

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS, *Comentarios Procesales*. Valparaíso, Edeval, 1994, 191 páginas.

Este libro del profesor Tavolari sigue la línea iniciada hace cuatro años con *Estudios de Derecho Procesal*, del mismo autor. En su conjunto, estos trabajos constituyen una obra de peso en el derecho procesal nacional que prestigia los esfuerzos académicos que realiza la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso. En diez estudios, el autor da cuenta de parte de su producción académica de los últimos doce meses. La obra pertenece a un conjunto de doctrina y jurisprudencia por las cuales el Proceso deja de ser entendido desde la óptica iusprivatista e individualista, conduciéndose al amparo de poderes públicos y democráticos.

El lector, más que con "Comentarios...", se encontrará con una serie de críticos y documentados estudios procesales, en los que, como nota sobresaliente, el contemporáneo derecho supranacional, así como la Carta Constitucional de los Estados, brindarán perfil y apoyo interpretativo que lleva a la promoción y defensa de los derechos fundamentales.

El primer estudio se denomina "Algunas reflexiones en torno a la regulación positiva actual del embargo y la enajenación forzada en el derecho chileno". En este trabajo, quizá por vez primera en la doctrina procesal nacional, el autor se interroga por cuestiones tales como la de saber si están los jueces chilenos, a la luz de la actual Constitución, autorizados para privar a una persona, a través del embargo y la enajenación forzada, de los atributos del dominio. La respuesta, luego de una cuidada argumentación, resulta ser negativa (p. 26). En lo conclusivo, se resaltarán la necesidad de establecer una norma constitucional que, expresa y categóricamente, autorice que una sentencia firme, fruto de un debido proceso, pueda despojar a un sujeto de su propiedad o de los atributos del dominio (p. 35).

En el estudio *Hacia una teoría general de la impugnación* destaca primeramente el panorama general de los medios de impugnación. Las resoluciones judiciales pueden ser atacadas por vías diversas; estas vías son lo que generalmente conocemos como medios de impugnación: procesos independientes; la oposición por incidente; la excepción como oposición y, finalmente, tratado en extenso, el recurso como medio tradicional de impugnación, definido por Tavolari como "un acto procesal encaminado a obtener del propio tribunal o de otro superior la invalidación, reforma o revocación de una resolución judicial, no pasada en autoridad de cosa juzgada, y que ha ocasionado agravios al recurrente".

Finalmente, y avalado por comprobaciones reales en el derecho comparado y supranacional, el autor pronostica el devenir del derecho de los recursos. Se incrementará la organización de única instancia, primeramente, con tribunales colegiados, disminuyéndose la importancia de la apelación como recurso obligado; en seguida el agravio, provocado por la sentencia injusta, cubrirá a las pretensiones de nulidad; de esta forma, mediante la apelación, podrá reprocharse el error *in procedendo*. El efecto extensivo, que lleva a alcanzar a quienes sin haber recurrido se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas idénticas, habrá de ser la regla general, al igual que la prohibición de reformar empeorando (p. 65). Es ilustrativo en este sentido considerar la regulación chilena en materia de reforma en perjuicio, autorizada positivamente en nuestro ordenamiento procesal penal, constituyendo uno de los diversos aspectos de corte

inquisitivo aún persistentes en nuestro plenario. En un sistema predominantemente acusatorio se exige, por el contrario, que en las segundas o posteriores instancias no sea posible gravar más a un recurrente de lo que lo estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. La regla de "la interdicción de la reforma peor" constituye en el derecho español, por ejemplo, una doctrina consolidada conforme a la cual la agravación de la pena al recurrente, realizada "ex officio", sin que se le haya dado la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa, conculca "el derecho a un proceso con todas las garantías" (V. Gimeno Sendra). En este sentido son dignos de atención los elementos históricos que el profesor Tavolari aporta al intérprete de la norma del art. 528 del Código Procesal Penal.

En *Proceso y pactos internacionales* se recorre, con tesis de avanzada, el problema de la jerarquía normativa de los tratados, estimándose que el tratado y de manera peculiar si versa sobre derechos humanos, adquiere una jerarquía superior a la propia Constitución, porque, ratificado, el país no tiene posibilidad de invocar ninguna ley interna para desacatarlo (p. 120).

En el mismo estudio se analiza luego la noción sajona de debido proceso (*due process of law*). El desarrollo científico del Derecho Procesal lleva a considerar innecesario hoy día hablar de debido proceso. En efecto, superadas las polémicas en torno a las teorías del proceso como contrato, como relación jurídica, como institución, etc., el devenir científico permite acotar el concepto de proceso, cuyos elementos esenciales —imparcialidad del juzgador, oportunidad para la defensa, derecho a rendir pruebas, derecho a impugnar— constituyen rasgos distintivos, de tal suerte que su ausencia obsta a la existencia del proceso. Sólo en propósito ilustrativo y reforzante cabe todavía hablar de proceso "debido" (p. 125).

En este capítulo Tavolari recoge los rasgos más sobresalientes que el derecho supranacional propone como determinantes de la existencia del proceso, a saber: el tribunal competente, independiente e imparcial, el acceso a la justicia, la defensa efectiva, el conocimiento de los cargos, el derecho de no declarar contra sí mismo, el derecho a recurrir, el juzgamiento en un plazo razonable, el principio de igualdad y la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho a asesoría letrada. Este último derecho presenta en Chile peculiares relaciones con el principio de igualdad, así, por ejemplo —y aquí se ha de destacar el realismo que inspira la obra—, ya no se discute, según el autor, el que los más pobres, materialmente hablando, experimentan una desigualdad que la mejor norma procesal es incapaz de paliar. Tampoco se controvierte que el arcaico (y paradójico) "beneficio" de pobreza, que reconoce nuestra ley, es insuficiente y de escasísima aplicación (p. 92). Por otra parte, en Chile tampoco la corporación estatal de asistencia tiene los medios materiales y humanos para asegurar la asistencia jurídica eficaz. En el ámbito del proceso penal, lejos parece encontrarse el país, además, de las modernas concepciones que incluyen en el concepto de debido proceso, la constancia que la indagatoria se preste en presencia de abogado bajo pena de nulidad. De cara a una aprobación de este componente de la noción de debido proceso habrá que convenir que al sistema nacional aguarda aún una larga evolución (p. 92).

Finalmente, en estos comentarios de derecho procesal ocupan un destacadísimo lugar los operadores jurídicos: jueces, abogados y funcionarios. A la hora de hablar de los jueces se constata un fenómeno que viene constituido por el incremento de la judicialización de las soluciones, nacido del convencimiento de que no es posible ni conveniente que el legislador resuelva todo lo que en un proceso se pueda plantear, tanto en la sustanciación del mismo como en su decisión final. Se trata de una tendencia compartida e impulsada por el autor. Con todo, se afirma que se requiere de una adecuada determinación de condiciones para operar; en otras palabras, a mayores atribuciones, poderes y facultades, mayores responsabilidades. En este horizonte, y conscientes de la realidad latinoamericana, es el Estado y su gobierno el que, además de lo dicho, no habrán de conformarse con dotar al juez de amplios poderes, si a la vez no resulta posible implementar la infraestructura material y humana requerida para ejercer en

plenitud la jurisdicción. Repárese, a propósito, en la novísima legislación en contra de la violencia al interior de las familias y en su loable propósito de conformar "consejeros familiares".

En el nuevo orden publicista del proceso, los magistrados ya no tienen facultades, sino sólo deberes (Clemente Díaz). La distinción entre lo que el juez puede hacer y lo que debe hacer arranca de una superada concepción privada civilista del proceso. En el presente teórico y legislativo de algunos países del continente, dadas las condiciones para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el "hombre" juez no puede abstenerse de desempeñar en plenitud sus funciones; las indicaciones, dentro del Derecho Público, en orden a que el funcionario "puede" o "podrá" realizar una actuación, son inexcusables mandatos a proceder, cuando concurra el supuesto fáctico previsto. Considerando que el juez está llamado a dirigir el proceso, en su sustanciación, destaca la posibilidad de actuación como conciliador, proponiendo a los justiciables bases de arreglo, actividad que, sin embargo, no se verifica con el entusiasmo, la dedicación y la atención necesaria, tornándose generalmente en "una rutina de previsible fracaso". Si el juez no ha estudiado el proceso, ni reparado, por lo mismo, en las postulaciones de las partes, no podrá, posteriormente, proponer bases de arreglo, ni logrará convencer a las partes sobre la conveniencia de la solución transaccional. Constatando el estado anterior de cosas, y como remedio acostumbrado, la Ley 19.334, sin haberse decidido a instaurar derechamente la audiencia preliminar, viene a establecer imperativamente para el procedimiento civil que, una vez agotados los trámites de discusión, el juez llamará a las partes a una audiencia de conciliación y "les propondrá personalmente bases de arreglo". Este encuentro, dice Tavolari, previo y directo de los justiciables, abogados y juez, "la justicia mirándose a los ojos", es lo más necesario para evitar el engaño, la tardanza injustificada, los golpes alevés y, fundamentalmente, para que el juez provoque la conciliación (p. 102).

En las *Consideraciones para la abogacía del tiempo nuevo* (p. 167), en clave algo más vital, se pregunta el autor por la posible existencia de un modo de pensar y reaccionar peculiar de los abogados. La cuestión parece cobrar vigencia ahora que los abogados dejan de venir, cual aconteció en los últimos ochenta años, de apenas cinco fuentes tradicionales y perfectamente identificables. Más allá de proclamaciones literarias, advierte Tavolari que la esencia de la abogacía reside en una suerte de sentido deportivo de la vida. Saber ganar, saber perder; admitir la derrota con entereza, disfrutar el triunfo con templanza. Acostumbrados a demandar o ser demandados; a ejercer la acción o deducir la excepción; a ver acogida la tesis en primera instancia; rechazada en segunda y ensalzada en casación y viceversa, se desarrolla frente a la verdad, a los semejantes y al propio actuar, un leve escepticismo ante las pretensiones absolutas y una inamovible convicción de que, para llegar a la cima, el juez debe atender a las dos partes, ya que de la confrontación de una y otra opinión resulta la síntesis que mejor satisface la conciencia (p. 168).

Las páginas finales de este libro rinden homenaje a don Enrique Correa Labra. Su presencia como académico en Valparaíso pudo mostrar, en versión descarnada y apasionada, al juez que, lejos de las tentaciones, de los placeres y las comodidades, las emprende sin más armas que sus códigos, su talento y honestidad. Reúne Tavolari las opiniones del magistrado sobre distintos tópicos, tales como la Casación Penal, la Acción, la Jurisdicción Voluntaria, el Abandono del Procedimiento, entre otros.

Estos *Comentarios Procesales*, al traducir una fina preocupación por lo humano y una visión realista y, a la vez, optimista del devenir del Derecho Procesal Latinoamericano, constituyen algo más que una buena noticia.

*Hernán Enrique Valenzuela Cabello*