

# Distinción entre proceso y procedimiento<sup>12</sup>

Hugo Botto Oakley<sup>3</sup>

El tema elegido para este artículo lo presento en base y estructura a lo ya escrito en mi obra *La congruencia procesal*<sup>4</sup>, con las necesarias adecuaciones a los efectos de lo pretendido, que es conectar la reciente y trascendental Reforma Procesal Penal con la Civil, próxima y necesaria.

Tal enfoque jurídico es de una trascendencia elemental, toda vez que para que exista una adecuada coherencia entre las normas procedimentales y el debido proceso constitucional que nos ofrece y garantiza nuestra Carta Magna, en el ámbito de los principios rectores aplicables al proceso en general y a los procedimientos en particular, los unos y los otros necesariamente han de ser los mismos.

El método de debate dialéctico y pacífico para resolver un conflicto jurídico entre iguales, denominado proceso, supone e impone la existencia de dos partes enfrentadas entre sí y en un plano de perfecta igualdad, con la concurrencia de un tercero imparcial e independiente que, en definitiva, resolverá a favor de aquel a quien asiste la razón desde la perspectiva legal-decisional del sentenciador.

Implica, simplemente, renunciar a la solución privada para que el Estado (nación jurídicamente organizada) resuelva el conflicto que surgió en la realidad social a través de su representante (juez), mediante una decisión atributiva de reconocimiento de la razón en favor de sólo una de las partes del conflicto. De allí que siempre existirá un vencedor y un perdedor, excluyéndose la posibilidad de un resultado con dos vencedores o con dos perdedores o de un *empate*, salvo en caso de abandono del procedimiento, en el que el juicio no termina por sentencia.

Entiendo así -y sólo para fines explicativos- que el proceso no es más que una *fórmula*, "medio práctico propuesto para resolver un asunto controvertido o ejecutar una cosa difícil"<sup>5</sup>, acordada por el cuerpo social organizado para la solución judicial de los

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en libro en homenaje al profesor Tito Solari Peralta, "Delito, Pena y Proceso" Ed. Jurídica de Chile, 2008, en el que expresé al inicio: Escribir un artículo en homenaje al profesor Tito Solari Peralta, constituye una responsabilidad ineludible, no sólo por su calidad humana y académica, sino también por realizarse a iniciativa del profesor Luis Rodríguez Collao, ambos académicos de mi Alma Mater, la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, a la cual tanto debo en mi formación personal y profesional. Decir que el profesor Tito Solari encarnó el paradigma del académico que se eleva a la calidad de maestro, sin duda es tan sólo un mínimo de todo aquello que realizó en lo que fue su labor en las aulas de la referida Escuela de Derecho como en la formación profesional de quienes fueron sus alumnos en la cátedra de Derecho Penal.

<sup>2</sup> A este texto, solamente he agregado una conclusión.

<sup>3</sup> Abogado. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Chile; Posdoctorado, Universidad de Bolonia-Italia; Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario-Argentina; LL.M., California Western School of Law EEUU; Ex Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

<sup>4</sup> Ed. De Derecho, 2007.

<sup>5</sup> Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1984, p.654.

conflictos con relevancia jurídica que surgen de la vida social que, por cierto, presenta regulación normativa tanto a nivel constitucional como legal y también reglamentaria (autos acordados).

Como enseña el filósofo del derecho argentino Miguel Ángel Ciuro Caldani, el proceso es un *método* y no una *meta*, de lo que deriva con simpleza inigualable que, cualesquiera sean los fines de aquél, para llegar a estos no puede aplicarse o utilizarse cualquier medio. En síntesis, el fin no justifica los medios y menos cuando éstos no están dentro de los límites de las garantías constitucionales.

Esta fórmula que denomino *proceso*, debería ser reconocida como tal en cualquier confín donde concurren sus elementos: dos partes enfrentadas entre sí por un conflicto jurídico y en un plano de perfecta igualdad y, por sobre ellas, un tercero juzgador que conocerá, sustanciará y fallará el conflicto en un plano de absoluta imparcialidad e independencia pues, a su vez, ostenta la correspondiente autoridad para así hacerlo. De otra forma, si no concurren tales elementos o la concurrencia de los mismos no es absoluta, entiendo que no estamos frente a un proceso o no estamos frente a un proceso real.

Repudio tanto la inexistencia de proceso, allí donde se requiera, como la existencia de un proceso **impuro**, donde concorra en tal estado.

Partiendo de la ya clásica e inmejorable teoría política de la separación de los poderes, puedo decir que en el primer caso -inexistencia de proceso- existirá absolutismo y no existirá Estado democrático en el plano judicial.

En el segundo caso -existencia de un proceso impuro- existirá una apariencia de Estado democrático en el plano judicial.

No son deseables ni la primera ni la segunda situación enunciadas.

Tradicionalmente, parte importante de la doctrina procesal ha enfocado el análisis del proceso desde dos ópticas o perspectivas, en realidad *sistemas*, y que algunos -por error creo- denominan *principios: el inquisitivo y el dispositivo*.

No me preocupa mayormente tal enfoque, pero es cierto que sirve como punto de partida, de desarrollo y de análisis final, para identificar la orientación que tal o cual institución procesal puede tener en su esencia.

Sin embargo, me mueve a mucha inquietud la confusión existente en cuanto a los reales alcances que tiene el adherir a uno u otro sistema y, más todavía, la total falta de coherencia que existe en quienes propugnan sistemas mixtos, pretendiendo compatibilizar y, peor aún, hacer coexistir o cohabitar a instituciones que en su esencia son inconciliables.

Pues bien, es necesario resolver esta suerte de paradigma procesal permanente, aspirando a que exista un análisis y discusión de los alcances reales del concepto fundamental denominado "debido proceso", desde la perspectiva del proceso chileno, con pretensiones de abrir tal análisis y discusión a los procedimientos penales y civiles, a través de la teoría unitaria que entiende que la norma constitucional rige con los mismos principios y alcances, de igual forma, cualquiera sea la naturaleza del conflicto de que se trate.

La honestidad intelectual exige exponer los conocimientos adquiridos, que han formado parte de mi convicción teórica y que tengo sobre determinada institución procesal, contrastándolos con las ideas y desarrollo que sobre tal institución han tenido otros autores, en especial si se les reconoce como auténticos, innovadores y maestros.

Así, mis conocimientos básicos sobre proceso y procedimiento, en lo estructural, implican reconocer una relación de género a especie, siendo el proceso el género y el procedimiento la especie, amén de sus conceptos, también básicos, sobre los cuales ronda siempre una idea *estática* respecto del proceso y *dinámica* respecto del procedimiento, formando este parte de aquél, expresando su movimiento a través del desenvolvimiento consecutivo de los actos procesales. Concluyo sobre el punto expresando que la enseñanza de que el proceso es el todo y que tiende a la cosa juzgada y que el procedimiento es la parte o el conjunto de actos procesales consecutivos y que tiende al desenvolvimiento de los mismos, para hacer posible tal objetivo a través de la sentencia, forma parte de la tradición de la doctrina procesal y que he compartido por largos años.

Sin embargo, el Dr. Adolfo Alvarado Velloso, en sus enseñanzas académicas que tuve la fortuna de recibir directamente en aulas, expresa cuestión diferente.

Una de sus posturas respecto del proceso y procedimiento, es que aquel es la especie en razón de ser el objeto propio y específico de la acción procesal y éste el género, en razón de ser el objeto propio de todas las instancias, sea esta petición, sea reo de acertamiento, sea queja, sea denuncia o sea acción procesal.

Recurriendo a Robert Alexy, sobre este tema de los principios y reglas, dicho autor plantea lo siguiente:

"Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice".<sup>6</sup>

Volviendo a la misma enseñanza del maestro Alvarado, el procedimiento es el género, ya que está y existe en todas las instancias; en cambio, el proceso es una especie del procedimiento, ya que sólo está y existe en la acción procesal.

Así, todas las instancias tienen procedimiento y el proceso es el procedimiento propio y exclusivo de la acción procesal, ya que en todo procedimiento existe una relación entre dos -el que insta y quien recibe la instancia-, a diferencia del proceso, en el que la relación es entre tres, sumándose aquel respecto de quien se insta, de lo cual -

---

<sup>6</sup> ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, España, 1993).

concluye el maestro- todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso, reconociéndose como tal sólo a aquel método de debate dialéctico y pacífico de relevancia jurídica entre las partes, en que éstos actúan en un pie de perfecta igualdad ante el tercero -juez- que detenta el carácter de autoridad absolutamente imparcial.

Así, esta distinción introductoria entre proceso y procedimiento la considero necesaria para efectos del presente trabajo, pues se enmarca sólo en aquello que reconocemos como proceso, en el concepto del maestro Alvarado, de tal suerte que en todo "proceso" (en realidad procedimiento) en que no se dé tal método de debate en las condiciones enunciadas precedentemente, a saber, procesos con intereses sociales involucrados en que el Estado "encarga" al juez velar prioritariamente por los intereses de una de las partes o involucrado (por ej., el menor en los juicios de familia), consideramos que no estamos frente a un proceso propiamente tal, sino frente a un procedimiento.

Concluyendo, entonces, para nosotros la validez científica del concepto constitucional de proceso concurre si en él están presentes los principios procesales esenciales, como lo son *la igualdad de las partes litigantes, la imparcialidad del juzgador, la transitoriedad de la serie, la eficacia de la serie y la moralidad en el debate.*

Si falta alguno de dichos principios procesales, en términos absolutos no estaremos ante un proceso, sino ante un procedimiento con apariencias de proceso, ya que en éstos no concurren los principios procesales antes enunciados con perfecta y necesaria rigurosidad.

El rigor científico de *Briseño Sierra y Alvarado Velloso*, para distinguir claramente entre proceso y procedimiento, por cierto, no es de aceptación universal y allí, creo, radican sus mayores méritos, pues estos autores han logrado distinguir lo que otros plantean en forma conjunta y desde una óptica totalmente distinta, como, por ejemplo, Hernando Devis Echandía.<sup>7</sup> Sin embargo, el jurista colombiano tiene el gran mérito, en mi concepto, de manifestar con profunda claridad lo que entiende por proceso y los fines de éste, agrupando los principios del mismo y diferenciándolos del procedimiento en términos de contraposición intrínseca, esto es, entre los principios del proceso y los principios del procedimiento entre sí, respectivamente, y extrínsecamente los unos, respecto de los otros. Así, señala que existen principios del proceso y principios del procedimiento, agrupando entre los primeros y como fundamentales a los siguientes:

- Principio de interés público o general en el proceso.
- Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado.
- Independencia de la autoridad judicial.
- Imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales.
- Igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso.
- Necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión y la garantía del derecho de defensa.
- Publicidad del proceso.
- Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley.
- El principio de que las sentencias no crean, sino declaran derechos.
- El principio de la verdad procesal.
- El principio de la cosa juzgada.

---

<sup>7</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general del proceso*, segunda edición (Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1997), t.III.

Y, como principios fundamentales del procedimiento, menciona:

- El principio dispositivo o inquisitivo.
- Principio de valoración del juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
- El principio de impulsión oficiosa del proceso.
- Principio de la economía procesal (menos trabajo y justicia más barata y rápida).
- El principio de concentración del proceso.
- El principio de la eventualidad, también llamado de la preclusión.
- El principio de la inmediación.
- El principio de la oralidad o de la escritura.
- El principio del interés para intervenir en los procesos.
- Principios del interés para pedir o contradecir una sentencia de fondo y de la legitimidad en la causa.
- Principios de la buena fe y la lealtad procesal.
- Principio de la impugnación.
- Principios de las dos instancias.
- Principio de la motivación de las sentencias.
- Principio de la carga de la prueba, que en lo penal se sustituye en parte por el de *in dubio pro reo*.
- Principio de la congruencia.
- Principio de la humanización de la justicia judicial.

A continuación, manteniendo su clara convicción entre la distinción de proceso civil y proceso penal, que por cierto yo no comparto, menciona el jurista colombiano otros principios fundamentales, pero ahora sólo del procesal penal, indicando:

- Principio de la función preventiva de defensa social del proceso penal.
- Principio del *favor rei* o de la favoralidad.
- Principio de que al procesado se le debe considerar inocente mientras no se le pruebe lo contrario.
- Principio que rechaza la absolución con advertencia de que se produce por insuficiencia de pruebas de la responsabilidad.
- Principio del juzgamiento por los jueces naturales.
- Principio del derecho del imputado a su libertad provisional.
- Principio de la existencia de un ministerio público imparcial, distinto de los funcionarios de instrucción, acusación y juzgamiento.

Como se puede comprobar al analizar la larga enumeración de "principios" citados, éstos presentan distintos matices, significados, alcances, límites, objetivos y exigibilidades, resultando imposible, al menos para mí, agruparlos coherentemente, por algún rasgo uniforme de cada uno de los que se pretenden agrupar, para presentarlos en forma sistémica.

En efecto, si entendemos por principio aquello que enseña *Alvarado Velloso*, indicando que "se trata simplemente de un punto de partida", el cual "debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente y causa fin*), formular los principios necesarios para lograrlo (se refiere al proceso como medio pacífico para la resolución de los conflictos), implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema".

Así, si se habla de principio o principios propios de un sistema, todos y cada uno de ellos deben concurrir simultánea o sucesivamente, según el orden u organización

que tenga el sistema, a lo largo del desarrollo del mismo, para que pueda sustentarse teóricamente que lo que identificamos como principio es realmente tal.

En mi modesta opinión, de la larga cita de principios ya indicada, no resulta posible sustentar que todos y cada uno de ellos, tanto los mencionados a propósito del proceso, como los señalados a propósito del procedimiento e incluso respecto de los indicados a propósito del proceso penal, en cada uno de aquellos sistemas siempre y necesariamente concurrirán simultánea o sucesivamente según su orden preestablecido, partiendo por la antinomia del dispositivismo y del inquisitivismo, mencionados como principios del procedimiento.

Se podrá contrarrestar lo señalado refutando que regirá uno u otro, pero no ambos en conjunto, lo cual, fuera de ser evidente, no despeja ni aclara el problema de considerar a uno u otro como propio del sistema de que se trate, pues pareciera que resultara intrascendente cuál de los dos "principios" rige, como si no tuvieran importancia los siglos de *oscurantismo* procesal que le "regaló" el sistema inquisitivo a la humanidad y que lejos de quedar en el pasado, alegremente muchos procesalistas contemporáneos lo pregonan, en ignorancia de su incongruencia con los principios constitucionales que inspiraron la reciente Reforma Procesal Penal de nuestro país.

Por ello, me parece mucho más sustentable, desde un punto de vista teórico y científico, la enseñanza de *Adolfo Alvarado Velloso*, siguiendo a *Humberto Briseño Sierra*.

En todo caso, he de destacar y con absoluto resalto, el importante aporte que efectúa el jurista colombiano al indicar que uno de los principios fundamentales del procedimiento es el de la congruencia, con lo cual la dicotomía a superar sólo estaría respecto del alcance de la congruencia a otros estadios e instituciones procesales, como lo es la prueba y no sólo restringida a la "identidad jurídica entre lo resuelto en cualquier sentido por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes" y "entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste contra tales imputaciones; en todos los procesos, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador".<sup>8</sup>

Finalmente, en este punto podemos afirmar que no existe discusión científica por parte de la doctrina procesal acerca de la existencia y los fundamentos de una teoría general del proceso. La discusión está en si es o no posible hablar o plantear una teoría general unitaria del proceso. Aquí las aguas se vuelven a dividir, existiendo quienes claramente separan los senderos científicos entre el llamado proceso penal y el llamado proceso civil. Los menos, entre ellos el magíster rosarino Omar Benabentos, con todo fundamento, en mi opinión, sustentan la teoría general unitaria del proceso.<sup>9</sup>

En esta discusión histórica, aún sin superar, tomo partido absoluto por la teoría unitaria, ya que me parece evidente que no existen dos procesos, uno civil y otro penal. En rigor, existe un solo proceso y lo que cambia o varía es precisamente el procedimiento, según sea la naturaleza del conflicto jurídico o materia de que se trate.

Así, existe un proceso, cuyo procedimiento podrá ser civil o podrá ser penal, pero los principios del proceso son unos y siempre los mismos.

---

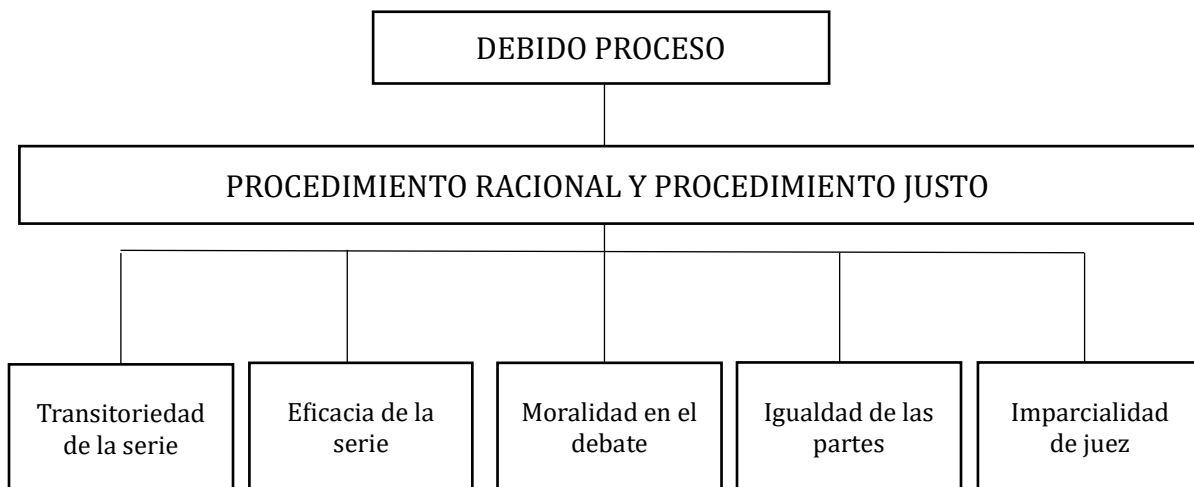
<sup>8</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoría general del proceso*, cit. (n.3), p.76.

<sup>9</sup> BENABENTOS, OMAR, *Teoría general unitaria del derecho procesal* (Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2001).

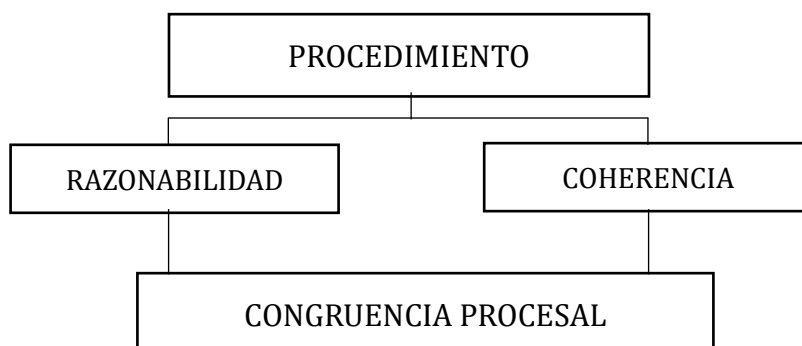
Esta postura, por lo demás, encuentra sustento constitucional, cuyos textos regulan modernamente lo que se conoce con el nombre de *debido proceso*, que encuentra su origen remoto en la Carta Magna del año 1215 (d.C.). En efecto, las constituciones políticas no distinguen entre proceso civil y proceso penal; simplemente regulan, ofrecen y garantizan el proceso como en la normativa constitucional chilena, estableciendo como sus bases reguladoras la existencia de un procedimiento e investigación racionales y justos (art. 19, N°3, inc. 5° de la Constitución Política).

Este planteamiento lógico, coherente y además positivo, nos permite aseverar que toda regulación normativa del debido proceso incluido en la Constitución se aplica al proceso cualquiera sea el procedimiento, civil o penal, y no han de llamar a confusión ciertas nomenclaturas que, analizadas superficialmente, parecieran llevar a la conclusión de que la Constitución regula y establece ciertas normas para el procedimiento civil y otras para el procedimiento penal, siendo el ejemplo más claro el establecimiento del principio de inocencia, que para connotados procesalistas no se aplicaría en materia civil. Me permito disentir de tan respetable postura, ya que el principio en análisis, llamado de mejor manera *estado de inocencia*, resulta aplicable sin duda también en materia civil, desde el momento en que por vía de las reglas de distribución de la carga de la prueba, en contra de quien se afirma, se presume su inocencia y nada debe probar para obtener en el juicio, de forma tal, al igual que en el procedimiento penal, que de no probarse en su contra, siempre debería obtener sentencia favorable a sus intereses.

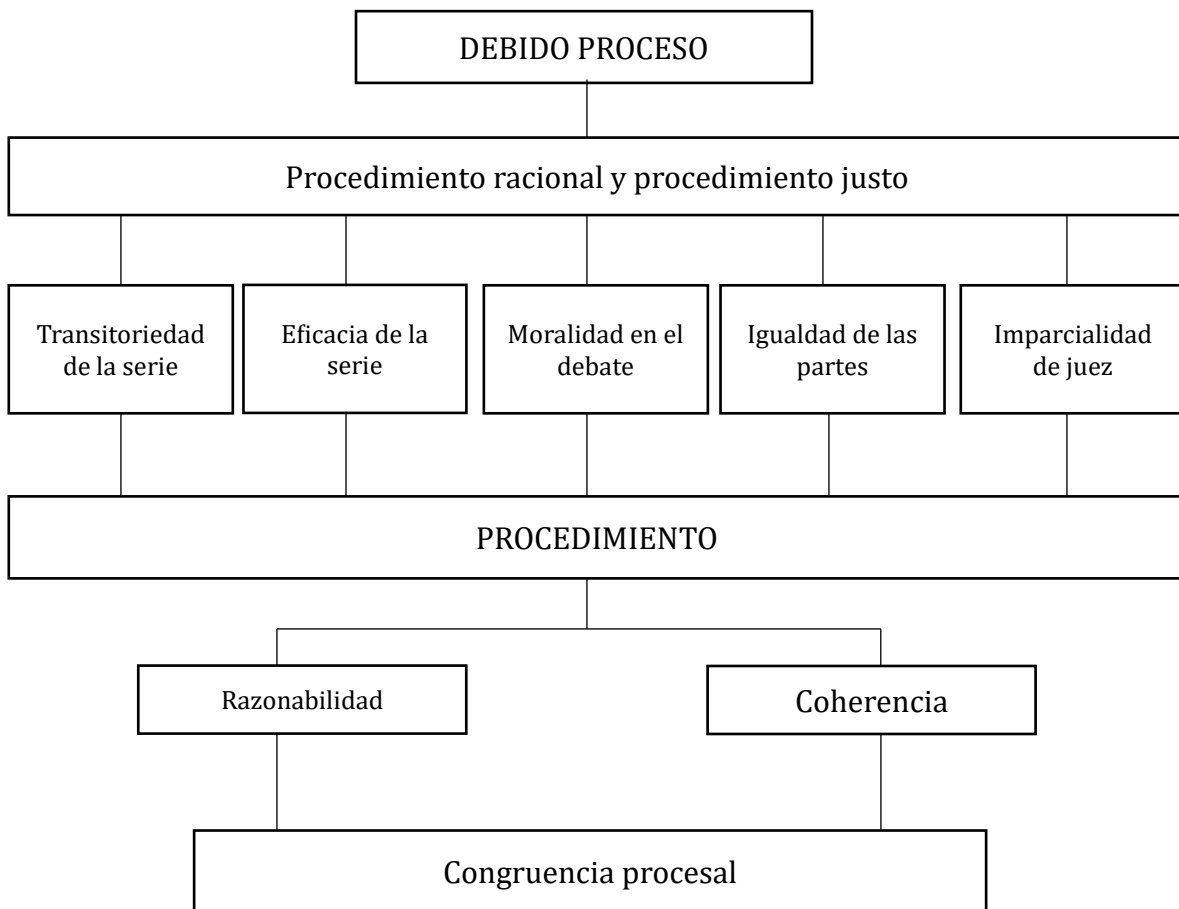
Así, propongo como estructura sistemática (visual) del debido proceso constitucional, la siguiente:



Ahora, propongo como estructura sistemática, también visual, para una teoría general del procedimiento, la siguiente:



Un sistema estructural integrado entre procesos y procedimiento quedaría:



### **CONCLUSIÓN**

Las diferencias entre Proceso y Procedimiento, justifican un tratamiento distintivo de uno respecto del otro, ya que, tratándose del primero, el incumplimiento, inexistencia o inconcurrencia de sus componentes o presupuestos (procesales), determina que no exista proceso o exista lo que se denomina *proceso aparente* que siempre será anulable. En cambio, lo mismo pero respecto del procedimiento, se sana por su no alegación oportuna o *preclusión* y por la *cosa juzgada* que entrega la ejecutoriedad de lo resuelto.