edición, Malheiro Editores, Sao Paulo, 2010.

Erich DORING, *La prueba su práctica y apreciación*, trad. del alemán de Tomás BANZHAF, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1972

Ronald DWORKING, *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Gustavino, 4ª ed., Ariel, Barcelona, España, 1989.

Mauricio DUCE, Cristián RIEGO y Felipe MARÍN, "Reformas a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información", en Centro de Estudios de Justicia de las Américas (ed.), *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina*, Santiago de Chile, 2008, 13-94. <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1138>, (Disponible en internet el 30-VII-2021).

Juan Carlos FERRADA, "La Constitución económica de 1980", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 11 (2010), 47-54.

Juan Carlos FERRADA y Rodolfo WALTER, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral" *Revista de derecho, Valdivia*, 24-2 (2011) 91-111, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200004>, (disponible el 15-IX-2021).

Juan Carlos FERRADA, "Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó)", *Revista de derecho, Valdivia*, 21 - 2 (2008) 251-271, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502008000200010>, (disponible en internet el 15-IX-2021).

Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. del italiano de Perfecto IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ, Juan Carlos BAYÓN, Juan TERRADILLOS y Rocío CANTARERO, Trotta, Madrid, 1995.

Lon L. FULLER, *La moral del derecho*, ed. en español, trad. de Francisco NAVARRO, Trillas, Ciudad de México, 1967.

Sergio GAMONAL y Caterina GUIDI, *La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo*, Der Ediciones, Santiago de Chile, 2020.

Sergio GAMONAL, "El daño moral en el [artículo 489](#) del [código del trabajo](#)", *Revista de derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 47 (2016) 305-327, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200010>, (disponible en internet el 15-IX-2021).

Sergio GAMONAL, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

Ramón GARCÍA, *El Case Managment en perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Santiago de Chile, 2020.

Juan Antonio GARCÍA AMADO, "Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2 (1985), 297-316.

Juan Antonio GARCÍA AMADO, "Justicia distributiva y estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?", en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 9 (2016) 267-308

Gonzalo GARCÍA y Pablo CONTRERAS, "El derecho a la tutela judicial y el debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Estudios Constitucionales*, 11- 2, (2013) 229-282.

Roberto GONZÁLEZ, "El debido proceso: del derecho a las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos", *Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal*, 39 (2013), 205-233. <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v39.n39.2013.35> (disponible en internet el 30-VII-2021).

Roberto GONZÁLEZ, "Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: pasando la Página del debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales", *Derecho & Sociedad* 38 (2012) 281-296, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13127>, (Disponible en internet el 15-IV-2021).

Oswaldo GOZAÍNI, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2017.

Oswaldo GOZAÍNI, *Problemas actuales de Derecho Procesal: garantismo contra activismo judicial*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., Ciudad de México, 2002, 6.

Jaime GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., 2ª reimp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, I.

Karol GUZMÁN, *El procedimiento de tutela laboral como resultado del fenómeno de la constitucionalización del Derecho chileno*, Ius Civile, Santiago de Chile, 2017.

Cecil HALPERN, "La acción de tutela de los derechos fundamentales del trabajador", en María Pía SILVA y Myriam HENRÍQUEZ (coords.), *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro CARRIÓ, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

Daniel HERTEL, *Técnica processual e tutela jurisdiccional: a instrumentalidade substancial das formas*, Faculdade de Direito de Vitoria, Vitoria, 2004, 60, en <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/38>, (disponible el 15-IX-2020).

Wesley N. HOHFELD, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, 3ª ed., Fontamara, Ciudad de México, 1995.

Francisco HOYOS, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, 105.

Iván HUNTER, *Rol del Juez. Prueba y proceso*, Der Ediciones, Santiago de Chile, 2020.

Martin HURTADO, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Palestra, Lima, 2006.

Camilo ITURRIAGA, "Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 1 (2016) 53-68.

Gaspar JENKINS, "La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva", *Estudios constitucionales*, 18-1 (2020), 211-258.

Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la segunda edición en alemán, por Roberto J. VERNENGO, Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1982

Luis KAMADA, "Las tutelas diferenciadas y su tensión con el debido proceso" (2013), en *Sistema Argentino de Información Jurídica*. <http://www.saij.gob.ar/luis-ernesto-kamada-tutelas-diferenciadas-su-tension-debido-proceso-dacf130302-2013-11-20/123456789-0abc-defg2030-31fcanirtcod>, (disponible en internet el 15-IV-2021).

Ana KUNZ y Nancy CARDINAUX, *Investigar de Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2ª reimpresión, 2017.

Gabriela LANATA, "Vías jurídicas para obtener la reparación del daño causado a la víctima de acoso laboral en Chile", *Ius Et Praxis*, 24 -2 (2018) 263-302, <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1152/567>, (disponible en internet el 15-IX-2021).

Jorge LARROUCAU, *Judicatura*, Der, Santiago de Chile, 2020.

Antonio LORCA, Andrea PROTO y Camilo ZULEFATO, "¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la tutela diferenciada", *Ius et veritas*, 48 (2014) 346-352.

Luiz G. MARINONI, "Derecho a la tutela judicial de los derechos", en Giovanni PRIORI, *Derecho material y proceso*, Palestra, Lima, 2017, 22-55.

Luiz G. MARINONI, *Efectividade do processo e tutela de urgencia*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.

Luiz G. MARINONI, *Introducción al proceso civil*, Palestra, Lima, 2015.

Luiz G. MARINONI, Sergio CRUZ y Daniel MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, 5ª ed. En e-book basado en 5ª ed. Impresa, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020, III.

Luiz G. MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, 6ª ed. en e-book basado en 6ª ed., Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.

Luiz G. MARINONI, "Tutela Inhibitoria: La tutela de prevención del ilícito", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 26 -26, (2000) 161-175, en <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v26.n26.2000.177>, (disponible el 27-XII-2020).

Luiz G. MARINONI, *Tutela Inhibitoria*, trad. del portugués de Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2014.

Carlos I. MASSINI, *La prudencia jurídica. Introducción a la Gnoseología del Derecho*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

Daniela MÁRQUEZ y Cristián HENRÍQUEZ, *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2010, 101, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107047>, (disponible en internet el 16-IX-2021).

Daniela MARZI, "¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la reforma laboral", *Anuario de Derechos Humanos*, 6 (2020) 131-139, <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11487/11848>, (disponible el 15-IX-2021).

Patricio MELLA y Álvaro DOMÍNGUEZ, "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial", *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2012) 177-219, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200007>, (disponible el 15 -IX - 2021).

Claudio MENESES, "La ejecución provisional en el proceso civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 36-1 (2009) 21-50.

Daniel MITIDIERO, "El derecho fundamental al proceso justo", en ídem (Ed.), *La justicia civil en el Estado Constitucional*, Palestra, Lima, 2016, 121-139.



Daniel MITIDIERO, "La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional", en ídem (ed.), *La justicia civil en el Estado Constitucional*, Palestra, Lima, 2016, 187-224.

Juan MONROY, *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, I.

Juan MONROY GÁLVEZ y Juan MONROY PALACIOS, "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales", [\*Revista peruana de derecho procesal\*](#), 4 (2001) 155-180.

Juan MONTERO, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007.

Juan MONTERO, *Derecho Jurisdiccional I: Parte general*, 27ª ed, Tirant lo Blanch Valencia, 2019.

Juan MONTERO, "El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria", en ídem (Coord.), *Proceso civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 130-167.

Juan MONTERO, *El Proceso Laboral*, Bosch, Barcelona, 1981.

Juan MONTERO, "Sobre el mito de la buena fe procesal", en ídem (Coord.), *Proceso civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 294-353.

Augusto M. MORELLO, "¿Que entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas?", *Revista de Derecho Procesal*, 2 (2008) 15-20.

Augusto MORELLO, "El tiempo de la Justicia", *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2009) 17-20.

Mario MOSQUERA y Cristian MATURANA, *Los Recursos Procesales*, 2ª ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

Enrique NAVARRO, "El Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Alejandro ROMERO, José Ignacio MARTÍNEZ y Jaime ARANCIBIA (Coord.), *Litigación pública*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

Enrique NAVARRO, "El debido proceso en la jurisprudencia del TC chileno", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 19 (2013) 121-145.

Jordi NIEVA, *Derecho Procesal*, 3ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, II.

Humberto NOGUEIRA, "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", *Ius et Praxis*, 11-2, (2005) 15-64, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>, (disponible en internet el 26-VII-2021).

Humberto NOGUEIRA, "El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas", *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, 2-13 (2006), 61-100.

Fernando ORELLANA, *Comentarios al nuevo proceso laboral*, 2ª ed., Librotecnia, Santiago de Chile, 2008.

Claudio PALAVECINO, "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 5-9 (2014), 33-45.

Claudio PALAVECINO, "El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 13 (2011) 117 - 140, [http://www.scielo.org.mx/scielo.phpscript=sci\\_arttext&pid=S1870-46702011000200117&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S1870-46702011000200117&lng=es&tlng=es), (disponible en internet el 31 VII-2021).

Claudio PALAVECINO, "Sistemas procesales e ideologías", *Derecho y Humanidades*, 17 (2011) 13-30.

Diego PALOMO, "Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19-2 (2012) 237-274.

Ada PELLEGRINI, "Tutela jurisdiccional diferenciada: a antecipação e sua Estabilização" *Revista de Processo*, 121 (2005), 1-19.

Daniel PEÑAILILLO, *La Prueba en materia sustantiva civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

Jorge W. PEYRANO, ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada, en Argentina?, *Revista peruana de derecho procesal*, 12 (2008), 229-244.

Jorge W. PEYRANO, "Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada", *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2009) 21-28.

Álvaro PÉREZ, "Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria", *Revista peruana de derecho procesal*, 4 (2001) págs. 199-230.

Álvaro PÉREZ, "Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal: el puente de la justicia procedimental", en Giovanni F. PRIORI (coord.), *Derecho Material y proceso*, Palestra, Lima, 2017, 57-80.

Álvaro PÉREZ, "El Impacto Del Diálogo Entre Derecho Sustantivo Y Derecho Procesal (The Impact of the Dialogue between Substantive Law and Procedural Law)" *Revista Derecho del Estado*, 41 (2018), 255-283.

Álvaro PÉREZ, "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*, 42 (2014-1) 1, 523-551.

Álvaro PÉREZ, "En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: Caracterización, elementos esenciales y accidentales" *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 19 - 1 (2006), 205-235.

Álvaro PÉREZ, "La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 28 (2007), 207 - 234.

Francisco PINOCHET, *Derecho Procesal Civil. Temas Fundamentales*, El Jurista, Santiago de Chile, 2019.

Joan PICÓ, "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado", *Derecho & Sociedad*, 38 (2012) 274-280. En

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126>, (disponible en internet el 2-VIII-2021).

Joan PICÓ, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2011.

J. Ramiro PODETTI, *Teoría y técnica del proceso civil*, 1963, Buenos Aires, Ediar, 1963

Richard A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L SUÁREZ, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2007.

Felipe POZO, *La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2013.

Giovanni PRIORI, "Del derecho de acción a la tutela jurisdiccional de los derechos", *Ius et Veritas*, 49 (2014), 146-161.

Giovanni PRIORI, "Breve Crónica de la Historia de la Reforma Procesal Civil en Perú", en Eduardo Oteiza (coord.), *Sendas de las Reformas de la Justicia en el Siglo XXI*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, 403-429.

Giovanni PRIORI, *El proceso y la tutela de los derechos*, Fondo Editorial, Lima, 2019.

Andrea PROTO, "Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario", *Il Foro Italiano*, 129 (2006-3), 85 - 90 en <https://www.jstor.org/stable/23201340>. (Disponible en internet el 06-VI-2020).

Andrea PROTO, "Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo", *Il Foro Italiano*, 135 - 1 (2012) 1-6, en <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26637725>, (disponible el 07-I-2021).

Andrea PROTO, *La tutela jurisdiccional*, trad. de Giovanni PRIORI, Palestra, Lima, 2014.

Andrea PROTO, "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*, 5 -1 (2014) 169-184.

Andrea PROTO, "Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda: La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda", *Il Foro Italiano*, 125-4 (2002), 125-130, en: <http://www.jstor.com/stable/23196290>, (disponible el 15-I-2021).

Andrea PROTO, "Notas mínimas de las tutelas jurisdiccionales diferenciadas", trad. del italiano de Giovanni PRIORI, en Giovanni PRIORI (coord.), *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima, 2014, 189 - 195.

Andrea PROTO, "Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo Del Lavoro (Premesse Alla Legge 11 agosto 1973 n. 533)", *Il Foro Italiano*, 96-9 (1973) 205-250, en [www.jstor.org/stable/23164193](http://www.jstor.org/stable/23164193) (disponible el 2-XI- 2020).

Andrea PROTO, "Sulla Tutela Giurizionale Differenziata", *Rivista di diritto processuale*, 35-4 (1979) 536-591.

Felipe RAYO, *Proceso Monitorio Civil*, Metropolitana, Santiago de Chile, 35.

Luis RÍOS, *Proceso y principios. Una aproximación a los principios procesales*, Bosch Procesal, Barcelona, 2020.

Sergio RODRÍGUEZ, *Fundamentos de Derecho Procesal Moderno: Jurisdicción Judicial*, Ediciones Vitacura, Santiago de Chile, 2007.

Sergio RODRÍGUEZ, *Derecho Procesal Funcional*, Ediciones Vitacura, Santiago de Chile, I, 1993.

Jorge. A. ROJAS, ¿Una tutela procesal diferenciada o la conmemoración del desamparo?, *Revista de Derecho Procesal*, 2 (2008) 173- 190.

Alejandro ROMERO, *Curso de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, I.

Horacio ROSATTI, *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Trad. de Genaro R. Carrió, 4ª ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977.

Francisco RUAY, "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*, 5-9 (2014) 83-105.

Francisco RUAY, "La función cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?", *Ius et Praxis*, 21 - 2 (2015) 441-480.

Francisco RUAY, *Las potestades atípicas del juez laboral*, Ediciones Jurídicas Santiago, Santiago de Chile, 2017.

Rafael SIRANGELO DE ABREU, *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015

Eduardo STORDEUR, *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

Omar SUMARIA, "Estudio y análisis de la tutela urgente o diferenciada", *Ius et Ratio*, 1-1 (2016) 8-19.

William THAYER y Patricio NOVOA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2018.

Michele TARUFFO, "Derecho sustancial y procesal", en Giovanni F. PRIORI (coord.), *Derecho Material y proceso*, Palestra, Lima, 2017.

Michele TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, Trad. de Maximiliano ARAMBURO CALLE, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Michele TARUFFO, "Riflessioni su garantismi e garanzie", en *Garantismo y crisis de la justicia*, en AA.VV., Universidad de Medellín, Medellín, 2010, 319-332.

José Luis UGARTE, *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018

José Luis UGARTE, "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", *Revista de derecho, Valdivia*, 20-2, (2007) 49-67, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200003>, (disponible el 15-IX-2021).

José Luis UGARTE, "La tutela laboral de derechos fundamentales y la carga de la prueba", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33 (2009) 215-228, <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a05.pdf>, (disponible en internet el 15-IX-2021).

Belén UREÑA, "La verdad de los hechos como conditio sine qua non de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49 - 146 (2016) 281-304, en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300796>, disponible el 28-I-2021.

Esteban URIBE y Felipe OLIVARES, *La tutela anticipada en el procedimiento de tutela laboral. Estudio y análisis para su adecuada comprensión*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2016, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143959>, (disponible en internet el 16-IX-2021).

Mónica VÁSQUEZ, *La ciencia útil*, Uniandes, Bogotá, 2015.

Macarena VARGAS, *El derecho a la ejecución forzada: noción e implicancias a partir de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2019.

Evelyn VIEYRA, "El derecho al recurso como derecho fundamental en los procesos civiles chilenos, a la luz de la jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 38 (2021) 33-63.

Rodolfo VIGO, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017.

Rodolfo VIGO, "La ley natural y la ciudad", *Prudentia Iuris*, 72 (2011), 157-195.

Rodolfo VIGO, *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2019.

Jorge VILLALÓN, "¿Es el procedimiento de tutela de derechos fundamentales una adecuada herramienta de control y sanción del acoso laboral? Reflexiones a

partir de la dictación de la ley 20.607", *Revista de derecho, Coquimbo*, 20-1 (2013) 229-262, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000100009>, (disponible el 15-IX-2021).

Falvio L. YARSELL, *Tutela Jurisdiccional*, Atlas, São Paulo, 1999.

Rodolfo WALTER y Gabriela LANATA, *Régimen del nuevo proceso laboral chileno*, 6ª ed., Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009.

Jorge WITKER, *Como elaborar una tesis en Derecho*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1991.

Adrian A.S. ZUCKERMAN, "The Challenge of civil justice reform: effective court management of litigation", *City University of Hong Kong Law Review*, 1 (2009).

Gustavo ZALGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011.

### **Jurisprudencia**

Tribunal Constitucional de Chile, Rol 3.867-17, (2019).

Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7.587/19, (2019).

Tribunal Constitucional de Chile, Rol 7.857-19, (2020).

Tribunal Constitucional de Chile, Rol 8.452/20, (2020).

Tribunal Constitucional de Chile, Rol- 8695-20 (2020).

Corte Suprema de Justicia, Rol 10.972/2013, (2013).

Corte Suprema de Justicia, Rol 5.098/2017, (2017).

Corte Suprema de Justicia, Rol 25.177/2018 (2019).

Corte Suprema de Justicia, Rol 2.246/2018, (2020).

Corte Suprema de Justicia, Rol 29.767/2019, (2020).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Casa Nina vs Perú*, del 24 de noviembre 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Martínez Esquivia vs Colombia*, de 6 de octubre de 2020.



Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Empleados de la Fábrica de Fuegos de San Antonio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil*, de 15 de julio de 2020.

### **Normas jurídicas**

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Convención Americana de Derechos Humanos y Decreto 873 de 23 de agosto de 1990 que aprueba la convención americana sobre derechos humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".

Ley 1552 de 28 de agosto de 1902. Código de Procedimiento Civil.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 31 de junio de 2002. Fija texto coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.

Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1967. Dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo.

Ley 19.496 del 07 de marzo de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Ley 19.628 de 28 de agosto de 1999. Sobre protección de la vida privada.

Ley 19.886 de 30 de julio de 2003. De bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

Ley 19.968 del 25 de agosto de 2004. Crea los Tribunales de Familia.

Ley 20.260 de 29 de marzo de 2008. Modifica el libro V del Código del Trabajo y la ley N° 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral

Ley 20.609 de 12 de julio de 2012. Establece medidas contra la discriminación.

Ley 21.280 de 09 de noviembre de 2020. Establece el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela laboral.

Acta N° 44-2022 de la Corte Suprema de Justicia de Chile,

Proyecto de Código Procesal civil, 2014. Congreso Nacional de Chile.

## ANEXOS

En el presente anexo, se incluyen las carpetas electrónicas de los cincuenta y un (51) juicios analizados y observados en el capítulo quinto, a los que ya se ha hecho referencia. Pueden revisarse en detalle en el siguiente Link:

<https://1drv.ms/u/s!AIClqdOZbuIRhLwWzujFixanBf8wYQ?e=4NeJG6>

Adicionalmente también pueden chequearse en detalle, en el siguiente código QR disponible para escanear:

