

## RECURSO DE PROTECCIÓN EN CHILE: LUCES, SOMBRAS Y ASPECTOS QUE REQUIEREN CAMBIOS

Diego PALOMO VÉLEZ\*

SUMARIO: I. *Concepto y antecedentes normativos e históricos.* II. *Recurso de protección: elementos esenciales.* III. *Dimensión procesal del recurso de protección.* IV. *Protección: ¿acción y/o proceso?* V. *Instrumento de tutela principal: a propósito de la finalidad del recurso de protección.* VI. *Recurso de protección ante los particulares.* VII. *Perspectivas de cambio en relación con las acciones de tutela de derechos fundamentales en Chile.*

### I. CONCEPTO Y ANTECEDENTES NORMATIVOS E HISTÓRICOS

#### 1. *Un concepto básico que pueda orientar*

Se torna complejo comenzar conceptualizando por todas las preguntas que han rodeado y rodean este instituto. Una conceptualización más rigurosa nos obligaría a dar cuenta, de inmediato, de una serie de cuestiones que no contribuirían al tratamiento ordenado del tema. Proponemos, en cambio, un comienzo menos ambicioso que permita avanzar sin tener que abordar de entrada problemas que pueden terminar dificultando la comprensión de lo que se expondrá.

Por ahora, y para tener un punto de partida que nos permita profundizar en el instituto, conformémonos aquí con conceptualizar el denominado recurso de protección chileno como un instrumento de garantía juris-

\* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; profesor asistente de Derecho procesal en la Universidad de Talca, Chile.

diccional, de rango constitucional, que persigue la tutela y salvaguardia excepcional, pronta y eficaz de derechos y libertades fundamentales expresamente señalados por la Constitución, restableciendo de esa manera el imperio del derecho, y asegurando la debida protección del afectado. Dejaremos que el lector se forme un concepto propio una vez revisados los principales aspectos de la institución.

## *2. Encuadre normativo constitucional previo*

El recurso de protección, en los términos que anota en la actualidad, nace normativamente de la mano del acta constitucional núm. 3, precisamente el artículo 2o. del decreto ley núm. 1.552 de 1976. De allí pasa sin mayores modificaciones al texto constitucional de 1980, correspondiendo a su artículo 20. Por lo mismo, la dimensión puramente normativa de la garantía jurisdiccional, cuyo examen damos comienzo, viene dada, principalmente, por lo dispuesto en este artículo 20, el cual prescribe:

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, núm. 1o., 2o., 3o. inciso cuarto, 4o., 5o., 6o., 9o. inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 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, 19, 21, 22, 23, 24 y 25 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 al autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del núm. 8 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.

Evidentemente, un planteamiento aislado de esta norma no tiene mayor sentido ni ayuda a un mejor entendimiento de lo que intentamos esbozar. Un primer acercamiento al tema nos obliga a señalar que la norma del artículo 20 encuentra justificación en una tendencia expresada en los distintos textos constitucionales dictados a partir de la segunda mitad del

siglo pasado, la tendencia de no conformarse con la mera proclamación de los derechos y libertades fundamentales. Pioneros ejemplos encontramos en las Constituciones italiana (1947) y alemana (1949), dictadas tras experiencias autoritarias. Lo propio puede señalarse a propósito de la carta española (1978).

Más allá de esto, volvamos a Chile. Nuestra carta fundamental sustenta las bases de los derechos y libertades fundamentales y —por cierto— sus garantías en la *dignidad de la persona*. No se puede olvidar que los derechos humanos constituyen la expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana. Es la dignidad de la persona el centro o núcleo desde donde emergen y se fundamentan los derechos y libertades y, más importante aún, las garantías que aseguran su efectividad y respeto tanto por el Estado y sus órganos como por otros particulares.

El siguiente paso normativo viene dado por el artículo 5o., En su inciso 2o. consagra la limitación del ejercicio de la soberanía a manos del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Establece también (tras la reforma de 1989) el deber de los órganos del Estado de respetar y promover tales derechos, garantizados tanto por la Constitución como por los tratados internacionales ratificados por Chile, y vigentes.

Necesariamente debemos mencionar en este recuento los Autoacordados (AA) mediante los cuales la Corte Suprema de Chile ha “legislado” la tramitación de la acción de protección. La justificación de su existencia se ha sentado en el silencio de la Constitución respecto de esa materia, y la no reserva expresa a la ley para su regulación. Corresponden a 1977, 1992 y 1998, haciendo la prevención que el último de ellos, más que constituir una nueva regulación de la protección, es una modificación del cuerpo regulador que le antecede.

Bastantes críticas se han vertido en el tema de los AA y, en general, ha existido consenso en torno a la inconstitucionalidad de los mismos. Lo propio en cuanto al agotamiento de la habilitación expresa a la Corte Suprema por parte del AA de 1977, a la convicción jurídica que la regulación procesal de este tipo de acción de tutela de derechos y libertades fundamentales debe ser materia de ley, a que las facultades económicas a que recurrió dicho tribunal para dictar el AA de 1992 (modificado en 1998) no le confieren un poder normativo vinculante de carácter general

—como el que poseen las leyes— y, que excede el sistema normativo vigente al escapar de todo control de constitucionalidad.<sup>1</sup>

Prevenido esto, cabe preguntarse qué es lo que consagró el constituyente chileno a través del artículo 20 citado. Estimamos que no otra cosa que un *control jurisdiccional de eficacia* de los derechos y libertades fundamentales, a lo menos, de aquellos contenidos en el catálogo ya referido. A partir de allí ha vinculado derechos, garantías y judicatura ordinaria. Es esta combinación la que entra en juego cada vez que se habla de jurisdicción constitucional de la libertad en Chile. Nosotros agregamos aquí un concepto poco conocido en la doctrina chilena: la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

### 3. *La Comisión de Estudio de la Constitución. Marco histórico: ¿guía hacia una interpretación originalista?*<sup>2</sup>

Al comenzar el tratamiento de este punto, varios profesores señalan que nada mejor para comprender verdaderamente una institución jurídica es indagar acerca de los antecedentes que llevaron a su establecimiento. Y la verdad sea dicha, el acudir a los proyectos de recurso de protección y el posterior trabajo de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución es bastante frecuente en la literatura jurídica nacional relativa al tema.

Esta cuestión plantea problemas no sólo de corte político, fundados en la ilegitimidad de la citada Comisión, sino que también puede llegar a plantear inconvenientes estrictamente jurídicos que, creemos, deben solucionarse desde una óptica propia del derecho constitucional, desde el derecho procesal constitucional, si bien disciplina autónoma, ligada a aquélla en lo que dice relación con las reglas de hermenéutica. Con todo, reconocemos las dificultades de imponer puntos de vista en una materia tan controvertida como lo es la interpretación constitucional.

<sup>1</sup> Véase Nogueira, Humberto (ed.), “Acciones constitucionales...”. También, Tavorari, Raúl, “Tramitación de la acción constitucional chilena de protección”, en Ferrer, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2002, t. III, pp. 2544 y ss.

<sup>2</sup> Los originalistas sostienen que la Constitución tiene un solo significado que permite una única interpretación imparcial. Por ello tratan de averiguar lo que el legislador (constituyente en este caso) quiso o intentó decir. Se trata de excluir cualquier discrecionalidad interpretativa del juez constitucional. En otros términos, estamos frente a un ejercicio de hermenéutica donde la única interpretación decisiva es la voluntad subjetiva del constituyente.

A. *El dilema entre la Constitución estatua*  
vs. *Constitución viviente*

Ahora, más allá de estos obstáculos, estamos convencidos que frente a la disyuntiva configurada entre la denominada Constitución “estatua” (y su ligada interpretación originalista) y la denominada Constitución “viviente” donde “tanto sus palabras como sus fines y valores deben entenderse a la luz de las nociones, ideas, creencias y expectativas de la sociedad actual” (Sagüés, Nestor), la opción debe ser, a no dudarlo, por esta última. Se resume, a juicio de este autor, en lo siguiente:

Si la sociedad cambia, su Constitución no puede menos que cambiar. Si el bien común (valor que priorizamos) demanda inexorablemente un entendimiento de la Constitución distinto al del anterior, la mutación parece concluir legítima. La certeza y la coherencia son valores jurídicos relevantes, ya que brindan orden y seguridad, pero el intérprete debe hacerlos cohabitar con otros, no menos significativos, como los de justicia, previsibilidad y utilidad.

De esta forma, resultará perfectamente legítimo (y en ocasiones hasta deber) que la tarea interpretativa derive en la obtención de respuestas posiblemente diferentes a las pensadas por el constituyente. Canosa lo expresa con claridad: “mediante la interpretación, cualquier disposición normativa se pone al día, cobra actualidad en definitiva. Del mismo modo, los preceptos de la carta reciben actualización del intérprete por medio de una vivificación constante del sentido normativo del precepto constitucional de que se trate”.<sup>3</sup> Pues bien, estas decisiones hermenéuticas resultan decisivas a nuestra materia de estudio: las garantías de tutela privilegiada de los derechos y libertades fundamentales. ¿Por qué? Canosa nuevamente lo apunta con nitidez y en los siguientes términos: “se in-

<sup>3</sup> Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 76. Agrega Canosa: “el derecho constitucional se hace, pues, explícito a través de la interpretación que es efectuada operativamente por el intérprete. Adjetivar la tarea hermenéutica como operativa significa ni más ni menos que declararla vinculada a unos fines, esos fines que se materializarán en cada caso concreto y que, a la postre, adjudican a la justicia constitucional la calidad de válvula de adaptación del derecho a su tiempo” (en esta última expresión cita a Sánchez Agesta y su “Justicia constitucional”).

terpreta la Constitución siempre que ésta ha de ser aplicada”,<sup>4</sup> que constituye precisamente la fórmula para la cual se han consagrado instrumentos de tutela cualificada, en general, y la protección chilena, en especial. Una norma constitucional, unos derechos y libertades fundamentales que efectivamente se apliquen y respeten, es la única manera de obtener una expansión al máximo de su fuerza normativa, y única manera de lograr la tutela efectiva de los mismos.

En el sentido y contexto señalados, más de alguna razonable duda nos merece remitirnos a estudiar en detalle los distintos proyectos de protección o la propia actividad de la Comisión citada. A lo menos, aparece como un ejercicio poco útil a la luz de la interpretación que debe gobernar el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional.<sup>5</sup> No se crea, con todo, que menospreciamos las circunstancias históricas como factor de entendimiento de la institución de la protección en Chile. El punto es otro, y radica en la necesidad de no anclar el análisis en sede histórica que, como se vio, no aporta mayores datos en torno a lo que hoy debe brindar el instituto protector conforme a la alta misión que se espera del mismo.

### B. *Algunas anotaciones relevantes respecto del marco histórico*

Estimamos que existen algunas cuestiones que no podemos omitir, y que nos interesa anotar y destacar a este respecto. Primero, sabido es que el periodo histórico en el cual surgen estos proyectos de recurso de protección (que aspiraban a materializarse en una reforma a la Constitución de 1925) es un periodo de crisis nacional jurídico-política, y corresponde a las postrimerías del gobierno de Allende.

En segundo lugar, es necesaria una detención en la motivación de estos proyectos. Resulta evidente que la motivación de los mismos estuvo marcada (con un mayor énfasis del que se ha expresado), casi exclusivamente, en los distintos problemas que rodearon al derecho de propiedad

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> En contrario, Soto, Eduardo, “El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre”, en Navarro, Enrique (ed.), *20 años de la Constitución chilena: 1981-2001*, Santiago, Ed. Jurídica ConoSur, 2001, p. 421. También Fiamma, Gustavo, “El recurso de protección (antecedentes del texto contenido en el acta constitucional núm. 3)”, *Gaceta Jurídica*, núm. 16, 1978.

durante el truncado gobierno del presidente Allende. A partir de ello se extiende la tutela a otros derechos.

Ya lo señalaba un autor, denunciando esta desproporción: “una praxis de la acción demasiado dirigida a proteger el derecho de propiedad por sobre todos los demás derechos fundamentales, en particular en desmedro de los derechos fundamentales de libertad”.<sup>6</sup>

Es quizá gracias al interés por una pronta y efectiva tutela respecto de este particular derecho “fundamental” que hoy contamos con la protección. Y es quizá también producto de esta configuración —a partir y en torno al derecho de propiedad— que el instrumento hoy exige cambios.

Un tercer punto que me interesa reseñar dice relación con lo siguiente. Los orígenes de la protección en Chile se vinculan claramente a la necesidad de extender las virtudes que se apreciaban en la tutela reforzada de que gozaba la libertad personal (con el *habeas corpus*). De hecho, se plantea de manera expresa la necesidad de contar con un *recurso de amparo ampliado* a otros derechos y libertades distintos de la libertad personal que pudieran estar amenazados, restringidos o coartados por actos u omisiones arbitrarios o ilegales de una autoridad o particulares.

Finalmente, un cuarto punto dice relación con la constatación del déficit de eficacia en los derechos y libertades fundamentales bajo la vigencia de la carta de 1925, efectuado por prácticamente la unanimidad de los comisionados. La excepción estaba dada, se acaba de mencionar, en la libertad personal y el recurso de amparo. Para el resto de los derechos y libertades fundamentales se constató un sombrío escenario.<sup>7</sup>

- a) Lentitud y vulnerabilidad dilatoria de los procedimientos jurisdiccionales existentes en materia de protección de los derechos fundamentales.

<sup>6</sup> Caroca, Alex, *Derechos humanos y derecho civil: perspectiva procesal*, Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria, 1997, p. 85.

<sup>7</sup> Véase Nogueira y Mohor, quienes coinciden en el diagnóstico. Nogueira, Humberto, “El recurso de protección en Chile”, en varios autores, *La protección constitucional del ciudadano*, Buenos Aires, CIEDLA, 1999, p. 81; Mohor, Salvador, “El recurso de protección”, *Gaceta Jurídica*, núm. 44, 1984, p. 9. También, Soto, Eduardo “La protección de los derechos de las personas frente a la administración en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 2, 2001, pp. 281 y ss.

- b) Inexistencia de mecanismos institucionales de protección directa e inmediata de los derechos fundamentales, acorde con la urgencia de las situaciones.
- c) Inconcreción práctica de las acciones contencioso-administrativas tendientes a hacer frente a los excesos y arbitrariedades de la autoridad pública (derivada de una errónea interpretación de la judicatura en la falta de creación de los tribunales administrativos), lo que no hacía otra cosa que confirmar el carácter de pura declaración de principios de la Constitución de 1925.

Pues bien, en este esquema programático es que trabaja la citada Comisión, para la que los derechos humanos (derechos patrimoniales, en general, y derecho de propiedad, en particular, precisamos nosotros) y sus mecanismos de tutela efectiva constituyeron un objetivo fundamental, según dan cuenta los informes existentes en la materia.

## II. RECURSO DE PROTECCIÓN: ELEMENTOS ESENCIALES

Insertamos este apartado de inmediato a pesar de algunas dudas. En efecto, existía la posibilidad de abordar estos puntos al final de esta primera parte, incluso intentando un tratamiento individual de algunos de ellos. Sin embargo, dos razones nos llevaron a tomar la decisión de emprender de entrada esta tarea, y en la forma que se sugiere en el título del apartado, esto es, abordando los elementos “esenciales” que identifican la acción de protección chilena.

Primero, el respeto hacia el lector no familiarizado con la protección chilena, a quién intentamos facilitar su comprensión de lo que en los siguientes apartados trataremos. Y, segundo, la constatación del hecho de que existe abundante doctrina y jurisprudencia que se hace cargo de lo que podríamos denominar los distintos “lugares comunes” de la protección chilena. Recopilar lo ya planteado no tenía mucho sentido, salvo en estos aspectos básicos que no podíamos obviar en un trabajo como el presente.

Pues bien, el trazado que proponemos comprende los siguientes puntos:

- 1) Naturaleza jurídica.
- 2) Características y finalidades.
- 3) Presupuestos del recurso de protección.

Estimo que a través de un breve examen a estos tres puntos podemos cimentar suficientemente las consideraciones más críticas que luego ofrecemos.

### 1. *Naturaleza jurídica*

Seremos breves, pues dedicamos un apartado especial a esta cuestión. Con todo, cabe realizar una distinción entre lo que es la naturaleza constitucional y la naturaleza procesal del recurso de protección chileno, partiendo de la base que se puede definir entre varias categorías: Recurso, remedio, petición, acción, juicio, derecho, pretensión, proceso o garantía.

#### A. *Naturaleza constitucional*

Desde una perspectiva constitucional, la protección chilena es una garantía instrumental. Es un instrumento destinado a hacer jugar la intervención de los tribunales de manera rápida y efectiva cuando aparecen afectados derechos y libertades de especial naturaleza.<sup>8</sup>

En este sentido, puede postularse a la protección como una manifestación del derecho a la tutela judicial. Empero, en general, y siguiendo la tendencia comparada, debe considerársele básicamente como un proceso constitucional, un mecanismo de asistencia y protección a los derechos fundamentales. Su importancia es trascendental, pues se alza, junto con el *habeas corpus*, como la única vía directa para pedir protección de los derechos fundamentales.

#### B. *Naturaleza procesal*

La protección es también, no cabe duda, un remedio procesal, una garantía procesal al efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

Con un propósito puramente orientador diremos en este lugar que, pese a su denominación de recurso, la doctrina se encuentra conteste, en torno a que no estamos frente a lo que procesalmente se conoce bajo el

<sup>8</sup> Rivas, Adolfo, *El amparo*, 3a. ed. actualizada, Buenos Aires, La Rocca, 2003, p. 68.

nombre de recurso. El recurso de protección es, en realidad, una acción desde el momento en que no presupone la existencia de un proceso. Al contrario, lo provoca. De allí que más correcto sea hablar de acción de protección,<sup>9</sup> entendiendo por acción un derecho subjetivo (también un deber, desde que está prohibida la justicia por propia mano) destinado a poner en acto la jurisdicción para intentar la defensa de los demás derechos y libertades.<sup>10</sup>

La jurisprudencia nacional, a su turno, ha resuelto variadamente que se trata de una acción y no de un recurso,<sup>11</sup> que es una acción cautelar,<sup>12</sup> una garantía jurisdiccional<sup>13</sup> de rango constitucional,<sup>14</sup> de carácter extraordinario que opera únicamente en las situaciones taxativamente previstas en el texto que lo consagra.<sup>15</sup>

## 2. Características y finalidades

La enunciación de sus características y finalidades debe, ante todo, intentar dar cuenta de las peculiaridades que buscan distinguir al recurso de protección. De lo que se trata es de plantear la esencia del recurso de protección, que lo distingue de otros instrumentos que no gozan de sus ventajas y privilegios.

En este sentido, lo primero que debemos decir en este punto es que proteger es amparar, defender, tutelar, o, simplemente, garantizar los derechos a los que sirve. En ese marco terminológico se encuadra el recur-

<sup>9</sup> La calificación de acción no impide ni se opone a considerar a la protección como garantía. Es una doble naturaleza que permite identificar correctamente tan particular instituto tutelar.

<sup>10</sup> Rivas, Adolfo, *El amparo, op. cit.*, nota 8, p. 22.

<sup>11</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 143, 28 de diciembre de 1992, p. 267; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 29 de mayo de 1990, t. LXXXVII; C. Santiago, RGJ, núm. 243, 28 de septiembre de 2000, p. 63; C. Santiago, RDJ, núm. 1, 24 de julio de 1991, t. LXXXVII, p. 186.

<sup>12</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 54, 10 de diciembre de 1984, p. 83; C. Santiago, RFM, núm. 341, 9 de abril de 1987, p. 125.

<sup>13</sup> C. Santiago, RFM, núm. 285, 12 de agosto de 1982, p. 315.

<sup>14</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 54, 13 de noviembre de 1984, p. 137.

<sup>15</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 55, 21 de enero de 1985, p. 59; C. Santiago, RDJ, núm. 1, 28 de marzo de 1988, t. LXXXV, p. 29; C. Santiago, RFM, núm. 397, 10 de diciembre de 1991, p. 766. C. Talca, RGJ, núm. 230, 15 de junio de 1999, p. 33; C. Punta Arenas, RGJ, núm. 134, 19 de febrero de 1992, p. 64.

so de protección que, huelga decirlo, trata de una acción de rango o jerarquía constitucional.<sup>16</sup>

Debemos señalar que se trata de una acción cuya finalidad fundamental radica en dar *tutela privilegiada* a los derechos y libertades fundamentales que señala el artículo 20 ya citado. El privilegio en cuestión dice relación con la informalidad, rapidez, sumariedad, preferencia y efectividad que identifican al recurso de protección.<sup>17</sup> Se habla, en consecuencia, de una supertutela.

Más concretamente, la tutela brindada por el recurso de protección tiene una doble finalidad específica que no puede perderse de vista. Apunta a asegurar el uso y goce del derecho o libertad fundamental, sea previniendo su afectación cuando la amenaza se materializa, y pasa de ser un mero peligro (finalidad preventiva), sea recomponiendo la situación creada por la conducta lesiva mediante la restitución de la posibilidad de disfrute del derecho correspondiente (finalidad restitutiva).<sup>18</sup> No alcanza su finalidad, sin embargo, para la reparación e indemnización del daño o perjuicio causado, lo que queda reservado a los procedimientos civiles ordinarios o sumarios que correspondan. El recurso de protección, debemos decirlo, no posee un objetivo compensatorio (resarcitorio) o de reparación económica. Es uno de los límites del instituto protector.

Los tribunales han fallado, sobre este particular, que la finalidad de esta acción es restablecer el imperio del derecho<sup>19</sup> (recuperar el orden jurídico) y otorgar de inmediato las providencias necesarias, de carácter

<sup>16</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 1, 3 de noviembre de 1993, t. XCI, p. 20; C. Valparaíso, RDJ, núm. 1, 16 de diciembre de 1999, t. XCII, p. 55; C. Santiago, RDJ, núm. 1, 11 de agosto de 1994, t. XCI, p. 176; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 19 de agosto de 1996, t. XCIII, p. 170.

<sup>17</sup> C. Santiago, RFM, 19 de julio de 1990, núm. 380, pp. 373 y ss. En este fallo, la Corte Suprema, revocando la sentencia de la Corte de Apelaciones, señaló —una vez más— que el objeto del recurso de protección consiste en reparar de inmediato la juridicidad quebrantada en un procedimiento expedito y rápido que debe resolver breve y sumariamente las situaciones de hecho que perturben o alteren el orden jurídico establecido, sin perjuicio de los derechos que los afectados puedan hacer valer ante las autoridades o los tribunales.

<sup>18</sup> Rivas, Adolfo, *El amparo*, op. cit., nota 8, p. 77.

<sup>19</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 1, 28 de marzo de 1988, t. LXXXV, p. 29; C. Santiago, RFM, núm. 397, 10 de diciembre de 1991, p. 766; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 23 de junio de 1992, t. LXXXIX, p. 193.

transitorio, para asegurar la protección de los afectados.<sup>20</sup> En este orden de ideas se ha resuelto que la protección no tiene por objeto efectuar declaraciones sustantivas,<sup>21</sup> siendo improcedente pronunciarse sobre situaciones de fondo.<sup>22</sup>

Otra característica importante que identifica al recurso de protección es el tratarse de una acción principal, cuya interposición puede intentarse, desde luego, sin tener que esperar por el agotamiento de otras vías (no es un instrumento de tutela subsidiaria). Ahora bien, su utilización no excluye ni impide el uso complementario o posterior de cualquier otra acción que contemple el ordenamiento jurídico. Ésta es una de las características que más identifican la protección chilena, dando cuenta de su originalidad frente a sus pares existentes en el derecho comparado, léase a modo de simple ejemplo el recurso de amparo español. El recurso de protección tampoco tiene una finalidad residual, esto es, a falta de otros mecanismos de tutela.<sup>23</sup> Para una parte de la doctrina, incluso, tales características alcanzan para postular la primacía de esta acción constitucional por sobre las acciones legales, lo que ha sido respaldado en importante medida por la jurisprudencia de los tribunales.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> C. Chillán, RGJ, núm. 143, 9 de octubre 1992, p. 47; C. Santiago, RFM, núm. 397, 3 de diciembre de 1994, p. 740; C. Rancagua, RDJ, núm. 1, 29 de marzo de 1995, t. XCII, p. 11.

<sup>21</sup> C. Santiago, RFM, núm. 443, 23 de octubre de 1995, p. 1356; C. La Serena, RFM, núm. 489, 14 de julio de 1999, p. 1625; C. Valparaíso, RFM, núm. 493, 11 de octubre de 1999, p. 2790.

<sup>22</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 21 de septiembre de 1988, t. LXXXV, p. 306. C. Punta Arenas, RDJ, núm. 2, 19 de febrero de 1992, t. LXXXIX, p. 355; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 19 de febrero de 2001, t. XCVIII, p. 432; C. Santiago, RFM, núm. 493, 2 de diciembre de 1999, p. 2790.

<sup>23</sup> Léase, a modo de ejemplo, el amparo argentino. Rivas, Adolfo, *El amparo, cit.*, nota 8.

<sup>24</sup> Cabe señalar que no siempre existió este respaldo jurisprudencial a esta tesis. En los primeros años de la protección, la jurisprudencia fue vacilante. Lo propio acontece a partir de 1998, fecha en la cual la jurisprudencia se vuelve más restrictiva por las razones que luego se analizarán. Con todo, pueden revisarse los siguientes fallos: C. Santiago, RDJ, núm. 2, 21 de junio de 1983, t. LXXX, pp. 124-130; C. Concepción, RDJ, núm. 2, 11 de julio de 1983, t. LXXX, pp. 153-156; C. Valparaíso, RDJ, núm. 2, 7 de noviembre de 1983, t. LXXX, pp. 203-205; C. Talca, RDJ, núm. 2, 19 de febrero de 1985, t. LXXXII, pp. 10-13; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 19 de julio de 1985, t. LXXXII, pp. 185-188; C. Concepción, RDJ, núm. 2, 6 de agosto de 1985, t. LXCXXII, pp. 202-212; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 16 de abril de 1986, t. LXXXIII, pp. 69-75; C. Santiago, RDJ,

Dijimos que su finalidad está dada por la tutela judicial efectiva y privilegiada de derechos fundamentales expresamente garantizados por la Constitución. Pues, bien, tal propósito ha demostrado ser especialmente útil tratándose de dos funcionalidades:

- a) Impedir la autotutela.
- b) Asegurar el *statu quo* de las situaciones. Numerosa jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido.<sup>25</sup>

Un objetivo que también debe anotarse por su enorme incidencia en la *práctica* es aquel que nos indica que la acción de protección sirve y ha servido como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos.<sup>26</sup> Efectivamente, la acción de protección chilena ha servido de paliativo en esta materia. El problema en este punto ha sido el *abuso* que se ha realizado del instrumento en comento. Con no poca frecuencia se ha olvidado que la acción de protección es un instrumento de tutela urgente de derechos y libertades fundamentales, que de no estar afectadas impiden su utilización, debiendo conformarse el ciudadano con las otras vías que el ordenamiento le confiere. Por muchos años no se ha entendido así, facilitando la inflación y sobrecarga de casos de protección que nada tienen que ver con derechos y libertades fundamentales,

núm. 2, 17 de agosto de 1987, t. LXXXIV, pp. 159 y ss.; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 28 de mayo de 1996, t. XCIII, pp. 24-26; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 12 de agosto de 1997, t. XCIV, pp. 142-146; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 31 de marzo de 1999, t. XCVI, pp. 43-50; C. La Serena, RDJ, núm. 2, 25 de marzo de 2001, t. XCVIII, pp. 66-73.

<sup>25</sup> En lo referido al propósito de impedir la autotutela, véase C. Santiago, RDJ, núm. 2, 17 de marzo de 1981, t. LXXVIII, pp. 31-34; C. Chillán, RDJ, núm. 2, 25 de mayo de 1983, t. LXXX, pp. 35-40; C. Concepción, RDJ, núm. 2, 23 de enero de 1983, t. LXXXII, pp. 72-80; C. Talca, RDJ, núm. 2, 11 de mayo de 1987, t. LXXXIV, pp. 190-196; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 5 de octubre de 1989, t. LXXXVII, pp. 18-21; C. Coyhaique, RDJ, núm. 2, 28 de diciembre de 1992, t. XC, pp. 130-136; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 30 de octubre de 1997, t. XCIV, pp. 243-245. Y en lo referido al aseguramiento del *statu quo*, puede revisarse: C. Santiago, RDJ, 7 de julio de 1980, t. LXXXVII, pp. 53-56.

<sup>26</sup> De hecho, no merece dudas el hecho que el recurso de protección nació a la vida jurídica nacional como un medio especialmente dirigido para la salvaguarda de los derechos —especialmente patrimoniales— de las personas frente a la actuación de la administración.

situación que en los últimos años ha tomado un positivo giro reencauzador del instituto de protección.<sup>27</sup>

### 3. *Presupuestos del recurso de protección*

De la lectura del artículo 20 se desprenden los siguientes presupuestos:

1. La existencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria.
2. Que como consecuencia de ello se derive la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho.
3. Que tal derecho se encuentre expresamente cautelado con el recurso de protección, según la enunciación taxativa que realiza el artículo 20 citado.

#### A. *Acto u omisión arbitraria o ilegal*

El acto lesivo constituye el objeto del recurso de protección. Sin embargo, lo primero que merece anotación es que la protección procede tanto frente a actos como respecto de omisiones. De manera expresa se recoge que la protección chilena reconoce que la lesión que puede provocarse al derecho o libertad fundamental puede provenir tanto de una actuación positiva como de una omisión.

La segunda cuestión está en los caracteres que se exigen a estos actos u omisiones. Deben estar teñidas de *arbitrariedad o ilegalidad*. Nótese que no se trata de exigencias copulativas. En el caso del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación del número

<sup>27</sup> La última doctrina en la materia señala con acierto que el recurso de protección no es ya una respuesta dogmáticamente adecuada, eficiente y eficaz para controlar la actividad administrativa en su conjunto. La protección ha servido más que como instrumento de tutela de derechos fundamentales como vía de control de legalidad de la actuación administrativa, situación que ha contribuido a vulgarizar su uso y ha debilitado la tutela global de los derechos fundamentales. Ferrada, Juan *et al.*, “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, *Revista de Derecho*, Chile, vol. XIV, julio de 2003.

8 del artículo 19 de la Constitución, la afectación sólo puede provenir de un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Ahora bien, un acto que es lícito por no contrariar ninguna norma legal, puede, sin embargo, ser arbitrario por derivar del simple capricho o voluntad inmotivada de quien dictó o ejecutó el acto (que le estaba permitido realizar), o cuando no se observa proporcionalidad entre medios y fin.<sup>28</sup> Con todo, no siendo términos sinónimos, son especies que pertenecen al mismo género de la antijuricidad o contrariedad a derecho.<sup>29</sup> Tanto en la ilegalidad como en la arbitrariedad hay violación del ordenamiento jurídico, la forma en que ella se produce es distinta.<sup>30</sup>

¿Qué ha resuelto la jurisprudencia respecto de estos conceptos? La jurisprudencia ha estimado que la arbitrariedad importa una vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder han de ser ejercidos.<sup>31</sup> En concreto, se ha resuelto variadamente que el hecho de ayunar por varios días es un acto ilegal e ilegítimo, y que al atentar contra la integridad física y psíquica hace procedente el recurso de protección,<sup>32</sup> y que al negar el carácter de accidente de trabajo la Superintendencia ha actuado arbitrariamente,<sup>33</sup> vulnerando el legítimo ejercicio del derecho. También se ha fallado que se debe conceder la pensión de invalidez parcial,<sup>34</sup> ya que negarla constituye un acto arbitrario que perturba el derecho de propiedad. Se ha establecido que el hecho de que la recurrida mantenga información recopilada no constituye un acto ilegal ni arbitrario,<sup>35</sup> toda vez que ejerce su derecho a la libertad de información. Se ha ordenado al Servicio Agrícola y Ganadero que dicte la resolución pertinente y lo envíe al trámite de toma de razón, corrigiendo la ilegalidad.<sup>36</sup> En otro punto, se ha resuelto que no puede haber ilegalidad ni arbitrarie-

<sup>28</sup> Estas distinciones y posibilidades han tenido gran incidencia en materias relativas al control jurisdiccional (vía protección) de los actos administrativos.

<sup>29</sup> Soto, Eduardo, "Ilegalidad y arbitrariedad en el recurso de protección: ¿mera eufonía o una nueva vía de fiscalización jurisdiccional?", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1a. parte, enero-abril de 1981, p. 25.

<sup>30</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 63, 25 de septiembre de 1985, p. 25.

<sup>31</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 276, 20 de junio de 2002, p. 31.

<sup>32</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 54, 20 de agosto de 1984, p. 78.

<sup>33</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 54, 7 de agosto de 1984, p. 74.

<sup>34</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 168, 7 de agosto de 1994, p. 35.

<sup>35</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 168, 23 de junio de 1994, p. 57.

<sup>36</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 171, 29 de noviembre de 1994, p. 14.

dad en los actos ejecutados por funcionarios cuando éstos actúan en cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias.<sup>37</sup> También se ha resuelto que la negativa de canales de televisión a transmitir *spots* como parte de una campaña de prevención del SIDA no constituye acto u omisión ilegal o arbitraria que merezca reproche.<sup>38</sup> Finalmente, se ha fallado que en el caso de no acreditarse que el acto que se impugna es arbitrario o ilegal, debe ser rechazado el recurso de protección por carecer de los elementos esenciales para prosperar.<sup>39</sup>

### *B. Privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho*

La tutela constitucional va desde la amenaza (contemplada expresamente por el texto constitucional) hasta la perturbación y privación. Como se ve, un amplio espectro que el constituyente pretendió cubrir. En efecto, la conducta lesiva puede consistir en una violación concreta del derecho o de una amenaza de producir tal agravio. La amenaza es una de las caras del acto lesivo y consiste en generar riesgo para el derecho o libertad fundamental por actitudes positivas o por pasividad.

Respecto de la amenaza (anuncio de un mal próximo), ésta debe ser actual, seria, precisa y concreta (y no meramente hipotética)<sup>40</sup> en sus efectos,<sup>41</sup> la jurisprudencia ha delimitado su noción y contornos. Por ejemplo, se ha resuelto que para la procedencia del recurso no se requiere

<sup>37</sup> C. Temuco, RGJ, núm. 168, 18 de mayo de 1994, p. 124.

<sup>38</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 27 de junio de 1997, t. XCIV, p. 303. En este caso los recurridos fueron la Corporación de Televisión de la Universidad Católica de Chile y Megavisión.

<sup>39</sup> C. Valdivia, RFM, núm. 446, 29 de agosto de 1995, p. 2041. C. Puerto Montt, RGJ, núm. 173, 29 de noviembre de 1994, p. 67.

<sup>40</sup> C. Santiago, RFM, núm. 417, 5 de agosto de 1993, p. 93. No se trata de una amenaza hipotética, eventual, meramente conjetural, sino la de una amenaza que por sus características de realidad indica que de no impedírselo judicialmente, la lesión (la perturbación o privación) se ha de producir de manera inexorable.

<sup>41</sup> La doctrina y reiterada jurisprudencia han entendido y resuelto que para que pueda prosperar un recurso de protección frente a una amenaza, ella debe ser cierta y razonable, esto es, que los hechos en que se funde hagan temer, razonablemente, que ocurrirá en el futuro la privación o perturbación a que alude el artículo 20, y es en virtud de ello que se ha resuelto que la amenaza debe ser actual, cierta, precisa y concreta en sus resultados y efectos. Un ejemplo: C. Santiago, 5 de agosto de 1993, RFM, núm. 417, p. 589.

que se haya producido el atropello de las garantías, sino que basta el temor razonable de que tal violación pueda ocurrir.<sup>42</sup> Del otro lado se ha fallado que no procede acoger la acción constitucional cuando las amenazas no sean ciertas, actuales y concretas en sus resultados y efectos.<sup>43</sup> Entre otras cuestiones, se ha fallado ordenando la modificación de proyectos de trazados de alta tensión<sup>44</sup> y de vías de autopistas,<sup>45</sup> que amenazaban con afectar el legítimo ejercicio de derechos.

En lo que dice relación con las otras hipótesis constitucionales (perturbación y privación), cabe señalar que hacen alusión también a una conducta lesiva actual. Ello quiere decir que es necesario que el estado de afectación sea una realidad al tiempo de demandarse la protección y perdurar al momento de sentenciarse. Pierde sentido la vía de protección y se hace impracticable si la afectación feneció, sin que aparezca como amenaza inminente para el futuro.

Los tribunales han fallado que sean destruidas todas las fotografías que de la persona se encuentren en su poder, ya que su exhibición perturba el legítimo derecho de recurrente,<sup>46</sup> que es arbitrario e ilegal las medidas adoptadas por institución médica que priva a asociado de determinados derechos,<sup>47</sup> que lo propio acontece con la prohibición de ingreso al hogar al concubino luego de fallecimiento de conviviente,<sup>48</sup> entre muchas otras resoluciones.

Por último, un elemento que no cabe olvidar. Respecto de los derechos recién señalados, el recurrente debe estar en un legítimo ejercicio. O lo que algunos han denominado la posición de *clean hand*, que debe probar el sujeto activo de la acción constitucional. Dicha exigencia emana de lo dispuesto en la propia carta fundamental: “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra... en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en...” (artículo 20). Es bueno, sin embargo, precisar que sólo se requiere de una apariencia de legitimidad, sin que sea necesario ni exigible acreditar fehacientemente la titularidad del derecho cuyo amparo se solicita.

42 C. Santiago, RDJ, núm. 2, 15 de junio de 1993, t. XC, p. 166.

43 C. Santiago, RGJ, núm. 181, 14 de agosto de 1995, p. 41.

44 C. Santiago, RGJ, núm. 61, 23 de julio de 1985, p. 49.

45 C. Santiago, RFM, núm. 311, 8 de octubre de 1984, p. 538.

46 C. Santiago, RGJ, núm. 209, 8 de septiembre 1997, p. 51.

47 C. Santiago, RGJ, núm. 209, 22 de julio de 1997, p. 63.

48 C. Valdivia, RGJ, núm. 210, 19 de diciembre de 1997, p. 92.

C. *Que el derecho se encuentre expresamente cautelado con el recurso de protección, según la enunciación taxativa que realiza el artículo 20*

Es importante destacar que no todos los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución se encuentran amparados por la vía de protección.<sup>49</sup> Éste es un punto que ha sido no poco controvertido por la doctrina que, en su gran mayoría, no aprecia razones suficientes para la exclusión de los derechos que no figuran en la lista taxativa que contiene el artículo 20.

Concretamente, se trata de los siguientes derechos y libertades fundamentales reconocidos en distintos numerales del artículo 19 de la Constitución: derecho a la vida (núm. 1); igualdad ante la ley (núm. 2); derecho al juez natural (núm. 3, inciso 4); derecho a la vida privada y pública, y a la honra de la persona y su familia (núm. 4); derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (núm. 5); libertad de conciencia y religión (núm. 6); derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación (núm. 8); derecho a elegir el sistema de salud (núm. 9, inciso final); libertad de enseñanza (núm. 11); libertad de opinión e información (núm. 12); derecho de reunión (núm. 13); derecho de asociación (núm. 15); libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación (núm. 16, incisos 1, 2 y 4); derecho a sindicarse (núm. 19); derecho a desarrollar cualquier actividad económica (núm. 21); la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado en materia económica (núm. 22); libertad para adquirir el dominio de bienes (núm. 23); derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales (núm. 24), y derecho del autor y la propiedad industrial (núm. 25).

Los tribunales han resuelto, recogiendo la taxatividad de esta enumeración, que la tutela del recurso de protección no alcanza al derecho a negociar colectivamente,<sup>50</sup> al derecho al debido proceso<sup>51</sup> y tampoco a los derechos y libertades reconocidos en los numerales 7, 9 y 10, en caso de

<sup>49</sup> Desde luego está excluido el numeral 7o. del artículo 19 (libertad personal), protegido a través del artículo 21 de la Constitución y el recurso de amparo.

<sup>50</sup> C. Punta Arenas, RDJ, núm. 2, 27 de mayo de 1990, t. XCI, pp. 53-56.

<sup>51</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 290, 19 de diciembre 2002, p. 36.

insultos, maltratos y otros atropellos a detenidos acontecidos bajo la custodia de la Gendarmería de Chile.<sup>52</sup>

Se ha establecido que el criterio de la Comisión, en esta materia, fue excluir a los denominados derechos económico-sociales, no exponiendo al Estado a eventuales requerimientos por prestaciones incumplidas. En otras palabras, se optó por restringir el ámbito de la protección sólo a los derechos individuales, en los cuales la actividad prestacional del Estado no estaba en juego. Quizá, el único derecho protegido que sale de esta regla es aquel recogido en el numeral 8o. (derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), protegido en el artículo 20.

Cabe preguntarse, ¿qué ocurre con el derecho contenido en el numeral 3o. del artículo 19? (la igual protección de la Ley en el ejercicio de los derechos). Sólo se ampara vía recurso de protección su contenido derivado del inciso 4o., que dice relación con el derecho al juez natural, esto es, la garantía del juez predeterminado por la ley. Se excluye, por tanto, a todas las demás vertientes de la norma, tales como la relativa al debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad procesal. No se alcanza a entender la exclusión, si el argumento liga con derechos de contenido económico-social. Los tribunales, con apoyo en el texto constitucional, han resuelto que la garantía del debido proceso no es un derecho protegido por la acción de protección, pues el artículo 20 no se refiere al inciso 5o. del artículo 19 que consagra esa garantía. Sus pronunciamientos, por tanto, se han circunscrito a la tutela del derecho reconocido en el inciso 4o. del citado numeral.<sup>53</sup>

A pesar de estas restricciones anotadas, existen ciertas líneas jurisprudenciales formadas a propósito de la exclusión de derechos ya referida, dónde las cortes han otorgado protección a derechos sociales valiéndose de distintas interpretaciones que merecen la pena enunciarse:

<sup>52</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 9 de mayo de 1983, t. LXXX, p. 311.

<sup>53</sup> C. Coyhaique, RGJ, núm. 215, 27 de marzo de 1998, pp. 158 y ss. En este caso, la recurrida es la Dirección del Trabajo que procedió a interpretar normas legales y convencionales, arrogándose —al parecer del tribunal— facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dichas materias, esto es, los juzgados del trabajo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 420 del Código del Trabajo. Lo propio se ha señalado respecto del Servicio de Tesorerías: C. Punta Arenas, RFM, núm. 406, 6 de agosto de 1992, pp. 579 y ss.

- Entre ellas, la opción por recabar la tutela a través de la vía jurídica del derecho a la igualdad. En estos casos los tribunales han *reconducido* el caso hacia un problema de discriminación a fin de justificar su amparo a través del recurso de protección. Por ejemplo, en determinados casos se ha resuelto que no está en juego el derecho a la educación (numeral 10o. del artículo 19, no cubierto por la protección), sino el derecho a la igualdad (numeral 2o.) que sí aparece como amparado por el recurso de protección y su tutela pronta y privilegiada. Sólo a modo de ejemplo, digamos que se ha resuelto que es arbitrario e ilegal, y conculca el derecho de igualdad, la negativa de matrícula a un niño que no alcanzaba la edad de seis años para ingresar a la educación básica, limitación que no estaba contenida en ningún estatuto ni reglamento.<sup>54</sup>
- Otra vía ha sido aquélla relativa a la interpretación del numeral 11 del artículo 19 de la Constitución, norma que reconoce la libertad de enseñanza. Problemas relativos al derecho a la educación (no amparado por la protección) han sido resueltos vía protección, argumentando que este derecho se refiere a los aspectos formativos, no incorporando la información (la entrega periódica de conocimientos) que integra o forma parte de la libertad de enseñanza, libertad que sí posee amparo a través del recurso de protección.
- Finalmente, con bastante más consecuencias en el sistema interno (no todas positivas), encontramos la doctrina judicial de la *propietarización de los derechos* que también ha apuntado en el sentido ya señalado (numeral 24). Para esta línea jurisprudencial, las personas son propietarias de sus derechos, lográndose de este modo el amparo de derechos emanados de contratos, derechos emanados de actos administrativos, derechos de funcionarios públicos, derechos previsionales, entre otros. El peligro de esta doctrina ha estado en su intento de convertir los más variados derechos, situaciones y aun hechos, en dominio, para así lograr la tutela privilegiada que para el numeral 24 del artículo 19 consagra el artículo 20. Retomaremos esta problemática más adelante.

<sup>54</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 26 de mayo de 1988, t. LXXXV, p. 407.

### III. DIMENSIÓN PROCESAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

Como instrumento procesal que es, el recurso de protección exige un análisis dado, también desde una perspectiva procesal. En dicha dirección apuntan las siguientes líneas, en las cuales abordamos algunos puntos que ligan con la legitimación, el plazo de interposición, el tribunal de protección, su tramitación y el efecto de cosa juzgada.

#### 1. *Legitimación*

En el orden procesal, bien se ha dicho (Ferrer), la legitimación debe relacionarse con el concepto de acción y, por consiguiente, con sus sujetos activo y pasivo. De esta manera, se le configura como el reconocimiento que el derecho hace a una persona de la posibilidad de ejercitar y mantener con eficacia una pretensión determinada, o de resistirse a ella eficazmente.

Pues bien, en lo que respecta a la legitimación en el recurso de protección chileno, la doctrina suele destacar su carácter amplísimo. Cualquiera puede recurrir de protección en contra de cualquiera, incluso entes despersonalizados o respecto de intereses difusos.

La *legitimación activa* consiste en la identidad de la persona del sujeto activo con la persona a la cual la ley concede el derecho de la acción constitucional.<sup>55</sup> De esta forma, normalmente, tendrá legitimación activa quien sea titular de uno de los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 20 de la Constitución chilena. En punto a la legitimación activa, la norma constitucional permite interponer la acción a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada. También agrupaciones sin personalidad jurídica.

La verdad, bastante escasos son los problemas que plantea la legitimación activa, al menos en lo que se relaciona con la tutela de los tradicionales intereses o derechos. Por ejemplo, en lo referido a las personas naturales no ofrece polémica alguna, ni siquiera tratándose de extranjeros. Las normas constitucionales, en lo que se refiere a la protección, no distinguen, entre nacionales y extranjeros, pudiendo ejercer la acción incluso aquéllas personas extranjeras en tránsito por el país.

<sup>55</sup> Ferrer, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 170 y 171.

Lo propio se puede señalar en cuanto a las denominadas personas jurídicas.<sup>56</sup> La normativa constitucional citada permite concluir que también son legitimados activos en el recurso de protección. Evidentemente las personas jurídicas no pueden invocar cualquiera de los derechos o libertades fundamentales que figuren genéricamente dentro del ámbito tutelar de la acción de protección. De hecho, existen ciertos derechos que son inherentes a la persona humana, como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (artículo 19 núm. 1), el respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (artículo 19 núm. 4), y la inviolabilidad del hogar (artículo 19 núm. 5), entre otros, que no pueden ser invocados como vulnerados por las personas jurídicas; su propia naturaleza las excluye de ser titulares de tales derechos y libertades.

Incluso, el Estado y sus órganos están legitimados activamente para interponer la acción tutelar. Es el caso, por ejemplo, de los directores de establecimientos públicos de salud que han deducido la acción aun en contra de la voluntad de sus pacientes, con el objeto de posibilitar transfusiones sanguíneas respecto de personas que se oponen a ellas por sus creencias religiosas.<sup>57</sup>

No obstante la amplitud señalada, no estamos frente a una legitimación popular ni a una acción popular, esto es, de aquéllas que pueden intentarse por cualquiera en el sólo interés de la comunidad. La base fundamental de esta acción es el *aspecto subjetivo* de ella, el agravio que sufre un sujeto específico, sea persona natural o jurídica, sea una agrupación sin personalidad, en su derecho, el menoscabo de que es víctima en el ejercicio legítimo de él por obra u omisión antijurídica de un tercero.<sup>58</sup> Por ello, será necesaria la existencia de un derecho o libertad fundamen-

<sup>56</sup> Se descarta en Chile, por ejemplo, la posibilidad de que las personas jurídicas públicas sean legitimadas activas del recurso de protección. La legitimación se circunscribe a las personas jurídicas privadas.

<sup>57</sup> C. Santiago, RFM, núm. 402, 2 de julio de 1992, pp. 227-231.

<sup>58</sup> Soto, Eduardo, "Comentario al caso Párroco de San Roque (o de los ayunantes)", *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. XII, 1985, p. 157. Soto agrega: "...si el acto u omisión antijurídicos han cesado ya de producirse, o se han consumado o agotado sus efectos, el recurso de protección habrá de ser desechado". Ya no tiene razón de ser. Su naturaleza eminentemente tutelar se lo impide.

tal intervenido en el afectado que se manifieste en un interés actualmente comprometido.

Por similares razones podemos decir que no se trata de una acción puramente objetiva que sólo persigue la salvaguarda del ordenamiento jurídico o el restablecimiento del imperio del derecho. En nuestro sistema no resulta correcto intentar plantear una vertiente objetiva independiente del recurso de protección.

En determinados casos, los tribunales han transitado en su argumentación entre la legitimación activa tradicional (individual o clásica) y la tutela judicial efectiva de los *intereses colectivos o difusos*<sup>59</sup> (legitimación supraindividual).<sup>60</sup> Buen ejemplo de esto último lo constituye lo resuelto en el caso “Forestal Trillium”,<sup>61</sup> dónde, a propósito del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se admitió que en determinados supuestos la protección que se solicite y obtenga estará destinada a amparar derechos sociales de tipo colectivo, cuyo resguardo interesa a toda la comunidad, tanto en el plano local como en el nivel nacional, siendo ello así porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras. Concluye el fallo señalado: “en este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o al menos claramente apreciable en su esfera individual”.

<sup>59</sup> En esta materia puede revisarse un artículo de mi autoría. Palomo, Diego, “Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis* individual”, *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*, Valdivia, vol. XIV, julio de 2003. Se distingue entre los intereses colectivos y los difusos. Los primeros corresponden a una serie de personas que están o pueden ser determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico, existiendo una entidad que es persona jurídica a la cual se atribuye por la ley la representación institucional para la defensa de ese interés. Los segundos, los difusos, corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación a todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes, por ejemplo vivir en el mismo lugar.

<sup>60</sup> El afectado, entonces, es quién ve lesionado su derecho, sea éste individual clásico, sea el que corresponde a su participación en los de carácter difuso o colectivo. Rivas, Adolfo, *El amparo*, cit., nota 8, p. 774.

<sup>61</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 1, 19 de marzo de 1997, t. XCIV, p. 123.

En lo que liga con la *legitimación pasiva*, en principio, la amplitud y flexibilidad de la activa se mantiene, salvo ciertos casos especiales. En otras palabras, puede ser sujeto pasivo de esta acción constitucional cualquier persona o ente público o privado, personificado o no. Descartamos que el sujeto pasivo sea la propia Corte de Apelaciones,<sup>62</sup> posición sustentada entre nosotros Otero.<sup>63</sup>

Una de las cuestiones que más se ha discutido en el derecho comparado dice relación con el hecho de si *los particulares* pueden ser sujetos pasivos en esta clase de acciones constitucionales de tutela de derechos fundamentales. En Chile su procedencia no ha sido discutida. La Constitución, por su parte, no los excluye, habiendo la jurisprudencia interpretado sistemáticamente, salvo en algunos fallos pronunciados en los primeros años, que los particulares son sujetos pasivos del recurso de protección.

Los problemas, las limitaciones y las excepciones han venido de otros lados. En punto a las excepciones en la legitimación pasiva, cabe señalar que no procede el recurso de protección en contra del legislador y sus actos (las leyes, supuestamente arbitrarias al contrariar la Constitución) toda vez que para tal impugnación el ordenamiento jurídico contempla el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Más debatida ha sido la situación del juez (o tribunales), como posible sujeto pasivo de la acción. Así ha quedado demostrado también en la jurisprudencia. Lo reconoce el propio Soto (declarado expansionista de la acción), señalando a éste como uno de los temas en protección que más ha demorado en afinarse y adquirir homogeneidad.<sup>64</sup> Si bien alguna jurisprudencia se ha pronunciado en torno a su admisibilidad y procedencia, trátase de jueces unipersonales o colegiados, ordinarios<sup>65</sup> o especiales,<sup>66</sup>

<sup>62</sup> La protección, lo veremos en su oportunidad, es también un proceso. Al igual que en cualquier otro proceso, en éste la relación jurídica se forma por dos partes, la demandante o actora y la demandada.

<sup>63</sup> Errázuriz, Juan y Otero, Jorge, "Aspectos procesales del recurso de protección", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989, pp. 25-27.

<sup>64</sup> Soto, Eduardo, "Comentario: recurso de protección ante resoluciones judiciales, embargabilidad de bienes municipales y protección de los derechos de funcionarios públicos", *Revista Ius Publicum*, núm. 2, 1999, p. 235.

<sup>65</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 13 de marzo de 1996, t. XCIII, pp. 241-244.

<sup>66</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 5 de junio de 1991, t. LXXXVIII, pp. 286-293. En este caso se recurrió en contra de la sentencia del Tribunal Electoral Regional.

civiles,<sup>67</sup> penales<sup>68</sup> o de menores, incluso jueces árbitros;<sup>69</sup> los casos concretos en que se han pronunciado dicen relación precisamente con hipótesis claramente extremas o límites que poco sustento otorgan a una pretendida regla general.

En nuestro entender,<sup>70</sup> nuestro sistema de justicia constitucional, el diseño y finalidad de la acción impiden acceder, por regla, a concebir a los jueces y tribunales como sujetos pasivos de la acción de protección. Se correría el riesgo transformarlo en un medio de impugnación de resoluciones dictadas en un proceso judicial, y no se haría otra cosa que desgastar la acción en materias que no le empecen, y para las cuales no está llamado a participar.<sup>71</sup> A su turno, trastorna el mecanismo de las instituciones de nuestro sistema procesal y judicial.<sup>72</sup> De hecho, el “recurso” de protección no persigue modificar resoluciones judiciales, ello lo convertiría en un mecanismo de impugnación subsidiario de aquellos recursos ordinarios y extraordinarios que contemplan las diversas leyes para la impugnación de las resoluciones.<sup>73</sup>

Con todo, lo anterior no implica negar su procedencia en casos derechamente límites o en aquéllos donde el sistema recursivo no resulta aplicable o eficiente y la acción se intenta por quien no ha sido parte en el proceso judicial respectivo.<sup>74</sup> No procede hacer soportar el imperio jurisdiccional a quién no ha sido parte del pleito en que se dictó la senten-

<sup>67</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 9 de mayo de 1994, t. XCII, pp. 144-147; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 11 de abril de 1996, t. XCIII, pp. 69-75.

<sup>68</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 8 de abril de 1986, t. LXXXVI, pp. 65-69; C. Punta Arenas, RDJ, núm. 2, 16 de agosto de 1987, t. LXXXIV, pp. 40-42; C. Puerto Montt, RDJ, núm. 2, 10 de junio de 1986, t. LXXXVI, pp. 41-47.

<sup>69</sup> C. Puerto Montt, RDJ, núm. 2, 28 de septiembre de 1991, t. XCI, pp. 237-240; C. Valparaíso, RFM, núm. 317, 3 de enero de 1985, pp. 121-125.

<sup>70</sup> Véase Palomo, Diego, “Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado”, *Revista Ius et Praxis*, año 9, núm. 2, 2003.

<sup>71</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 212, 14 de enero de 1998, pp. 134-139.

<sup>72</sup> C. Arica, RGJ, núm. 168, 6 de junio de 1994, p. 58; C. Rancagua, RGJ, núm. 169, 27 de febrero de 1992, p. 57.

<sup>73</sup> En un sentido semejante puede revisarse el siguiente comentario jurisprudencial: Salas, Julio, “El recurso de protección y las decisiones judiciales”, *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 187, vol. LVIII, 1990, pp. 93-101.

<sup>74</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 169, 9 de mayo de 1994, pp. 49-51.

cia, por lo que sólo en dichos casos, creemos, procede la acción de protección, siempre que la ilegalidad o arbitrariedad concurren.

## 2. Plazo para recurrir de protección

Lo primero que debe señalarse es que la Constitución chilena *nada establece* sobre el particular. En efecto, no hay, en el artículo 20 de la ley fundamental chilena, palabra que esté destinada a regular este punto.

Por lo mismo, una de las principales objeciones que se han realizado por parte de la doctrina a los AA que regulan el recurso, liga precisamente con el tema del plazo.<sup>75</sup> En tal sentido, se señala que la limitación se opone a lo dispuesto en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, cuyo mandato prohibitivo dirigido a los preceptos legales es evidentemente aplicable respecto de producciones jurídicas de menor entidad, como lo son los AA reguladores del recurso de protección.<sup>76</sup> Se establece en el AA un plazo fatal de interposición. El artículo 1o. lo precisa: "...dentro del plazo fatal de quince días corridos...". Las objeciones, como comprenderá el lector, vienen dadas desde el *derecho de acceso a la justicia* y a la *tutela judicial efectiva*.<sup>77</sup>

Por demás está señalar que se trata de un plazo de caducidad de la pretensión de protección, y no de la pretensión sustancial, la cual, y según corresponda, se podrá deducir por otra vía. Pasados los quince días a los que se refiere el texto del AA caduca la posibilidad de accionar por vía de protección,<sup>78</sup> lo que no significa que hayan decaído también los caminos ordinarios.

<sup>75</sup> Las objeciones en lo referido al plazo de interposición se hicieron presentes incluso respecto del AA de 1977, que contaba con autorización del propio texto del acta constitucional núm. 3. Se estimaba que la Corte Suprema había excedido la autorización al establecer un plazo de caducidad.

<sup>76</sup> Tavolari, Raúl, *El proceso en acción*, Santiago, Ed. Libromar, 2000, p. 478.

<sup>77</sup> La doctrina viene postulando una ampliación del plazo. Existe cierta coincidencia en postular que el recurso de protección se pueda interponer mientras subsista la amenaza, perturbación o privación ilegal o arbitraria en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental y hasta treinta días después que hayan que hayan cesado los efectos directos respecto de agraviado tratándose de ilícitos continuados.

<sup>78</sup> En contra, Tavolari, Raúl, *op. cit.*, nota 76, p. 479. Cuestiona que una norma jurídica de la jerarquía de un AA esté autorizada para conferir un carácter perentorio o fatal a los plazos. Recuerda, además, que de acuerdo a la ley, los plazos judiciales son prorrog-

La cuestión del plazo, se dice, tiene íntima relación con la urgencia operativa que exige el recurso de protección. Además, la Corte Suprema, al establecerlo, no quiso que situaciones consolidadas se pudieren reabrir por esta vía. Se optó por privilegiar la certeza jurídica. Algunos autores agregan un inconfesado afán de aligerar la carga de trabajo de los tribunales de protección.<sup>79</sup>

En lo que se relaciona con el *criterio de iniciación* del plazo, debemos señalar que éste se cuenta desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. Tal como se ha destacado,<sup>80</sup> esta precisión contenida en el AA de 1992 (y ratificado en el de 1998) recogió la experiencia jurisprudencial, especialmente en materia administrativa, donde no siempre los actos eran conocidos oportunamente por los afectados o agraviados.<sup>81</sup>

El plazo es único, no puede interrumpirse. Se evita que por vía de actuaciones del interesado el plazo se interrumpa. Ni tratándose de reconsideraciones administrativas, ni de eventuales reposiciones, es posible interrumpir el plazo de quince días corridos que se establece. Si se reconociera esta suspensión, se ha fallado, se tornaría inoficioso el plazo, ya que su extensión la sujetaría la parte a la voluntad de interponer o no el recurso de reposición en cualquier tiempo.

Los tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la cuestión del plazo para recurrir de protección. Han resuelto que tratándose de actos materiales realizados que no se consuman en un único instante sino que se prolongan en el tiempo mientras dure la faena, el plazo para interponer el recurso se cuenta desde el momento en que el afectado adquiere conocimiento del hecho que perturba su derecho,<sup>82</sup> que el plazo para recurrir de protección no puede considerarse en

gables (artículo 67 del Código de Procedimiento Civil), y que no existe disposición alguna que permita a los tribunales establecer plazos cuyo transcurso provoque los efectos que se contemplan en el artículo 54 del Código Civil.

<sup>79</sup> Tavolari, Raúl, *op. cit.*, nota 76.

<sup>80</sup> Nogueira, Humberto, "El recurso de protección en Chile", en varios autores, *La protección constitucional del ciudadano*, Buenos Aires, CIEDLA, 1999, p. 88.

<sup>81</sup> El plazo, en su caso, se comienza a computar, no desde el momento indicado en la letra legal, sino desde que el hecho, acto u omisión violatorio de los derechos llega a conocimiento real y cierto del afectado. Rivas, Adolfo, *op. cit.*, nota 8, p. 478.

<sup>82</sup> C. Valdivia, RFM, núm. 406, 24 de agosto de 1992, p. 605.

curso sino una vez que el recurrente se encuentra efectivamente libre de cualquier impedimento para ejercer sus derechos,<sup>83</sup> que no obstante haberse enterado el recurrente de la inminente ejecución de las obras con mucha anterioridad (por lo que debería declararse la extemporaneidad del recurso), la naturaleza de los hechos y los bienes jurídicamente protegidos (alumnos de un colegio) hacen concluir que el recurso fue interpuesto dentro de plazo si se considera que por él se quiere paralizar una obra ya iniciada, pero cuyos efectos riesgosos sólo se producirán a futuro.<sup>84</sup>

En similar sentido se han desechado solicitudes de extemporaneidad por tratarse de una sucesión de actos que comenzaron con la construcción y que continúan amenazando o perturbando el derecho de propiedad del recurrente.<sup>85</sup> Específicamente, se ha resuelto que cuando se trata de actos que se han producido ininterrumpidamente y sin solución de continuidad por más de cinco años (contaminación acústica), y el último ocurrió dentro de los quince días anteriores a la interposición del recurso, debe rechazarse la inadmisibilidad declarada por la Corte de Apelaciones, la que debe pronunciarse sobre el fondo del asunto.<sup>86</sup>

### 3. *Tribunal competente*

La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones (artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales). Este punto aparece como fundamental, habiendo las decisiones adoptadas en esta materia influido decisivamente en el desarrollo de nuestra justicia consti-

<sup>83</sup> C. Arica, RFM, núm. 438, 20 de abril de 1994, p. 353.

<sup>84</sup> C. Santiago, RFM, núm. 425, 14 de abril de 1994, p. 128.

<sup>85</sup> C. Copiapó, RFM, núm. 426, 15 de abril de 1994, p. 247.

<sup>86</sup> C. Santiago, RFM, núm. 413, 14 de abril de 1993, p. 156; C. Puerto Montt, RFM, núm. 500, 7 de junio de 2000, p. 1694. En similar sentido se ha fallado tratándose de basurales instalados sin observar las condiciones de higiene y sin respetar normativa del Código Sanitario. Se ha declarado: "...los hechos que alteran el medio ambiente son de efectos permanentes, cuyo es el caso por excelencia de un basural, que desde el día de su instalación hasta la fecha de su saneamiento produce los efectos contaminantes derivados de sus malos olores, producción de moscas e infecciones de todo tipo". C. Valdivia, RFM, núm. 397, 4 de diciembre de 1991, p. 733.

tucional de la libertad en general y de nuestro recurso de protección en particular.<sup>87</sup>

Sobre el particular, el artículo 20 de la Constitución establece que es la *Corte de Apelaciones respectiva* el tribunal competente para conocer de los recursos de protección. Alude a la competencia absoluta, pues establece la jerarquía del tribunal que debe conocer del recurso.

Son los AA los que han acotado el punto, ocupándose de la determinación de la competencia relativa (véase el artículo 1o. del AA de 1998). Anótese en este punto que existe más de una quincena de Cortes de Apelaciones en Chile. Se ha establecido que es competente aquella Corte en cuya jurisdicción se hubiera cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasione privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas. Esta solución no ha estado exenta de problemas; mucho más sensato sería dejar como Corte de Apelaciones competente la del domicilio del recurrente.

En cuanto a la determinación de las cortes como tribunales competentes, cabe destacar que el sistema chileno de protección se ha configurado desde su carácter difuso y su falta de especialización, tanto en primera como en segunda instancia. La enorme cantidad de asuntos de los que deben conocer las cortes de Apelaciones atenta contra la existencia de una jurisdicción constitucional de la libertad especializada. Esta situación tampoco encuentra solución con un recurso de apelación ante la Corte Suprema (*tribunal de casación*), que a pesar de contemplar la existencia de salas especializadas, el conocimiento de las apelaciones interpuestas en materia de protección se reparten entre todas las salas de este tribunal atendiendo a una cuestión puramente territorial.<sup>88</sup>

La situación devela, a no dudarlo, problemas de fondo, entre ellos:

- a) Debilidad en la interpretación, puesto que sabemos que en punto a la justicia constitucional ésta se ciñe (o debiera ceñirse) a reglas de hermenéutica propias que permitan la adaptación de la normativa constitucional a nuevas situaciones y exigencias sociales cruzadas por la mayor complejidad.

<sup>87</sup> Véase Palomo, Diego, “Tribunal de protección: algunas ideas críticas a partir del modelo español”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, 2005.

<sup>88</sup> Un AA de 1998 de la Corte Suprema distribuye las apelaciones de protección en las cuatro salas del tribunal supremo basándose en un origen geográfico regional de los “recursos”.

b) Debilidad en la uniformidad de los criterios constitucionales empleados en la resolución de los casos. El diseño reseñado no permite uniformar ni aunar la jurisprudencia en materia de tutela de derechos y libertades fundamentales. No existe posibilidad de coordinación entre los distintos tribunales de protección, ni en primera ni en segunda instancia.

La razón para apostar por las Cortes de Apelaciones está en el propósito de *no centralizar* la protección o tutela que se incorporaba al ordenamiento jurídico nacional. Postulamos, con todo, las siguientes interrogantes: ¿la configuración del tribunal de protección en la forma señalada asegura una efectiva distancia respecto del paradigma del juez mero aplicador del tenor literal de la ley?, ¿tenemos en Chile jueces realmente imbuidos en la cultura de los derechos fundamentales capaces de interpretar las normas constitucionales en el sentido más favorable a dichos derechos?, ¿poseen nuestros jueces una formación teórica fuerte en la dogmática de los derechos fundamentales?, ¿se favorece u obstaculiza la concurrencia de una justicia constitucional de la libertad (sería)?

Las respuestas, a nuestro modo de ver, aparecen como evidentes y obvias a la luz de los resultados reales del instituto de la protección en Chile. Por cierto, destacan las condiciones en que las cortes deben conocer y resolver de las acciones de protección, las que no son las óptimas, ni mucho menos.

Existe un *manifiesto problema (déficit) en la especialidad* que requeriría la justicia constitucional, en la aplicación de la Constitución, en la interpretación o hermenéutica a emplear, en la formación constitucional de los jueces, y en la coordinación de los tribunales de protección, ello, tanto en la primera como en la segunda instancia.

Nos debemos sumar a la opinión expresada por Caroca:

Lamentablemente, y que hay que decirlo, estuvieron muy lejos (la Comisión) de percatarse de la importancia que la consagración de semejante instituto estaba llamado a desempeñar en un Estado respetuoso de los derechos fundamentales y, lo que es peor, no tuvieron para nada en cuenta la experiencia comparada en la materia que podía haberles proporcionado valiosos antecedentes para una mejor comprensión y estructuración de semejante acción constitucional.

Las consecuencias no se han hecho esperar. En efecto, de aquel instrumento que ingresaba con fuerza a nuestro ordenamiento jurídico encontramos un mecanismo *desgastado y desfigurado*, muy restringido a cuestiones relativas al derecho de propiedad y el contencioso administrativo, muy contradictorio a la hora de defender y resguardar los derechos y libertades fundamentales y la propia fuerza normativa de la Constitución.

#### 4. *Características del procedimiento*

Ya se sabe que la rapidez y sumariidad forman parte de las características del recurso de protección. Pues bien, la rapidez debe ser entendida en un doble sentido. Por un lado, con referencia a la respuesta jurisdiccional que ha de darse lo antes posible y, por el otro, en lo concerniente a la tramitación que deberá ser de despacho preferente en la consideración del pedido de protección y en sus distintos pasos procedimentales. Al mismo tiempo, y por otro lado, éstos deben estar conformados en sus lapsos y modalidades, de manera de permitir un acelerado desarrollo.<sup>89</sup>

Entendiendo lo anterior, revisemos la tramitación del recurso de protección. Lo primero que debe señalarse es que el afectado podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre. Sólo se exige (por el AA) que esa persona sea capaz de parecer en juicio. No se le exige mandato especial.

##### A. *La demanda de protección*

En lo que liga con la forma externa, diremos que la interposición de la acción de protección puede (y debe) materializarse sin mayores formalidades.<sup>90</sup> No se requiere de la asistencia de un abogado.<sup>91</sup> La única forma-

<sup>89</sup> El problema radica en que en ocasiones se olvida, por parte de los tribunales de protección, que la rapidez está establecida en favor del afectado y no en su contra. Rivas, Adolfo, *op. cit.*, nota 8, p. 226.

<sup>90</sup> Por lo mismo, los errores en la determinación del autor de la acción u omisión arbitraria o ilegal o en la determinación del derecho o libertad fundamental vulnerado o conculcado deben ser resuelto sin criterios formalistas. Véase Tavorari, Raúl, *op. cit.*, nota 1, pp. 2571-2581.

<sup>91</sup> Sin embargo, la acción de protección se ha ido formalizando progresivamente, se le han incorporado nuevas exigencias en su interposición, que disminuyen —en la prácti-

lidad viene dada por la escrituración.<sup>92</sup> Puede ser papel simple, o incluso telégrafo o telex (artículo 2o. del AA).<sup>93</sup> Se trata, toda la doctrina insiste en ello, de una acción sujeta a reglas de simpleza e informalidad y, “por ende, completamente ajenas a ritualismos o fórmulas sacramentales”.<sup>94</sup>

Si bien la regulación del recurso no contempla requisitos o contenidos de la postulación proteccional, podemos concluir la conveniencia que en ella conste una relación de los hechos que constituyen el acto o la omisión arbitraria o ilegal que afecta (en grado de amenaza, perturbación o privación) al recurrente. Debe individualizarse al ofendido y al ofensor, como también identificarse el derecho o libertad fundamental en cuestión. Asimismo, debe el recurrente dar cuenta de la relación causa a efecto de dicha conducta de acción u omisión en la afectación del derecho. Concluirá, planteando sus peticiones al tribunal que pueden ir desde el reconocimiento del derecho afectado hasta la condenación del ofensor a efectuar las prestaciones o adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y lograr la efectiva protección de la persona afectada. Todas estas exigencias deben interpretarse por la jurisprudencia *con flexibilidad*, atendido el carácter informal y de urgencia que identifica a la acción de protección.<sup>95</sup>

### B. Juicio de admisibilidad

Ya interpuesto el recurso, el referido AA contempla un examen de admisibilidad que apunta a dos requisitos, léanse el plazo y los suficientes fundamentos que contiene el recurso. Es más, se prescribe que si en la opinión unánime de los integrantes de la Corte respectiva el recurso ha sido extemporáneo o adolece de manifiesta falta de fundamento, se decla-

ca— las posibilidades del ciudadano a recurrir por esta vía privilegiada sin la asistencia de un abogado.

<sup>92</sup> Aceptando la interposición en forma verbal, Tavolari, Raúl, *op. cit.*, nota 76, pp. 496 y 497.

<sup>93</sup> Siempre teniendo a la vista la vía más expedita y rápida, no entendemos la razón de haberse omitido en el AA de 1998 el fax y el email.

<sup>94</sup> Tavolari, Raúl, *op. cit.*, nota 76, p. 495. C. Rancagua, RGJ, núm. 198, 31 de diciembre de 1996, p. 36. A mayor abundamiento, se ha aceptado su interposición a través de un acta levantada en la Secretaría de la Corte de Apelaciones respectiva.

<sup>95</sup> Véase Tavolari, Raúl, *op. cit.*, nota 76, pp. 498-510.

rára inadmisibles, desde luego, por resolución que será someramente fundada. Contra dicha resolución solamente procederá recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día. Estimamos que esta inadmisibilidad *in limine* no ha resultado ser la mejor respuesta a los problemas de hiperinflación de recursos de protección que han invadido nuestras cortes. Las cortes olvidan a menudo las características especiales de este recurso y su finalidad tuteladora de un derecho o libertad fundamental protegido por esta vía procesal.

### C. Requisitoria del informe

El siguiente paso en este procedimiento es *el informe* que la Corte ordena evacuar al recurrido (artículo 3 del AA). Se debe pedir por la vía más rápida y efectiva. Asimismo, se le debe fijar al recurrido un plazo breve y perentorio para emitirlo, junto con el cual debe remitir a la Corte *todos los antecedentes* que existan en su poder sobre el asunto que motiva el recurso. El requerido debe brindar al tribunal datos acerca de la cuestión motivo del recurso de protección, comunicándole —objetivamente— lo realmente ocurrido.<sup>96</sup> Consideramos que el informe juega, en el concepto de *bilateralidad*, como instrumento para satisfacer el derecho de defensa<sup>97</sup> del demandado o recurrido.<sup>98</sup> Equivale, sustancialmente, al acto de contestación de la demanda.

La mayoría de la doctrina, seguida de cerca por la jurisprudencia, postula la unilateralidad del procedimiento ignorando (o mejor dicho, negando) la calidad de parte directa del recurrido.<sup>99</sup> Sólo existe, señalan, un

<sup>96</sup> Aunque en ninguna parte se exige, resulta evidente que el informe debe ser circunstanciado, vale decir, explicado con todas sus circunstancias, detallado, completo y perfectamente ilustrativo. Debe brindar los datos objetivos que posea el informante de acuerdo con los antecedentes del acto u omisión.

<sup>97</sup> El juez (el tribunal) tiene la obligación de oír a las partes, lo que surge de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Díaz, Silvia, *Acción de...*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>98</sup> En contra la mayoría de la doctrina. Véase Tavolari, Raúl, *op. cit.*, nota 6, p. 517. Señala el autor sobre el informe: “es un mecanismo discurrido por la Corte para allegar más antecedentes, pero en caso alguno constituye una forma de provocar un emplazamiento o de enderezar un procedimiento contencioso”.

<sup>99</sup> Se ha llegado a postular que las partes directas en materia de protección son el recurrente y el tribunal. El ofensor (que debe evacuar informe) no sería parte directa y sólo

recurrente que pide al tribunal el cumplimiento de una obligación constitucional de dar resguardo a derechos fundamentales, y un órgano jurisdiccional, “sujeto pasivo” de la acción de protección, que debe establecer los supuestos necesarios que hacen exigible esta obligación y, de establecerlos, proceder a su cumplimiento. Sobre nuestra posición al respecto volvemos luego.

#### D. *Preferencia*

Recibido el informe (y los antecedentes) o sin él, la Corte deberá ordenar traer los autos en relación, y dispone la agregación de la causa a la tabla del día subsiguiente. En este punto se refleja otro de los principios que gobierna la vía procesal de la protección, que es la preferencia. El recurso de protección cuenta con preferencia para su conocimiento y fallo. La razón la encontramos precisamente en la naturaleza y finalidad de este instrumento de tutela reforzada de derechos fundamentales.

#### E. *Rapidez y sumariedad*

Se trata, ya se ha adelantado, de un procedimiento sumarísimo que aspira a brindar tutela judicial efectiva y *urgente* a una persona (o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica). La regulación que se realiza por el AA es patente en ese sentido. Siempre la opción es por los plazos breves y perentorios, y por las vías más rápidas y efectivas. Ello tiene su correlato constitucional en el propio artículo 20, que dispone que la Corte adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y dar debida protección al afectado.

#### F. *Orden de no innovar*

El artículo 3o., inciso final, del AA de 1992, facultó de modo expreso a las Cortes para decretar como medidas cautelares órdenes de no inno-

podría ser parte indirecta, como tercero excluyente. No se produciría, en consecuencia, una bilateralidad de la audiencia. Eso de “escuchar a la contraparte” en la protección no existiría. Errázuriz, Juan y Otero, Jorge, *op. cit.*, nota 63, p. 69.

var.<sup>100</sup> El fundamento de la orden de no innovar es precisamente amparar la situación de hecho o de derecho cuya alteración obstruya el eventual éxito de la sentencia a dictarse o reponer el estado de cosas a la situación que existía antes de alterarse unilateralmente por el actuar u omisión de alguna de las partes. En otras palabras, su finalidad básica está en procurar que la sentencia que eventualmente se dicte a favor del que obtenga la medida, resulte eficaz y de efectivo cumplimiento.

### G. *¿Etapa probatoria?*

En lo que dice relación con las probanzas, cabe señalar que no existe un término probatorio. Ello no significa que las pruebas no tengan nada que decir en esta materia.<sup>101</sup> Lo que acontece es que, atendida la calidad de los derechos y libertades cuya tutela se solicita, se confieren al tribunal de protección una serie de facultades que le permiten determinar con mayor libertad la existencia o no de la vulneración reclamada. Lo propio acontece respecto de las partes del proceso. En este sentido encontramos la norma del artículo 5o. del AA que faculta al tribunal para decretar *todas las diligencias que estime necesarias* para el mejor acierto del fallo.<sup>102</sup> Lo propio respecto del artículo 8o. que sanciona que para entrar al conocimiento del recurso o para el mejor acierto del fallo, la Corte Suprema podrá solicitar de cualquier autoridad o persona los antecedentes que considere necesarios para la resolución del asunto.

En este punto también es necesario recordar la celeridad y emergencia que caracterizan al proceso de protección. Ello impide aceptar pruebas de largo trámite, que vayan a transformar este proceso en un verdadero juicio de lato conocimiento. Con ello se desnaturalizaría la finalidad esencial de la acción de protección, que es la de restablecer en forma rápida,

<sup>100</sup> Parte de la doctrina ya reconocía su procedencia aun antes de su incorporación formal en 1992. Tavorari, Raúl, *Proceso constitucional y cautela judicial: ¿orden de no innovar en el recurso de protección*, Santiago, Ed. Jurídica, 1994, pp. 137-168.

<sup>101</sup> Todo proceso, todo procedimiento, pasa por la consideración de la trascendencia jurídica de los hechos mediante los cuales se planteó y exteriorizó el conflicto. La regla del *ex ipso oritur ius*, nos mostrará cómo aquéllos generan resultantes jurídicas decisivas para la solución judicial del enfrentamiento. Rivas, Adolfo, *op. cit.*, nota 8, p. 517. La protección no escapa a los fenómenos reseñados.

<sup>102</sup> De allí que se señale la absoluta procedencia de las medidas para mejor resolver. Tavorari, Raúl, *op. cit.*, nota 76, p. 519.

expedita y eficaz el imperio del derecho y obtener la debida tutela del afectado. En los procesos protectores de derechos fundamentales deben ser admisibles todos los medios probatorios necesarios que no sean incompatibles con la celeridad, expedición y la naturaleza de estos procesos.

#### H. *Fase decisoria*

Pues bien, estos antecedentes y pruebas serán apreciados conforme a las reglas de la *sana crítica*, vale decir, lógica más máximas de la experiencia. La libertad que existe en relación con las pruebas y antecedentes que pueden aportarse al proceso, existe a la hora de su valoración. El tribunal apreciará los antecedentes que se acompañan a la acción y pronunciará su sentencia valorando la prueba producida de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debiendo fundamentar su resolución, exponiendo el o los hechos que se dan por acreditados y señalando, en su caso, los medios de prueba mediante los cuales alcanzó esa convicción, sin que pueda contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La celeridad del procedimiento también se aprecia en el plazo para fallar que poseen las Cortes. Según lo dispone el artículo 10 del AA, tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema deben sentenciar dentro del quinto día hábil (desde que la causa se encuentre en estado), por regla. Hace excepción a esta regla el caso de los recursos de protección relativos a los derechos reconocidos en los numerales 1o., 3o. inciso 4o., 12 y 13 del artículo 19 de la Constitución.

Cabe señalar que la sentencia tiene carácter de *definitiva*, pues pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión controvertida (artículo 158 del Código de Procedimiento Civil).

#### I. *Fase recursiva*

El AA establece una segunda instancia a cargo de la Corte Suprema. Así lo dispone el artículo 5o. inciso 2o.: "...La sentencia que se dicte, ya sea que lo acoja, rechace o declare inadmisibile el recurso, será apelable ante la Corte Suprema". Sólo se autoriza la interposición del recurso de

apelación en contra de la sentencia que resuelve el recurso. En su contra no procede el recurso de casación.

Esta apelación debe interponerse en el plazo fatal de cinco días hábiles, y deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, y las peticiones concretas que se formulen al tribunal. Si la apelación se interpusiera fuera de plazo o no es fundada o no contiene peticiones concretas, el tribunal la declarará inadmisibile.

Nótese cómo el AA va transformando la naturaleza y espíritu de la acción de protección. Va diluyendo su informalidad (recuérdese que no se requiere de la asistencia de un abogado) a través de agregados propios de las acciones del derecho procesal común. A nuestro juicio viene a ser otra demostración de la incapacidad que ha demostrado la Corte Suprema en entender la protección en el plano que le corresponde, esto es, como el instrumento de tutela reforzada de derechos y libertades fundamentales que es. Esto exige una interpretación, un enfoque, un tratamiento distinto. Las estructuras procesales tradicionales ya no bastan, se requiere de coordenadas constitucionales.

##### 5. *La cosa juzgada en la protección*

La concepción clásica de la cosa juzgada la concibe como el efecto alcanzado por la sentencia una vez que firme resulta ser irrecurrible e inmodificable (Couture). Cabe preguntarse entonces si hay cosa juzgada en la protección.

Ya dijimos que la sentencia que resuelve el recurso de protección es una sentencia definitiva que resuelve la cuestión controvertida y pone fin a la instancia. Ahora bien, hay cosa juzgada en la protección y la cosa juzgada que produce la sentencia que la resuelve es sólo *formal*. Se colige de la parte final del artículo 20 de la Constitución: “...*sin perjuicio* de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Significa que lo fallado en sede de protección puede corregirse o modificarse en un juicio posterior. Con todo, sobre este punto volvemos más adelante, poniendo atención al desempeño real del instrumento.

#### IV. PROTECCIÓN: ¿ACCIÓN Y/O PROCESO?

Al tratar la naturaleza jurídica de la protección, señalamos que la cuestión podía abordarse desde una perspectiva constitucional o procesal. Pues bien, en esta última perspectiva nos interesa afrontar una polémica que ha dificultado el correcto entendimiento del instituto tutelar en estudio.

De entrada descartamos que estemos frente a lo que la terminología procesal denomina recurso. En eso la doctrina y jurisprudencia ya se encuentran conteste y uniformes, por lo que sobran mayores explicaciones sobre el particular, no obstante, tomar nota de los no menores problemas que se generaron a partir de la expresión “recurso”, empleada en el texto de la Constitución. Sabido es que dicha locución sirvió de excusa a las cortes para declarar inadmisibles o improcedentes las protecciones intentadas durante la vigencia de los estados de excepción constitucional decretados en el régimen autoritario, amparados en la disposición transitoria núm. 24 de la Constitución. Nuevamente aquí se hizo presente, con palmaria realidad, el apego estricto al tenor literal por parte de nuestros tribunales de justicia, sin atender a la finalidad de las instituciones.

Empero, retomemos la pregunta principal: protección, ¿acción o proceso? Cabe tomar posición en torno a su verdadera naturaleza jurídica procesal. Previo a ello, enunciamos las distintas tesis existentes sobre la materia.

##### 1. *La protección, siendo una acción, no origina un proceso*

Pues bien, en el punto que nos convoca, la mayoría de la doctrina nacional parece haber olvidado la relación existente entre el recurso de protección y la *jurisdicción*. Por extensión, se ha cerrado toda posibilidad de explicación de la protección a partir del *proceso*. De hecho, parece desconocer que a propósito de la acción de protección también se presentan aquellos elementos y características que identifican la función jurisdiccional y, en especial, al proceso.

En efecto, las explicaciones de la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de la protección están principalmente cruzadas por un elemento central que aparece como el común denominador en la comprensión del problema. Así, descartándose la figura del recurso, se señala que el recurso de protección constituye *una acción*. Cautelar para la mayoría de

los autores,<sup>103</sup> autónoma,<sup>104</sup> simplemente constitucional,<sup>105</sup> acción de emergencia,<sup>106</sup> acción-derecho constitucional, para otros.<sup>107</sup> Pero casi todos coincidirían en destacar su carácter de acción, es decir, ser una facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, persiguiendo la protección, reconocimiento o declaración de un derecho.<sup>108</sup> Como la define Couture, “el poder jurídico que tiene todo

<sup>103</sup> CEA, José, *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 1999, p. 163. Errázuriz, Juan y Otero, Jorge, *op. cit.*, nota 63, p. 34. También, Mohor, Salvador, *op. cit.*, nota 7, p. 11. Asignándole el carácter de acción cautelar se intenta destacar que la sentencia de protección no puede ser considerada como una declaración jurisdiccional del derecho de un modo definitivo, sino que justamente trata de una medida cautelar y provisional frente a las amenazas o perturbaciones de los derechos y libertades fundamentales.

<sup>104</sup> Paillas, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado*, Santiago, Ed. Jurídica, 1990, pp. 74 y ss. También, Dougnac, Fernando, “Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 28, núm. 3, 2000, p. 620. Estos autores, sin darse cuenta muy bien, aluden a la existencia de un juicio de protección, pero no alcanzan a definir sus particulares contornos.

<sup>105</sup> Soto, Eduardo, *op. cit.*, nota 5, p. 454. En un comentario conjunto al recurso de amparo chileno, este autor señala que se trata de “poderes jurídicos que le asiste al agraviado para recurrir ante la jurisdicción para que ésta le proteja en su libertad personal (RA), y en los demás derechos que la propia Constitución ha previsto (RP)”. Para este autor no corresponde catalogar la acción de protección como acción cautelar. En sus palabras, lo cautelar está en las medidas de protección que el tribunal, una vez declarada la antijuricidad del acto u omisión agravante sufrida por un sujeto en el legítimo ejercicio de un derecho constitucional suyo, deberá adoptar necesariamente para proteger en cumplida forma al afectado, a quien se le ha acogido el recurso de protección deducido” (p. 248).

<sup>106</sup> Verdugo, Pamela “El recurso de protección en la jurisprudencia”, Santiago, Ed. Jurídica Ediar-ConoSur, 1988, p. 23. Tratándose de un trabajo fundado casi exclusivamente en la jurisprudencia, la autora se apoya justamente en fallos a la hora de tratar el tema de la naturaleza del recurso. Precisa: “son numerosos los fallos de los tribunales que, consecuentes con el espíritu del constituyente, destacan su característica de instrumento expedito y eficaz para tutelar los derechos fundamentales”.

<sup>107</sup> Nogueira, Humberto, *op. cit.*, nota 7, p. 85. El fundamento que encuentra este autor para tal calificación jurídica liga directamente con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención americana de derechos humanos. Éste es un tema (el que proviene del derecho de los tratados) que merece un apartado especial. Allí daremos cuenta que el planteamiento de Nogueira es inquietantemente válido en lo relacionado con el carácter de derecho esencial que asigna a la protección.

<sup>108</sup> Véase Nogueira, Humberto, *op. cit.*, nota 7, p. 562. También Mohor, Salvador, “El recurso de protección”, en varios autores, *Recursos de rango constitucional*, núm. 5, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1983, p. 51. Sobre lo mismo: Ote-

sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”.<sup>109</sup>

Pero junto con determinar la naturaleza jurídica de acción respecto de la protección, la doctrina da otro paso más discutible. *Niega la existencia de un juicio o proceso en lo que ha protección se refiere*. Para afirmar tal conclusión se apoyan principalmente en la señalada característica de instrumento expedito y urgente para el amparo de derechos fundamentales. Más concretamente, el sustento lo encuentran en el predicamento de la Comisión en el sentido de ser la protección una especie de instrumento tutelar *de emergencia*, que persigue resolver con premura e inmediatez la violación, restableciendo el imperio del derecho. Dichas características impedirían, a juicio de estos autores, hablar de un “proceso” de protección.

Ni pensar, para este sector de la doctrina, en un contradictorio entre partes.<sup>110</sup> Sólo se reconoce como tales al recurrente y al tribunal. Nos preguntamos, ¿dónde queda el presunto ofensor?: se responde que no siendo parte directa, puede aspirar solamente a ser parte *indirecta*, como tercero excluyente, según daría cuenta —señalan— el AA que regula la protección.

En efecto, frase demasiado común se ha hecho aquélla que indica que la protección no conlleva pretensión contra persona determinada (que puede ser desconocido en determinados casos), que el sujeto pasivo debe buscarse en el propio tribunal de protección, y que no da origen a una contienda entre partes. De hecho, Errázuriz y Otero, la doctrina más citada en este punto, destacan que “se podría incluso afirmar que el interés de ambos (agraviado y tribunal) es el mismo, o sea, proteger un derecho garantizado”.<sup>111</sup> Por tanto, no existiendo contienda o controversia entre partes, malamente podría hablarse de proceso.

Por la vía ejemplar podemos citar los siguientes criterios jurisprudenciales:

ro, Miguel “El recurso de protección: fines, requisitos y naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Procesal*, núms. 21 y 22, 1977, pp. 219 y ss.

<sup>109</sup> Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 14a. reimpresión de la 3a. ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1988-1958, p. 57.

<sup>110</sup> Errázuriz, Juan y Otero, Jorge, *op. cit.*, nota 63, p. 40.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 41.

- a) Que el recurso de protección es un procedimiento expedito, rápido, que debe resolver con premura la irregularidad.<sup>112</sup>
- b) Que está destinado a restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado y por su naturaleza es inminentemente garantizador del ejercicio de determinados derechos.<sup>113</sup>
- c) Que es un remedio rápido, expedito, pronto y eficaz.<sup>114</sup>
- d) Que se trata de una acción cautelar de carácter constitucional.<sup>115</sup>
- e) Que conforme su objetivo puramente cautelar no genera un juicio. Puede resumirse la línea jurisprudencial en los siguientes términos: La protección tiene por finalidad restablecer el imperio del derecho, reparar de inmediato la juridicidad quebrantada, y servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a manifiestas violaciones de determinados derechos, configurándose como una especie de acción cautelar de carácter constitucional que permite proveer con urgencia el mantenimiento del *statu quo* en el ejercicio de de-

<sup>112</sup> C. Santiago, RFM, núm. 260, 7 de julio de 1980, p. 202.

<sup>113</sup> C. Valparaíso, RFM, núm. 295, 13 de mayo de 1983, p. 259.

<sup>114</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 46, 14 de abril de 1984, p. 66; C. Valdivia, RGJ, núm. 62, 2 de agosto de 1985, p. 36; C. Punta Arenas, RDJ, núm. 2, 19 de febrero de 1992, t. LXXXIX, p. 234.

<sup>115</sup> C. Santiago, RFM, núm. 308, 29 de mayo de 1984, p. 314; C. Santiago, RGJ, núm. 63, 30 de septiembre de 1985, p. 31; C. Santiago, RGJ, núm. 79, 20 de enero de 1987, p. 49; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 29 de mayo de 1990, t. LXXXVII, pp. 112-122; C. Santiago, RDJ, núm. 1, 20 de enero de 1994, t. XCI, p. 11.

terminados derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Sin más rodeos: “el recurso de protección *no es un juicio*”.<sup>116</sup>

## 2. *¿Doble condición?*

Matices doctrinales podemos encontrar en Paillas y Dougnac. En efecto, sin darse mucho cuenta, ambos autores transitan por caminos más realistas y desapegados de lo que la Comisión señaló sobre el particular, que ha recibido incesante eco tanto en la doctrina como en los fallos de los tribunales de protección. Ponen su atención en la situación que —efectivamente— se da cada vez que una persona agraviada o amagada en sus derechos o libertades fundamentales recurre a una Corte de Apelaciones de protección.

Paillas cita tres fallos de la Corte de Santiago y, a partir de ellos (lo que realmente aconteció en ellos), determina que la protección es un *juicio especial*, con rasgos propios que lo distinguen. Un juicio a fin de cuentas. Reconoce el autor que, normalmente, con la protección lo que se persigue es la solución de un problema de fondo, o bien se busca poner fin a una situación de hecho. “La protección es un juicio autónomo, no subordinado a la existencia de un litigio ulterior. La formación futura de éste es un asunto contingente”.<sup>117</sup> Luego señala, distanciándose más de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria: “Éste es un juicio que se sigue entre partes”<sup>118</sup> dónde el sujeto pasivo de la acción es escuchado por medio de un informe.

Por su lado, Dougnac, no conforme con el atribuido carácter cautelar de la protección y siguiendo de cerca a Paillas, también concluye que se trata de un juicio.<sup>119</sup> Con todo, ninguno de estos dos autores incursiona en la distinción entre la acción y el proceso de protección, por lo que sus soluciones aparecen como respuestas incompletas al problema.

## 3. *La protección como proceso*

<sup>116</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 22 de julio de 1997, t. XCIV, pp. 84 y 85.

<sup>117</sup> Paillas, Enrique, *op. cit.*, nota 104, p. 77.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>119</sup> Dougnac, Fernando, *op. cit.*, nota 104, p. 621.

En el otro lado figura el profesor Bordalí<sup>120</sup> y su postulación de la protección como un verdadero proceso. Para entender lo que se señala, es necesario contestar previamente dos preguntas:

- a) ¿La protección es una acción?
- b) ¿La actividad que desarrollan las Cortes tutelando los derechos y libertades vía protección es jurisdiccional?

De frente a la primera cuestión, este autor le niega el carácter de acción a la protección. A mayor abundamiento, precisa que estando reconocido el derecho de acción o derecho a la tutela judicial efectiva en el inciso 1o. del numeral 3o. del artículo 19 de la Constitución, el recurso de protección no puede ser una acción, sino que supone su ejercicio previo.<sup>121</sup> En tal mérito, cada vez que una persona es amenazada, lesionada o violentada en sus derechos o libertades fundamentales, puede hacer uso de su derecho —también fundamental— de acceso a la jurisdicción, instando a la Corte de Apelaciones respectiva para que lo ampare en el legítimo ejercicio del derecho o libertad fundamental afectado. En la respuesta<sup>122</sup> que debe dar el tribunal de protección radica propiamente la protección.

Descarta al recurso de protección como acción, y circunscribe la protección como respuesta del tribunal. El siguiente paso viene dado por determinar que la actividad que desarrollan las Cortes en punto a esta tutela privilegiada es jurisdiccional, pues existen conflictos de intereses de relevancia jurídica, infracción de normas (constitucionales) y la necesidad de justicia por parte de las personas. En concreto, lo que identifica a la jurisdicción es la existencia de un conflicto de relevancia jurídica entre partes

<sup>120</sup> Bordalí, Andrés, “Temas de ...”, *op. cit.*, pp. 120 y ss. También en Bordalí, Andrés “El proceso de protección”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. X, diciembre de 1999, pp. 43-58.

<sup>121</sup> En similar sentido, Peña señala que para hacer posibles los derechos fundamentales, tanto los instrumentos internacionales como la Constitución reconocen un derecho fundamental a la justicia, el cual tradicionalmente implica como contenido esencial la tutela judicial de los derechos. Peña, Carlos, *La tutela judicial...*, *op. cit.*, p. 677.

<sup>122</sup> El constituyente chileno no abrió la actividad jurisdiccional a los derechos fundamentales en virtud del artículo 20, sino que a su través contempló la respuesta procesal a esa tutela jurisdiccional, acondicionándola de acuerdo a las especiales necesidades que presenta la defensa y resguardo de estos derechos y libertades. Véase Bordalí, Andrés, “Temas de...”, *op. cit.*, pp. 128.

que debe ser resuelto, y ello está presente en la protección. Una simple lectura de los fallos de protección permite comprobar este aserto. Lo mismo que ocurre en todo litigio sucede y puede suceder en el recurso de protección, es decir, que sobre los hechos y el derecho tengan puntos de vista contradictorios o diferentes el recurrente o el recurrido.<sup>123</sup> La única particularidad que destaca es que el conflicto viene determinado por la conculcación de un derecho fundamental.

Reconociendo entonces en la actividad de las cortes una actividad de carácter jurisdiccional, el siguiente paso es lógico: Dicha actividad de tutela, que es jurisdiccional, *debe ser* desarrollada mediante una serie de actos de distintos sujetos (partes y tribunal), es decir, mediante un instrumento esencial llamado proceso”.

Ni conceptual ni normativamente es concebible la actividad jurisdiccional fuera del proceso.

Adquiere relevancia la norma del numeral 3o. del artículo 19 de la Constitución, que dispone, en lo que resulta pertinente: “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”. Ello, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las garantías mínimas que configuran el derecho al debido proceso, destacando especialmente el derecho de defensa jurídica y la bilateralidad de la audiencia.

Pues bien, señalar que estamos frente a un proceso es admitir la existencia del contradictorio, lo que ha negado tanto la doctrina como la jurisprudencia. Como dijimos, es común leer que en la protección chilena no existe contienda entre partes, desde el momento en que se plantea que no existe demandante ni demandado, sino un simple peticionario que hace uso de una acción cautelar o, mejor aún, una acción tutelar, ante la Corte de Apelaciones (único destinatario de la pretensión), que posee el mismo interés que el recurrente, esto es, proteger un derecho o libertad fundamental. Hemos dado cuenta que ello no es así. Existe contienda, existe jurisdicción y existe proceso.

<sup>123</sup> Bordalí señala que al haber conflicto, el que deduce el recurso de protección ejerce una pretensión contra el que supuestamente ha vulnerado su derecho en el sentido que dé, haga o no haga algo a favor de su derecho fundamental. Por lo mismo, agrega, que el tribunal de protección (las cortes) tendrá que ver si satisface o no esta pretensión. Esa es la realidad, sentencia y justifica. Bordalí, Andrés, “Temas de...”, *op. cit.*, p. 122.

Esto último implica, según se advirtió, reconocer la existencia del contradictorio o de la denominada bilateralidad de la audiencia, cuestión sobre la cual la doctrina y jurisprudencia chilenas —reiteradamente— también han planteado una constante negativa. Nuevamente aquí el repetitivo argumento de existir sólo un recurrente que pide al tribunal de protección el cumplimiento de una obligación constitucional de dar tutela a los derechos fundamentales, y un órgano jurisdiccional, que es sujeto pasivo de la acción constitucional. Se habla de un procedimiento inquisitivo, netamente oficioso, dónde el tribunal tiene amplias facultades de acción.

Sin embargo, la posición de esta mayoría choca frontalmente con el carácter de proceso que posee la protección, según hemos venido señalando. Pues bien, lo que caracteriza a todo proceso es que en él figuran dos posiciones en términos de contradicción, lo que exige que el tribunal mantenga entre las partes la absoluta igualdad de armas. Dejando a un lado la interpretación que realiza la doctrina para excluir esta contradicción, debemos concluir, junto a este autor, que la protección chilena también implica ejercicio de facultades jurisdiccionales, la existencia de un proceso (artículo 19 núm. 3) y un contradictorio. De esta forma, para este autor la protección además de no constituir una acción, la que ya estaría recogida vía artículo 19 núm. 3, se alza y configura como un verdadero *proceso constitucional*, siendo la forma en que las facultades jurisdiccionales de las Cortes de Apelaciones conociendo de las protecciones se manifiestan.

Los artículos 19 núm. 3 (incisos 1o. y 5o.), el propio artículo 20, y lo dispuesto en el propio AA regulatorio de la protección permitirían apoyar normativamente esta solución. Referente a esto último, es evidente que el carácter contradictorio del proceso fue recogido al menos en dos artículos del AA, a saber, artículos 3o. y 4o. El primero de ellos referido al informe y demás antecedentes que el tribunal de protección debe ordenar evacuar al recurrido, y el segundo que faculta a los demandados para hacerse parte en el “recurso”.<sup>124</sup>

En fin, un juicio, que se sigue entre partes, dónde en vez de darse un “traslado” (fórmula habitual en nuestros procedimientos) se solicita o re-

<sup>124</sup> Sin contar la posibilidad del demandado de protección de apelar ante la Corte Suprema la sentencia definitiva que se dicte.

quiere un informe al sujeto pasivo<sup>125</sup> de la acción de protección. Con limitaciones al contradictorio y con particularidades que vienen dadas por la finalidad de tutela urgente y provisional del proceso de protección pero, como señala este autor, “una cosa es la supresión total en el proceso del contradictorio y, otra, una reducción cualitativa o ya cuantitativa del mismo.”<sup>126</sup>

Toda la argumentación tendiente a reconocer en la actividad que desarrollan las Cortes una función jurisdiccional, a reconocer en la protección un proceso, a reconocer en ella un contradictorio (aminorado, o como quiera llamársele, pero contradictorio al fin) y la vigencia del principio de la bilateralidad de la audiencia, la recogemos para instar por un giro doctrinario y jurisprudencial (sin perjuicio de la necesidad de que una ley aborde la tarea de regular esta materia). Como claramente señala Sagüés, la celeridad que requieren estos procesos no pueden llevarnos a incurrir en una injusticia inicial (como lo constituye el olvido del derecho de defensa en el juicio) *so pretexto* de lograr una justicia inmediata.<sup>127</sup>

## V. INSTRUMENTO DE TUTELA PRINCIPAL: A PROPÓSITO DE LA FINALIDAD DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

### 1. Originalidad del modelo del recurso de protección. Consecuencias

El modelo de protección de derechos fundamentales chileno es original. Por eso damos cuenta de algunas particularidades que destacan precisamente por no tener un correlato en el derecho comparado.

Una de las manifestaciones de esta originalidad se aprecia claramente en el diseño del recurso como instrumento de amparo *principal* que se otorgó a la acción. Se trata de un diseño que plantea al recurso de protección como un mecanismo de tutela principal, que deja a salvo los demás procedimientos sumarios u ordinarios que procedan, lo que contrasta con lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos dónde las acciones de amparo de derechos y libertades fundamentales constituyen medios ex-

<sup>125</sup> Paillas, Enrique, *op. cit.*, nota 104, p. 105.

<sup>126</sup> Bordalí, Andrés, “Temas de...”, *op. cit.*, p. 125.

<sup>127</sup> Sagüés, Néstor, citado en, Nogueira, Humberto, *El derecho de amparo...*, *op. cit.*, nota 1, p. 31.

traordinarios, que sólo se pueden interponer una vez agotada la vía judicial previa.

Este apartado, necesariamente, liga con un punto que —hasta ahora— hemos tocado sólo de una manera tangencial. Me refiero al objetivo o finalidad que, en la justicia constitucional de la libertad nacional, tiene asignado el recurso de protección chileno. Se relaciona también con las facultades de los tribunales de protección y con las características que posee el fallo que resuelve un recurso de protección.

Concretamente, me interesa dar cuenta, en las líneas que siguen, de algunos problemas surgidos principalmente en el ámbito estrictamente “funcional” de la protección, que obliga a analizar la situación de esta acción en relación con las demás acciones y derechos que el ordenamiento jurídico nacional contempla. Analizar, en otras palabras, la forma en que han jugado unas y otras vías de frente a la tutela de los derechos y libertades fundamentales.

La doctrina<sup>128</sup> y jurisprudencia<sup>129</sup> han destacado el carácter de procedimiento de *emergencia* que posee la protección chilena. Entre sus principales objetivos y finalidades se encuentra la mantención del *statu quo*, esto es, la protección de la apariencia de derechos existentes<sup>130</sup> y el impedir los actos de autotutela, lo que —se agrega— no se condice con la solución de asuntos complejos, de lato conocimiento, o dónde el derecho invocado no aparece como indubitado. Es común que la doctrina califi-

<sup>128</sup> Ríos no se cansa de recordar una metáfora utilizada por algún comisionado —precisamente— para graficar que es lo que se estaba introduciendo a nuestro ordenamiento jurídico. Pretendiendo destacar las calidades de urgencia, rapidez y provisionalidad que identifican a la protección nacional, se señaló que se trataba de una “posta de primeros auxilios”. Ya vería el paciente, si el remedio no fue suficiente o eficaz, si recurre a un tratamiento hospitalario más completo y prolongado como el que proporcionan las acciones comunes o específicas. Ríos, Lautaro, “Delimitación del recurso de protección frente a otras acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales”, en Nogueira, Humberto (ed.), *op. cit.*, nota 1, p. 143.

<sup>129</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 1, 24 de julio de 1991, t. LXXXVIII, p. 186. Cito textual: “...éste es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, y mientras se decide ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado”.

<sup>130</sup> C. Punta Arenas, RDJ, núm. 2, 19 de febrero de 2001, t. XCVIII, p. 306.

que la protección como un remedio procesal de urgencia,<sup>131</sup> rápido,<sup>132</sup> breve, especial y sumario, que persigue la tutela y protección inmediata del afectado. Son virtudes que se atribuyen a la tutela privilegiada que proviene de la protección chilena.

Lo anterior tiene —a juicio de la mayoría de los autores— sustento normativo en lo dispuesto en el propio artículo 20 de la Constitución que, en la parte final de su inciso 1o., deja a salvo los demás derechos o procedimientos que pueda hacer valer el agraviado ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Dicha frase daría fiel cuenta de los objetivos y finalidades del recurso de protección.

Con todo, convengamos que es común la opinión de la doctrina nacional el asignar a esta frase la calidad de abrir un abanico de posibilidades de acción (a ratos muy extendido según veremos), lo que durante un importante periodo fue ratificado por los distintos fallos de las cortes. Se habla de un abanico de posibilidades, ¿qué significa?: que la relación acción de protección y demás vías de tutela puede manifestar diversas vertientes. En primer lugar, la oportunidad en que debe interponerse la acción de protección puede ser *anterior, coetánea o posterior* a la vía de tutela ordinaria o extraordinaria que se contempla en el ordenamiento jurídico. En segundo término, parte relevante de la doctrina postula la primacía de la acción de protección por sobre las acciones legales, las que, sin embargo, quedan a salvo.

Los tribunales, por su lado, han manifestado *distintas interpretaciones* sobre el punto. Una revisión de los principales criterios manifestados en la materia indica que se han desestimado las protecciones invocadas por existir otras acciones en el ordenamiento,<sup>133</sup> por ya estar sometido el

<sup>131</sup> Paillas, Enrique, *op. cit.*, nota 104, p. 85. A mayor abundamiento, Paillas identifica en esta urgencia al segundo factor que da competencia al tribunal de protección. Señala: “no basta que existan actos u omisiones arbitrarios o ilegales... Es preciso también que haya urgencia, porque, de otro modo, no habría razón para seguir un procedimiento tan breve y privar al demandado de medios de defensa que pudiera hacer valer en un juicio de lato conocimiento”.

<sup>132</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 10 de julio de 2000, t. XCVII, p. 328.

<sup>133</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 11 de mayo de 1980, t. LXXVII, p. 24; C. Santiago, 21 de enero de 1985, RFM, núm. 317, abril de 1985, p. 140; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 15 de septiembre de 1982, t. LXXIX, p. 231.

asunto a la justicia ordinaria por otras vías;<sup>134</sup> por existir otro juicio pendiente;<sup>135</sup> por ser una materia de lato conocimiento o compleja;<sup>136</sup> por no estar el derecho indubitado;<sup>137</sup> por estar sometido al conocimiento de un tribunal;<sup>138</sup> por ser procedente sólo cuando se carezca de la protección legal adecuada y eficaz,<sup>139</sup> por no poder sustituirse a través de la protección acciones o procedimientos ordinarios o especiales,<sup>140</sup> entre otros pronunciamientos de similar tenor.

A pesar de estos pronunciamientos judiciales, se constata en la jurisprudencia nacional una *mayoritaria tendencia* a reconocer la primacía de la acción de protección, encontrándose fallos en donde se han acogido las protecciones, aun estando el asunto en conocimiento de otro tribunal,<sup>141</sup> o de árbitros,<sup>142</sup> encontrándose en tramitación un proceso penal;<sup>143</sup> existiendo otros caminos legales u otras acciones que puedan hacerse valer;<sup>144</sup> existiendo en la ley un procedimiento específico para reclamar de una determinada situación;<sup>145</sup> tratándose de un asunto de lato conocimiento;<sup>146</sup> cuando el derecho no apareció como indiscutible e incuestio-

<sup>134</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 4 de mayo de 1984, t. LXXXI, p. 135. Refiriéndose a la frase “sin perjuicio...” que contempla el artículo 20 de la carta fundamental señala que “no puede significar ello que el recurso de protección sea el sucedáneo de cualquier otra acción judicial ni que él pueda ejercerse sin limitación alguna”.

<sup>135</sup> C. Rancagua, RGJ, núm. 142, 27 de febrero de 1992, p. 57; C. Santiago, RDJ, núm. 1, 28 de marzo de 1988, t. LXXXV, p. 38.

<sup>136</sup> C. Santiago, RGJ, núm. 50, 11 de diciembre de 1984, p. 84.

<sup>137</sup> C. Santiago, RFM, núm. 430, 27 de septiembre de 1994, p. 585.

<sup>138</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 1, 26 de mayo de 1980, t. LXXXVII, p. 27; C. Santiago, RDJ, núm. 1, 28 de diciembre de 1999, t. XCVII, p. 24.

<sup>139</sup> C. Valparaíso, RFM, núm. 331, 7 de mayo de 1986, citado en Tavolari, Raúl, “Estudios...”, *loc. cit.*

<sup>140</sup> C. Concepción, RGJ, núm. 243, 20 de julio de 2000, p. 63.

<sup>141</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 12 de julio de 1988, t. LXXXV, p. 175.

<sup>142</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 16 de agosto de 1990, t. LXXXVII, p. 99.

<sup>143</sup> C. Santiago, RFM, núm. 332, 21 de julio de 1986, citado en Tavolari, Raúl, “Estudios...”, *op. cit.*, p. 17.

<sup>144</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 1, 21 de abril de 1998, t. XCV, p. 23; C. Santiago, RDJ, núm. 1, 25 de abril de 1995, t. XCII, p. 8; C. Santiago, RDJ, núm. 2, 15 de julio de 1993, t. XC, p. 166; C. Valparaíso, RDJ, núm. 1, 10 de diciembre de 1999, t. XCVII, p. 26.

<sup>145</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 1, 24 de julio de 1991, t. LXXXVIII, p. 145.

<sup>146</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 29 de agosto de 1988, t. LXXXVII, p. 153.

nable (pero se requirió de una solución rápida),<sup>147</sup> entre otros criterios que apuntan en la misma dirección.

En este sentido, nos interesa dar cuenta de los problemas y dificultades que ha acarreado la protección que en su calidad de acción constitucional se ha transformado en bastante más que la pretendida “posta de primeros auxilios” en la que pensaron los comisionados.

## *2. Lo que se resuelve en un proceso de protección es sólo provisional: ¿hasta que punto es así?*

A nuestro juicio, y más allá de los criterios jurisprudenciales que puedan citarse, la discusión de este asunto ha estado cruzado por un planteamiento que, estimamos, engañoso. ¿A que planteamiento nos referimos?: Aquel que señala que lo resuelto en sede de protección es eminentemente *provisional*.

Parte importante de la práctica constitucional del instituto tutelar se ha amparado en esta idea para extender el ámbito de las cuestiones que —por su naturaleza y finalidades— deben resolverse en sede de protección. Concretamente, los tribunales han entrado a conocer y resolver —vía protección— asuntos jurídicos complejos en los cuales no les correspondía operar, argumentando lo provisional de la respuesta jurisdiccional.

## *3. Problemas que ha aparejado el recurso de protección como “única vía de tutela”*

Lo que ahora apuntamos se relaciona con el conjunto de características que identifican a la protección, bien entendida. Como instrumento de tutela reforzada de derechos y libertades *fundamentales* que es.

Al no haber sido entendida así, ni por los tribunales de protección ni por parte de la doctrina nacional, los problemas no se han hecho esperar. Entre ellos contamos la *hiperinflación* de recursos, el desgaste y progresiva ineficacia de la acción constitucional, su franco debilitamiento, y el desperfilamiento de las demás acciones que contempla el ordenamiento jurídico, entre otras consecuencias ligadas.

<sup>147</sup> C. Santiago, RDJ, núm. 2, 3 de diciembre de 1980, t. LXXVII, p. 105.

En palabras de Francisco Zuñiga,<sup>148</sup> la sustitución de las vías procesales, ordinarias y extraordinarias, que contempla el ordenamiento jurídico nacional a manos del recurso de protección, provocando una verdadera *elefantiasis* del mismo. De esta forma, nuestra protección se ha transformado en una vía inidónea para consolidar derechos y, peor aún, derechos no fundamentales. Derechamente se ha denunciado la paulatina desaparición de las acciones clásicas *a costa de la protección*. Todo ello, con grave perturbación al sistema procesal.

La acción de protección se ha convertido, a partir de sus señaladas características de instrumento de tutela urgente, ágil en su interposición, rápido en sus efectos, de tramitación breve y sumaria, a lo que suma su informalidad, en una tentación irresistible para los abogados. La práctica judicial del recurso constitucional evidencia un claro abuso a su simpleza, expresando que se trata de una *respuesta inapropiada* a problemas jurídicos complejos.

Esta situación ha aparejado inquietud por este instituto de tutela, pues su empleo abusivo e indiscriminado lo desnaturaliza, lo desgasta y lo torna ineficaz debilitando su función precisa: amparar los derechos fundamentales con urgencia y excepcionalidad.

#### 4. Consolidación de derechos a través de la vía del recurso de protección: ¿señal de que algo está funcionando mal?

Como decíamos, la desnaturalización de la protección ha sido favorecida por el engañoso argumento que asume el carácter provisional de la sentencia que en este especial proceso se pronuncia.

Apegándonos a lo que realmente acontece en la práctica, constatamos que con demasiada frecuencia la privilegiada vía de protección sirve para consolidar derechos o adoptar medidas con efectos permanentes (y no meramente provisionales), especialmente en el control jurisdiccional de los actos de la administración que a través suyo se ejecuta.

Por la misma razón, gastar tiempo y tinta en la cuestión de la naturaleza cosa juzgada puede ser hasta contraproducente si atendemos a la *dimen-*

<sup>148</sup> Zuñiga, Francisco, “Elementos de jurisdicción constitucional”, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002, t. II, p. 148.

*sión fáctica* del instrumento de tutela. Es precisamente la pérdida del carácter excepcional que ha evidenciado la protección la explicación a la falta de realidad de las conclusiones que sobre estos extremos sostiene la doctrina nacional.

Recuérdese que las resoluciones judiciales con valor de cosa juzgada formal aluden a ciertas situaciones de excepción, dónde por razones de justicia o de economía procesal se permite una revisión en un nuevo juicio de la decisión. Tal hipótesis jurídica, peligrosamente, no se ha visto reflejada en la jurisprudencia del recurso de protección, por ello la cosa juzgada formal no coincide —en la actualidad (y en lo que a práctica judicial se refiere) — con la explicación que debe realizarse en el punto.<sup>149</sup>

La notoria inflación de casos, motivada —entre otras cosas— por una incorrecta interpretación del instituto de protección lleva a mirar con cuidado y reserva las líneas jurisprudenciales que en la materia se van dando.

Seguramente no tenemos los problemas que plantean otros sistemas como el español y sus conflictos de competencia entre la jurisdicción constitucional y ordinaria en razón de haberse transformado el recurso de amparo en la última instancia, pero sí tenemos aquéllos que derivan de la elephantiasis o inflación irreflexiva a que nos hemos referido con el peligro latente (bastante real y actual en realidad) que la protección se transforme en la “única instancia” para resolver conflictos.<sup>150</sup>

## VI. RECURSO DE PROTECCIÓN ANTE LOS PARTICULARES

### 1. *Planteamiento general*

Cada vez que del recurso de protección se escribe, aparece con completa claridad su procedencia entre particulares.<sup>151</sup> Tal reconocimiento

<sup>149</sup> Más allá de que los distintos fallos de protección repitan, hasta la saciedad, fórmulas sacramentales que dan cuenta del carácter provisional de la sentencia, dejando a salvo los demás derechos y procedimientos.

<sup>150</sup> Véase Romero, Alejandro, “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 26, núm. 2, 1999, p. 505.

<sup>151</sup> Sin perjuicio de señalar que los primeros años de vigencia del recurso fueron de avances y retrocesos en la materia, hasta lograrse uniformidad en torno a la procedencia de la protección entre particulares.

nos distancia del tradicional enfoque del constitucionalismo clásico<sup>152</sup> que pensó los derechos fundamentales como un límite frente a los actos provenientes de los poderes públicos.

Los derechos fundamentales —bajo ese señalado paradigma— son derechos para ser esgrimidos en contra del Estado, y no contra otros sujetos particulares. Aparecen como derechos de defensa, cuyo respeto es exigible únicamente al Estado, pues se considera que es el Estado el que sólo puede conculcarlos.

Empero, sabido es que en la actualidad no sólo el Estado es un sujeto activo en la violación de derechos fundamentales. Con no poca frecuencia se aprecia a individuos particulares atentando en su contra. Dicha constatación ha llevado a toda la problemática relacionada con la vigencia horizontal (no sólo vertical) de los derechos fundamentales o la eficacia de los mismos frente a los particulares.

Indiscutible es que el origen de la cuestión está radicada en el reconocimiento que la Constitución tiene *valor normativo propio*, dejando hace rato de ser un documento puramente programático. La Constitución es hoy la norma básica y elemento de unidad de todo el ordenamiento. A partir de allí se proyecta en la esfera de lo privado, lo que ha aparejado numerosos problemas en lo que a la acción de protección se refiere.

## 2. *Eficacia directa de la ley fundamental: ¿luces o sombras?*

Nos interesa averiguar si la eficacia directa de lo que se ha venido hablando ha significado una justicia constitucional más avanzada y perfecta.

Creemos que si desde un punto de vista procesal (solicitud de la tutela, invocando la Constitución, frente a actos de otro particular) nuestro sistema es más avanzado que otros, desde el plano de la argumentación constitucional mostramos a diario serios problemas, muy ligados —por cierto— a la determinación de quienes asumen el papel de tribunales de protección en el país.

## 3. *La doctrina de la propietarización de los derechos*

<sup>152</sup> La tradición constante del liberalismo ha sido la de preocuparse de la defensa de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano frente a los poderes públicos del Estado.

A los notorios problemas de hermenéutica constitucional que ya presentan los tribunales de protección criollos (referidos a la protección en general), debemos sumar aquello que liga con el punto que abordamos en este apartado. Y en este extremo, todos los caminos llegan al derecho de propiedad.

Así lo demuestra la práctica judicial del recurso de protección que ha extendido el referido derecho a zonas que no le empecen. Es lo que en alguna parte de este trabajo denominamos como la *propietarización del derecho*, que se ha traducido en la tendencia (ya consolidada) de convertir los más variados derechos y situaciones (y aun hechos) en propiedad, para así lograr la protección que el artículo 19 núm. 24 (en relación con el numeral 20) confiere a este derecho.

El resultado que se obtiene es claro: Una *inflación* del derecho de propiedad. La jurisprudencia de protección va más allá, incluso, de lo que desde el Código Civil puede extraerse válidamente, extendiendo el derecho a toda situación jurídica subjetiva, equivalga o no a la técnica del derecho real o personal en sentido estricto.<sup>153</sup>

Algunos agradecen la constitucionalización y fortalecimiento del derecho civil.<sup>154</sup> Por nuestra parte, siguiendo a Peña, estimamos que la constitucionalización a la que se alude no pasa de los términos puramente procesales. Con ello, lo que queremos decir es que se invoca el texto constitucional sólo con el objeto de *acceder* a una vía procedimental expedita constituida por la acción de protección. El segundo paso necesario no se da, pues los derechos invocados no se interpretan como derechos fundamentales sino *como simples derechos privados*. Allí la causa de los problemas de inflación ya referidos.<sup>155</sup>

Cabe agregar algo. Lo dicho en relación con la *propietarización* del derecho no sólo liga con los derechos emanados de los contratos, sino también con derechos emanados de actos administrativos, derechos de funcionarios públicos, derechos previsionales y otros que si bien se alejan del contenido de este apartado, se relacionan con la inflación de la

<sup>153</sup> Peña, Carlos, *La tutela judicial...*, *op. cit.*, p. 668.

<sup>154</sup> Castellón, Hugo y Rebolledo, Laura, "Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil", Santiago, Ed. jurídica Cono Sur, Fundación Fernando Fueyo, 1999.

<sup>155</sup> La aplicación íntegra de la *Drittwirkung* exigiría convocar, junto con el derecho de propiedad, el conjunto de todos los otros derechos constitucionales. Peña, Carlos, *La tutela judicial...*, *op. cit.*, p. 669.

que hemos venido hablando.<sup>156</sup> Derecho a la función pública, derechos que emanan de concesiones, derechos previsionales, derechos que emanan del estatus de estudiante, entre otros, han sido materias en las que la jurisprudencia mayoritaria ha considerado aplicable la protección vía numeral 24 del artículo 19.

La protección, por su naturaleza preferente y sumarísima, debe estar destinada a otorgar amparo pronto y eficaz a *derechos fundamentales*, por tanto, debe estar reservada a aquellos conflictos en los que —de verdad— estén comprometidos derechos con esta especial naturaleza.

Esta regla, en apariencia simple, puede servir de brújula a la hora de resolver en sede de protección, solucionando de paso (al menos contribuyendo en serio) la irreflexiva inflación de casos de protección que nada tienen que ver con la naturaleza y fines del instrumento de tutela.

## VII. PERSPECTIVAS DE CAMBIO EN RELACIÓN CON LAS ACCIONES DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE

El presente trabajo ha buscado mostrar sucintamente luces y sombras de nuestro principal mecanismo tutelar, el llamado recurso de protección, recogido por el artículo 20 de la Constitución.

Sin duda que deben de mejorarse muchos aspectos para lograr que este instrumento retome el camino para el cual ha sido consagrado: la tutela pronta de efectivos derechos y libertades fundamentales.

Se está trabajando en ello. De hecho, se está trabajando actualmente en Chile en un proyecto de Ley de acciones protectoras de derechos fundamentales (entre las cuales se cuenta la acción de protección) que de contar con la aprobación del Parlamento nos permitirá contar con las normas necesarias reguladoras y garantizadoras de los derechos en un cuerpo orgánico, sistemático y armónico, como se requiere en el derecho

<sup>156</sup> Nuestra práctica forense ha buscado subsumir, en la propiedad incorporal, toda situación jurídica subjetiva que no pueda reconducirse a un derecho fundamental amparado por el recurso de protección, llegando a conocer los tribunales (por esta vía) todo tipo de conflictos, tanto de particulares contra el Estado, como conflictos entre privados, entre los cuales destacan los conflictos de naturaleza contractual. Olave, Cristián, "Recurso...", *op. cit.*, p. 53. El problema radica en que se nos conduce a un absurdo: todos los derechos subjetivos o situaciones (o estatus) jurídicas gozarían del mismo grado de protección que el derecho de propiedad.

procesal constitucional moderno, haciendo operativas las normas constitucionales y las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile a través de los tratados en materia de derechos humanos ratificados y vigentes, superando los vacíos y problemas hoy existentes.

Junto con dejar atrás la criticada técnica regulatoria de los AA, esta nueva normativa constituiría un sólido paso adelante en la más adecuada regulación del recurso de protección.

Pero además de esta más adecuada regulación, el proyecto en comento contempla también —como complemento del recurso de protección— una acción legal de tutela de derechos fundamentales, de acuerdo con la obligación jurídica del Estado de Chile emanada del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que garantiza todos los atributos y facultades contenidas en los derechos asegurados por la Constitución y por la Convención, y sus garantías contra todas las acciones u omisiones ilegales, arbitrarias o contrarias a las obligaciones convencionales provenientes de autoridades, funcionarios o personas, que lesionen mediante amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de un derecho asegurado por el texto de la Constitución o de un derecho humano asegurado y garantizado por la Convención Americana y otras convenciones o tratados ratificados por Chile, con excepción de aquéllos protegidos por el recurso de amparo o *habeas corpus*.

Esta acción quedaría radicada en el juez de letras del domicilio del actor, y se podría entablar ante el tribunal competente mientras subsista la amenaza, perturbación o privación arbitraria o ilegítima en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, y hasta sesenta días después que hayan cesado los efectos directos respecto de agraviado, a excepción de los derechos patrimoniales, en cuyo caso la acción caducará dentro del plazo de seis meses desde que el afectado tomó conocimiento fehaciente del hecho, acto u omisión ilegal arbitraria que lo perjudica, o desde que se le notifique el acto respectivo estando en posibilidad legal de interponer la acción de protección o la acción de tutela de derechos fundamentales. De este modo, varias de las objeciones que hoy se realizan contra la regulación del recurso de protección (restricción de los derechos y libertades protegidas, plazo de interposición, tribunal competente) quedarían adecuadamente cubiertas gracias a la incorporación de esta nueva acción al ordenamiento legal chileno.