

Tribunales inferiores y para que no se produzca la banalización del mismo, que se reduzca el plazo, como ya hacen varios países? Ello porque el plazo de 120 (ciento y veinte) días fue pensado para una realidad histórica anterior, de la década del 50, que es actualmente incompatible con la realidad que se presenta de sobrecarga del Poder Judicial y la utilización desproporcionada del mandato de seguridad.

A manera de ejemplo, se citan varios países, como:

- En México, el amparo tiene plazos escalonados, como de 15 (quince) días a partir del momento en que el acto haya surtido efecto; 30 (treinta) días, en los casos a partir de la vigencia de la ley; peligro de vida, libertad personal, destierro, deportación, incorporación forzada a las Fuerzas Armadas; sin plazo para los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución; 90 (noventa) días, si el autor residiese fuera del lugar del juicio y 180 (ciento ochenta) días en el caso de que resida fuera del país;
- En Argentina, en su artículo 2, de la Ley 16.986 que regula la acción de amparo, prescribe el plazo de 15 (quince) días en la inciso "e";
- En España, en la Constitución, en su artículo 43, se refiere el plazo de 20 (veinte) días a partir de la notificación y
- En Uruguay, la Ley 16.011, en su artículo 4, estatuye el plazo de 30 (treinta) días a partir de la producción del acto, hecho u omisión.
- e) Finalmente, el mandato de seguridad no debe ser un instituto visto bajo el punto de vista común, tanto en lo que respecta al procedimiento, como al contenido, pues su empleo debe estar dosificado por los operadores del derecho y específicamente en las hipótesis de necesidad de contención de las ilegalidades o abusos cometidos por las autoridades, ya sea en la práctica de actos u omisiones, debiendo tener lugar en el Poder Judicial, a los efectos de preservarlo como una garantía constitucional que tutela los derechos fundamentales.

El recurso de protección. Consideraciones críticas sobre su actual regulación y la necesidad de una reforma

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

El presente ensayo tiene por objeto analizar la acción constitucional de protección, denominada "recurso de protección" por el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental¹,

¹ La versión actual del artículo 20 de la Constitución, luego de la reforma constitucional de 2005 señala que:

"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1, 2, 3 inciso 4, 5, 6, 9 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 4, 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 puede hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes".

"Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N.º 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".

así como formular algunas consideraciones críticas sobre su actual regulación y plantear posibles propuestas de reforma legal para garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales.

En Latinoamérica, la formulación de la acción de protección o amparo de los derechos fundamentales, tiene una dimensión constitucional y otra supranacional, en la medida que las constituciones se insertan en un contexto regido por el derecho internacional de derechos humanos, los cuales en algunos casos tienen jerarquía constitucional y, en otros casos específicos, como el chileno, la Carta Fundamental determina la limitación de la soberanía o potestad estatal por los derechos esenciales (artículo 5 inciso 2 de la Constitución).

El derecho a una acción de amparo, tutela o protección de derechos fundamentales está asegurado por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en armonía con los artículos 1 y 2 de la misma Convención y las disposiciones constitucionales del artículo 5 inciso 2, 19 N.º 3 y 26 y artículo 20 de la Constitución; interpretados sistemáticamente como bloque de constitucionalidad de derechos esenciales y garantías, e interpretados de acuerdo al principio hermenéutico "favor libertatis", "favor homine", o "favor persona", protege tanto el derecho fundamental afectado por la acción u omisión ilegal o arbitraria como asimismo, asegura la acción en cuanto garantía procesal.

El derecho de amparo de los derechos se constituye también en una garantía que puede deducirse cuando para restablecer el derecho afectado falte una vía o medio procedimental que sea idóneo para ello, como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia comparada².

2 RONDÓN DE SANSÓ, HILDEBERGARD. *Amparo Constitucional*. Editorial Arte. Caracas, 1988, p. 71. GOZAINI, Osvaldo. *El derecho de amparo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 26.

En el caso chileno, esta realidad nos permite afirmar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva de tal derecho, ya que los órganos estatales tienen el deber constitucional de respetar y promover los derechos, como asegura nuestro artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado por vulneración del tal derecho, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos³. De esta forma, el derecho de amparo de todos los derechos asegurados por la Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y las leyes, determinado por el artículo 25 de la Convención, constituye, en nuestra opinión una obligación y mandato derivado del artículo 5 inciso 2 de la Constitución en armonía

3 Sobre el recurso o acción de protección en Chile, ver:

- LIRA, Sergio. *El recurso de protección*. Edición Mimeografiada. Santiago, 1984.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coord.) *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Ed. Universidad de Talca, Chile, 2000.
- OLAVE ALARCÓN, Cristián. *Recurso de protección*. 2.ª ed., Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998.
- PAILLÁS, Enrique. *El recurso de protección ante el Derecho Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990.
- RÍOS, Lautaro. "El recurso de protección y sus innovaciones procesales". *Revista Gaceta Jurídica*. Santiago de Chile, 1992.
- SOTO KLOSS, Eduardo. *El Recurso de Protección, Orígenes, doctrina, jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- TAVOLARI O., Raúl. "Recurso de Protección: en búsqueda del alcance perdido". *Gaceta Jurídica* N.º 54, Santiago de Chile, 1984.
- VERDUGO J., Pamela. *El recurso de protección ante la jurisprudencia*. Ed. Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1988.
- VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto. *Derecho Constitucional*. T. 1. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1997.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco y PERRAMONT, Alfonso. *Acciones Constitucionales*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003.

con los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

El recurso de protección podemos conceptualizarlo, teniendo presente las normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos, como un derecho fundamental de las personas y una acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato.

Una interpretación sistemática, armónica y finalista del artículo 20 y 5 de la Constitución, en relación con los artículos 1 y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, nos lleva a sostener que el "recurso de protección" constituye un derecho esencial de la persona humana a la tutela jurisdiccional y un proceso constitucional rápido y eficaz en protección de los derechos constitucionales, ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales a través de los cuales una persona sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de ellos y de las garantías expresamente señalados en la Carta Fundamental, a través de un procedimiento especial, breve y sumario, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual puede actuar inquisitorialmente, encontrándose habilitada para tomar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y para asegurar la debida protección del agraviado.

La acción constitucional de protección se constituye así, en el derecho que tiene toda persona que ha sido afectada en el ejercicio legítimo en uno o más de sus derechos fundamentales

explicitados en el artículo 20 de la Constitución, ya sea mediante amenaza, perturbación o privación a través de un acto u omisión ilegal o arbitraria por instituciones públicas, autoridades o personas naturales o jurídicas, a que a través de la tutela jurisdiccional del Estado, desarrollada por la Corte de Apelaciones respectiva, se restablezca en forma rápida y eficaz la vigencia y normal del ordenamiento jurídico y del ejercicio de los derechos de la persona afectada.

Así, los actos, hechos u omisiones que no causen una amenaza real e inminente, una perturbación o una afectación real y manifiesta a los derechos fundamentales, no dan origen a la acción constitucional de protección, en la medida que no exista una situación jurídica constitucional dogmática infringida, en cuyo caso, deben utilizarse las demás acciones y recursos jurisdiccionales, que habilita el ordenamiento jurídico.

La situación jurídica producida por el acto, hecho u omisión arbitraria o ilegal de la autoridad pública o del particular debe ser una amenaza o afectación en forma manifiesta e incontestable, de un derecho o garantía asegurados constitucionalmente.

El ejercicio de la acción de protección que constituye un derecho de la persona a la tutela jurisdiccional de sus derechos fundamentales por el Estado, tiene como contrapartida el deber estatal de otorgar protección jurídica a través de los órganos jurisdiccionales respectivos, que son las Cortes de Apelaciones, en primera instancia y la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia.

La acción de protección se constituye así, en el derecho que tiene toda persona que ha sido afectada en el goce o ejercicio en uno o más derechos fundamentales en forma clara, manifiesta o evidente y de forma antijurídica, a que se restablezca inmediatamente la situación jurídica; además de un deber del Estado, a través de su función jurisdiccional, desarrollada por la judicatura, de mantener o restablecer en forma rápida y eficaz la vigencia y normal ejercicio de los derechos, cuando ellos han sido afectados

en el grado de amenaza, perturbación o privación ilegal o arbitraria por instituciones públicas o privadas, funcionarios públicos, agrupaciones sin personalidad jurídicas o personas.

Así, los actos, hechos u omisiones que no causen una amenaza real e inminente o una afectación real y manifiesta a los derechos fundamentales, consideramos que no dan origen a la acción de amparo o protección, en la medida que no exista una situación jurídica constitucional dogmática infringida, en cuyo caso, deben utilizarse las demás acciones y recursos jurisdiccionales, que habilita el ordenamiento jurídico, como lo ha señalado la jurisprudencia.

La situación jurídica producida por el acto, hecho u omisión arbitraria o ilegal de la autoridad pública o del particular debe ser una amenaza o afectación en forma manifiesta e incontestable de un derecho o garantía, asegurados constitucionalmente.

La vulneración, perturbación o amenaza directa e inminente debe ser a uno de los derechos asegurados en el artículo 20 de la Constitución, aun cuando la delimitación de ellos queda concretada por el bloque constitucional de derechos. Tal perspectiva permite proteger algunas dimensiones de derechos asegurados, constitucionalmente, que no están delimitados por la Constitución. Así, en virtud del derecho al respeto de la vida privada, se ha protegido el derecho a la propia imagen, el cual no está expresamente establecido en la Constitución⁴, o en virtud del derecho de propiedad incorporal se ha obtenido el aseguramiento del derecho a la protección de los contratos de salud, en la medida que las prestaciones de salud debidas por las instituciones de salud se consideren incorporados al patrimonio de la persona, ya que el derecho a la protección de la salud no

4 Acción de Protección Rol N.º 3.322-97, confirmado por Corte Suprema en Rol N.º 3.208-97, RICHMAUI, FRANCISCA. *Gaceta Jurídica*, noviembre, 1997, pp. 40-51. Ver también, Rol N.º 31-1997 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1997, segunda parte, sección quinta, pp. 215-251, entre otras.

está protegido directamente por el recurso de protección, para solo citar un par de ejemplos.

La naturaleza de la afectación del derecho a través del acto arbitrario o ilegal del tercero, además de ser directa, debe ser grave y manifiesta, lo que justifica la procedencia de la acción de protección, que se tramita con un procedimiento breve y sumario, cuyo objeto o finalidad es el restablecimiento inmediato del derecho fundamental afectado a la persona, como asimismo, el restablecimiento del imperio del derecho constitucional como orden jurídico.

La acción de protección se concreta y procede contra todo acto administrativo, vía de hecho, actuación material, omisión o abstención que amenace en forma inminente, perturbe o prive del ejercicio de un derecho asegurado constitucionalmente, acorde con la protección constitucional y el deber estatal de garantizar, efectivamente, los derechos fundamentales de acuerdo con los artículos 1, 5 inciso 2 y 26, y artículo 20 de la Constitución, sistemática y teleológicamente armonizados con los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La práctica jurisprudencial ha mostrado una clara tendencia de los tribunales de considerar la acción de protección ante problemas de ilegalidad o arbitrariedad en la que de algún modo se considere un derecho fundamental. Así, el recurso de protección fuera de los casos en que hay una afectación directa de un derecho fundamental que debe ser protegido, es utilizado a menudo para eventuales problemas de arbitrariedad o ilegalidad de actos administrativos donde dudosamente se ve afectado directamente un derecho fundamental, lo que ha sido aceptado por la práctica de los tribunales superiores de justicia al no existir un procedimiento contencioso administrativo que proteja los derechos de los administrados en forma eficaz en el ordenamiento jurídico chileno. Esto a su vez, constituye una causa de la denominada inflación del recurso de protección con el consiguiente recargo de trabajo de los tribunales de justicia, ya que a través del recurso de protección se tramita buena parte

de lo que correspondería al contencioso administrativo, lo que, a su vez, generó como reacción, a través de las regulaciones dictadas por la Corte Suprema a través de Autos Acordados, una severa restricción de admisibilidad de acciones de protección por un manejo bastante discrecional de ésta por los tribunales superiores de justicia.

La acción de protección, como medio especial de amparo frente a la vulneración o afectación del ejercicio de un derecho constitucional, procede, preferentemente, respecto de las vías ordinarias o paralelas, siendo el medio *idóneo* para evitar el daño causado al o los derechos esenciales o fundamentales de las personas afectadas.

A su vez, en la doctrina y la jurisprudencia comparada de Perú, Argentina y Venezuela, entre otros países, se ha desarrollado en materia de amparo de los derechos, el cual opera a diferencia de Chile como vía subsidiaria frente a las vías ordinarias, la teoría y práctica de las "vías paralelas" o "convergentes"⁵, lo que define a estas últimas, no es la pretensión del actor, sino los efectos que en relación a la situación jurídica subjetiva lesionada produce. Así, el análisis determinante se concentra en los efectos, por tanto, si no hay procedimiento de protección idóneo para salvaguardar el ejercicio del derecho fundamental, se abre la vía de la acción de amparo o tutela de los derechos, directa, manifiesta e incontestablemente afectados.

En esta perspectiva, el derecho de acceso a la justicia no tiene requisitos ni condicionantes, los requisitos corresponden a los hechos en que se funda la acción, vale decir, la pretensión.

Este derecho a la jurisdicción exige la formación de un proceso judicial con el máximo de garantías que consoliden su carácter de derecho fundamental, para lo cual es necesario vin-

5 ABAD, Samuel. "Acción de amparo y vías paralelas". En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, pp. 119 y ss.

cularlo al derecho y garantía del debido proceso legal o "racional y justo procedimiento", de acuerdo a nuestro artículo 19 N.º 3 de la Constitución, para todo lo cual es necesario asegurar la defensa en juicio, el que debe ser eficaz y rápido como lo exige el artículo 25 de la CADH.

Desde una perspectiva procesal, el "recurso de protección" es una *acción*, al ser una facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en orden a la protección, reconocimiento o declaración de un derecho, y que se traduce materialmente en el conjunto de actos procesales que colocan al juez en la situación de tener que dictar sentencia. En cambio, el recurso es el medio que reconoce la ley a las partes del proceso para impugnar las resoluciones judiciales.

La acción constituye un derecho de la persona, que tiene como contrapartida el deber estatal de otorgar tutela jurídica a través de los órganos jurisdiccionales respectivos. Por otra parte, la acción constituye un acto de contenido procesal destinado a demandar la intervención de la autoridad jurisdiccional, la que se iniciará con dicho ejercicio del derecho de petición un proceso constitucional.

La acción tiene un carácter esencialmente constitucional, ya que tiene por objeto o finalidad la protección jurisdiccional definida en el mismo texto constitucional en el artículo 20, que explicita el derecho a la jurisdicción o derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución en sus artículos 76 y 19 N.º 3 y en la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8 y 25, como asimismo, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. De esta forma, la acción en cuanto acceso a la jurisdicción se constituye en un derecho humano a la justicia como señala Cappelletti⁶.

6 CAPPELLETTI, Mauro. "Justicia Constitucional Supranacional". En: *Justicia Constitucional*. Ed. UNAM, México, 1987, pp. 337 y ss.

II. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO Y ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN

La ventaja del proceso de protección se debe al procedimiento rápido, inquisitivo, concentrado, frente a los procedimientos judiciales ordinarios, lentos, engorrosos y formales, y de procedimientos sumarios, que repetidas veces tardan mucho en resolverse. Ello hace que los abogados intenten siempre, dentro de sus estrategias judiciales, emplear este procedimiento ante cualquier otro procedimiento judicial de ser posible.

La persona afectada en su derecho, por una acción u omisión arbitraria o ilegal, formula ante la Corte de Apelaciones respectiva, una pretensión de protección de su derecho, y el Tribunal, en razón de la urgencia existente para la salvaguarda del derecho y de la gravedad de la ofensa, procede de oficio a indagar, a efectuar las averiguaciones, y decretar las diligencias necesarias para proveerse de los antecedentes o elementos del juicio, sobre la base de los cuales declarará si existe o no la acción u omisión arbitraria o ilegal que afecta al occurrente en el ejercicio de su derecho, debiendo pedirse informe a la persona natural o jurídica, privada o pública, que es responsable de la omisión o acción ilegal o arbitraria, el que contendrá la posición del demandado y los documentos que la apoyan, informe que debe evacuarse dentro del plazo determinado por la Corte respectiva, pudiendo el tribunal prescindir de dicho informe si éste no llega dentro de plazo.

2.1. Legitimación activa amplia de la acción sin ser una acción popular o acción pública y con formalidades mínimas

Se trata de una acción que puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica afectada, incluso por entes colectivos, sin personalidad jurídica, o por cualquiera otra persona a su nombre debiendo ser redactada en papel simple, por telegrafo o incluso por un acta levantada en la secretaría de la Corte de

Apelaciones respectiva. La doctrina emanada de los fallos de los tribunales superiores de justicia en la materia ha señalado:

"5. Que sin embargo el presente recurso en la forma propuesta no puede ser acogido, por cuanto ninguno de los comparecientes señala o exhibe el desconocimiento de derechos constitucionales que estiman amagados, sino que estos derechos podrían ser ejercidos por miles de mujeres que en la comuna de Concepción tienen derecho de acceder a ese medicamento'. De esta forma, si ninguno de los recurrentes ha solicitado o le han negado, sin fundamento o por mero capricho, la entrega del citado fármaco, ellos carecen de legitimación activa para impetrar la protección constitucional. En este sentido en sentencia de protección de esta Corte, Rol N.º 1799-2002 se estableció la siguiente doctrina: 'El artículo 20 de la Constitución Política de la República comienza diciendo El que, la persona o grupo de personas agraviadas, puesto que puede ser un ente colectivo, debe ser determinada y tener un interés actual y personal comprometido. El recurso no puede interponerse a favor de un grupo indeterminado de personas, como se ha hecho en la especie. La ley no lo permite, ya se dijo, la acción de protección no puede tomarse como una acción pública" 7.

2.2. El recurso de protección es un procedimiento autónomo

La acción y proceso de protección constituye un *procedimiento autónomo*, no es un recurso ordinario como lo son los recursos de reposición, apelación o queja; no es un recurso extraordinario como la casación, tampoco forma parte de una instancia ni es un incidente procesal.

El procedimiento de protección como el de "amparo" (en Chile se denomina así al "habeas corpus") integra el derecho procesal constitucional, constituye un *proceso constitucional independiente*,

7 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N.º 3440-2006, de 4 de enero de 2007, considerando quinto. En *Jurisprudencia al día*. Ed. Lexis Nexis, Santiago, enero de 2007, p. 537.

que opera por sí mismo, siendo además un *derecho fundamental* por formar parte del bloque constitucional de derechos, no depende de ningún otro procedimiento o proceso, ya sea común u ordinario, como son los procesos penales, civiles, laborales o de menores, aun cuando se utilice contra resoluciones judiciales o actos de carácter administrativo. La autonomía de la acción constitucional de protección se refleja en el hecho de que conoce, en primera instancia, una Corte de Apelaciones con independencia del asunto que se trata y de otros recursos que puedan interponerse por el afectado o de otras acciones civiles, laborales, administrativas o penales que concrete.

2.3. El recurso de protección es un procedimiento excepcional

No sirve este procedimiento para la defensa de cualquier interés, sirve solo para defender y garantizar frente a *acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que afecten derechos fundamentales*. Se aplica sólo cuando existe una amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de un derecho esencial, producida por una acción u omisión arbitraria o ilegal de un tercero, sea éste público o privado, existiendo una manifestación de dicha actuación que no requiere de un proceso de prueba complejo, la afectación del derecho debe ser relativamente clara o evidente. En caso contrario, debe utilizarse el procedimiento ordinario o sumario correspondiente.

La persona afectada en su derecho, por una acción u omisión arbitraria o ilegal, formula ante la Corte de Apelaciones respectiva, una pretensión de protección de su derecho, y el Tribunal, en razón de la urgencia existente para la salvaguarda del derecho y de la gravedad de la ofensa, procede de oficio a indagar, a efectuar las averiguaciones, y decretar las diligencias necesarias para proveerse de los antecedentes o elementos del juicio, sobre la base de los cuales declarará si existe o no la acción u omisión arbitraria o ilegal, que afecta al occurrente en el ejercicio de su derecho; generalmente se pide informe a la persona natural o jurídica, privada o pública, que es responsable de la omisión o acción ilegal o arbitraria, el cual si no llega dentro de los términos

determinados por la Corte respectiva, podrá el tribunal prescindir de dicho informe, en el dictado de la sentencia.

2.4. El recurso de protección no es un proceso exclusivo o sustitutivo de otros procesos

El proceso de protección no fue creado para sustituir los procesos ordinarios o sumarios ya existentes, sino como una acción rápida y eficaz de tutela de los derechos esenciales de las personas, por tanto, no excluye el uso complementario o subsidiario posterior de cualquier otra acción que franquee el ordenamiento jurídico considerando la situación específica o concreta en que se encuentre quien demanda protección jurisdiccional en Chile, lo que le da uno de sus rasgos originales más significativos.

La acción constitucional de protección se puede iniciar siempre cuando hay una afectación, por un acto u omisión arbitraria o ilegal, del ejercicio legítimo de un derecho garantizado por el artículo 20 de la Constitución. Son, por tanto, correctas las resoluciones de los tribunales que niegan las defensas de los recurridos en virtud de la existencia de otros medios procesales ordinarios para la defensa de los derechos invocados, ya que la acción puede utilizarse siempre "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes", como señala el artículo 20, inciso 1, frase final.

En tal perspectiva, señalamos el razonamiento judicial correcto, que se encuentra en muchos fallos de los tribunales, a modo de ejemplar los siguientes fallos:

"Que, por último, cabe dejar sentado que no resulta procedente la alegación de la recurrida en cuanto a que el asunto debe ser decidido en un juicio de lato conocimiento por cuanto incidiría en la interpretación de un precepto legal teniendo presente que existiendo una vulneración de derechos constitucionales deben restablecerse prontamente, y en efecto, cuando existen derechos amparados por la Carta Fundamental amenazados por actos que se pretenden arbitrarios o ilegales, la vía idónea es el recurso de protección, ya que precisamente aparece difícil tutelarlos con la

eficacia y prontitud que merecen si se sigue una vía ordinaria en ejercicio de una acción común”⁸.

“7) Que, por otro lado, resulta conveniente dejar establecido que una interpretación como la que se contiene en los motivos segundo a cuarto del fallo que se revisa dejados sin efecto por esta Corte Suprema resulta jurídicamente insostenible, porque ella torna inoperante el presente recurso, ya que siempre habrá una acción ordinaria que quienes se sientan agraviados en sus derechos podrán interponer. Siguiendo dicho razonamiento, nunca procedería el recurso de protección, porque siempre está el arbitrio ordinario para pretender la vigencia de un derecho, esto es, siempre existe la posibilidad de concurrir a otra sede. Sin embargo, el artículo 20 de la Carta Fundamental, en forma expresa, advierte que la posibilidad de acudir de protección es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” quien estime alterada alguna de las garantías constitucionales protegidas”⁹.

Esta perspectiva no siempre ha sido respetada por las cortes de apelaciones, las cuales en algunas oportunidades declaran inadmisibles recursos de protección por existir otra vía procesal idónea y eficaz para resolver el asunto.

2.5. ¿Unilateralidad o bilateralidad del procedimiento de protección?

Algunos autores han sostenido que la acción de protección se desarrolla en un procedimiento de carácter unilateral, donde no se establece la relación jurídica entre el ocurrente y el ofensor. Así, sólo existiría una relación entre el ocurrente y el tribunal y

8 Sentencia en recurso de Protección de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N.º 317-2006, de fecha 14 de febrero de 2007, “Karin Andrea Yerman Ramirez en representación de don Omar Eduardo Osman Chilech con Sociedad Austral de Electricidad S.A., considerando segundo. En: *La Semana Jurídica, Jurisprudencia al día*, 48. Año 2, Ed. Lexis Nexis, Santiago, p. 631.

9 Sentencia Corte Suprema, de 21 de enero de 2003, Rol N.º 4.735-2003

por otra parte entre el tribunal y el ofensor, siendo el objetivo restablecer el imperio del derecho y dar al agraviado la protección debida¹⁰.

La relación procesal se iniciaría con el ejercicio de la acción, se materializaría con la presentación de la demanda de protección, nacería con el requerimiento formulado por el Tribunal al ofensor, y se integraría con el conjunto de los antecedentes recabados por el órgano jurisdiccional y que lo ponen en situación de emitir su fallo o sentencia final.

La unilateralidad del procedimiento ha sido justificada en virtud de los fines de ella, el restablecer el imperio del derecho y dar al agraviado la protección debida, lo cual no requiere de contraparte, ya que solamente se busca resguardar los derechos constitucionales, sin otra consideración. El que por acción u omisión arbitraria o ilegal amenazó, perturbó o privó de su legítimo derecho al recurrente de protección es considerado un tercero.

Tal perspectiva nos parece que no es sostenible desde la perspectiva del respeto y garantía del debido proceso o “racional y justo procedimiento”, que asegura el artículo 19 N.º 3 en armonía con el artículo 8 de la CADH. En efecto, el derecho al debido proceso exige al tribunal oír a las partes aunque sea en forma breve o concentrada en el procedimiento. La celeridad del procedimiento no es el principio único al cual debe atenderse, es necesario armonizarlo con los otros valores y principios que deben ser considerados operativamente, como sostiene Néstor Sagüés, lo contrario importaría un desequilibrio y una injusticia; solo que en el recurso o acción constitucional de protección la paradoja sería mayor: so pretexto de lograr una justicia inmediata, se incurriría en una injusticia inicial, como sería el olvido del derecho de defensa en juicio”¹¹.

10 MOHOR, Salvador. “El recurso de protección”. *Gaceta Jurídica*. Ed. Co-nosur, Santiago, pp. 8-37, especialmente pp.12 y 13

11 SAGÜÉS, Néstor. *Ley de Amparo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 270.

El proceso de protección debe asegurar la *bilateralidad* dando oportunidad real de defensa, la que se da cuando al sujeto pasivo de la acción de protección se le solicita el informe al cual puede adjuntar todos los antecedentes pertinentes documentales o de otro tipo, pudiendo solicitar medidas para mejor resolver, en tal caso, el que no responde la información solicitada no puede alegar indefensión, ya que tuvo una oportunidad, razonable y suficiente oportunidad de ser escuchado y de producir su defensa, siendo parte en el proceso, de manera tal que en dicha situación no puede sostenerse que se haya quebrado el principio y regla de la defensa en juicio como derecho y garantía constitucional.

2.6. El procedimiento de protección tiene un carácter breve, concentrado, y de carácter preferente

El planteamiento de la acción de protección obliga al tribunal competente a darle *curso preferente* respecto de todos los demás asuntos de su despacho, con la excepción de la acción de Habeas Corpus. El procedimiento es sumarísimo, ya que se tramita obviando un conjunto de formalidades que son exigibles en los demás procedimientos comunes.

En el caso chileno, la acción de protección, de acuerdo con el Auto Acordado de la Corte Suprema, que actualmente lo regula, debe ser interpuesta por la persona afectada o cualquiera a su nombre, dentro del plazo de quince días corridos.

El tribunal en una primera fase, analiza los requisitos de admisibilidad, los cuales si se cumplen, se inicia la tramitación. En una segunda fase, el tribunal recaba antecedentes y solicita informes, los cuales la Corte puede decidir prescindir de ellos si éstos no llegan oportunamente, pudiendo adoptar medidas para mejor resolver, antes de emitir la sentencia. La última fase se inicia cuando el tribunal deja la causa en acuerdo, momento desde el cual debe emitir el fallo dentro del plazo de cinco días hábiles, tanto en primera como en segunda instancia. Tal pla-

zo se reduce a dos días hábiles para dictar el fallo de primera instancia o de apelación, respectivamente, desde que la causa se encontrare en acuerdo, cuando los derechos afectados son el derecho a la vida e integridad física o psíquica de la persona; el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales; el derecho de libertad de opinión e información y el derecho de reunión.

El tipo de procedimiento es abreviado, por diversos aspectos:

- a) *En la pretensión*: ya que demanda protección respecto del acto u omisión de la autoridad pública o de particulares que afecte el ejercicio legítimo de un derecho fundamental en los grados de amenaza, perturbación o privación de legítimo ejercicio del mismo.
- b) *En el procedimiento*: ya que existen reducidas posibilidades para alegar y replicar, como para concretar la producción de la prueba y su acreditación, debido a la rapidez en que se requiera resolver la materia. El derecho de la controversia está limitado, al no existir un derecho manifiesto a la oposición, ya que solo debe producirse un informe circunstanciado sobre los hechos alegados y acompañar documentos por parte del demandado.
- c) *En el tiempo*: la brevedad de plazos y términos existentes en el procedimiento.
- d) *En las limitaciones de las impugnaciones y recursos*: pudiendo recurrirse solo respecto de algunas resoluciones judiciales trascendentes.
- e) *En la sentencia*: que debe dictarse dentro de un lapso breve.

III. EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

El texto constitucional no desarrolla reglas de procedimiento. Lo normal es que ellas fueran establecidas por el legislador, el cual hasta el presente no lo ha hecho. En la práctica ha sido

la Corte Suprema de Justicia la que ha regulado una materia que, constitucionalmente, es de reserva de ley, a través de autos acordados¹².

3.1. Los criterios de procesabilidad sustancial

Estos criterios surgen del análisis de los siguientes aspectos:

- a) Los hechos que motiven la demanda de protección son actos omisivos o positivos que amenazan, perturban o vulneran uno o varios derechos fundamentales, es lo que la Carta Fundamental en su artículo 20 denomina "actos u omisiones" que deben ser ilegales o arbitrarios.
- b) Consideración e identificación del o de los derechos fundamentales o garantías afectados, los cuales son los que señala el artículo 20 del texto constitucional.
- c) La relación de causalidad entre el hecho omisivo o positivo ilegal o arbitrario y el derecho lesionado o amenazado.
- d) El objetivo o finalidad de la demanda de protección es restablecer el imperio del ordenamiento jurídico quebrantado por la acción u omisión arbitraria o ilegal del tercero, como asimismo, restablecer y garantizar, efectivamente, el legítimo ejercicio del derecho fundamental de la persona afectada por el agresor sea éste un agente del Estado o un particular.

¹² El Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales original fue publicado el 2 de abril de 1977, bajo el imperio del Acta Constitucional N.º 3, luego fue dictado un nuevo Auto Acordado bajo el imperio de la Constitución de 1980, publicado en el Diario Oficial del 27 de junio de 1992, el cual fue modificado por Auto Acordado de fecha 4 de mayo de 1998, publicado en el Diario Oficial del 9 de junio de 1998, actualmente vigente. El acta constitucional N.º 3 de 1976, artículo 2 habilitó a la Corte Suprema para dictar el primero Auto Acordado señalado. El texto de la Constitución de 1980, artículo 20, no establece dicha habilitación.

Cabe señalar que la Constitución asegura que la acción constitucional de protección puede interponerse "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes", siendo por regla general en primer medio procesal utilizado por los operadores jurídicos, ya que su uso no deja las otras vías procesales que contempla el ordenamiento jurídico. Esta es una diferencia sustantiva con las acciones de amparo de derechos fundamentales en el derecho comparado. Algunos autores, entre ellos Gastón Gómez, han planteado que ello ha "estimulado la confusión entre la jurisdicción constitucional y la común, abriendo un camino, expedito e informal, para llevar toda clase de asuntos hasta las Cortes; pretextando, para ello, cualquier afectación como lesión de un derecho"¹³, apareciendo como un equivalente jurisdiccional de los procedimientos y acciones del Derecho Común.

3.2. Los criterios de procesabilidad procesal

Estos criterios han sido normados por Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia y son:

a) Plazo para interponer la solicitud o demanda de protección

El texto constitucional no hace referencia alguna a la materia del plazo para interponer la acción. La regla general, de cuestionada constitucionalidad, establecida por los Autos Acordados es que hay un límite temporal para ejercer la acción de protección, respecto del momento en que se concretó la acción, arbitraria o ilegal, que afectó el derecho o desde que ella fue conocida, fehacientemente, por la persona afectada en su o sus derechos.

El primer Auto Acordado no estableció el momento a partir del cual debe comenzar a contarse dicho plazo, lo cual fue corregido por

¹³ GÓMEZ BERNALES, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Edición Universidad Diego Portales, Facultad de derecho, Santiago, 2005, p. 23.

el Auto Acordado de 1992, cuyo artículo 1 establece que el *plazo fatal de quince días corridos deben ser contados "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, lo que se hará constar en autos"*, siendo tal precisión producto de la experiencia jurisprudencial, especialmente en materia administrativa, donde no siempre los actos de la administración eran conocidos oportunamente por los afectados.

El Auto Acordado de 25 de mayo de 2007, que entró en vigencia el 1 de julio de 2007, amplió el plazo para interponer el recurso de protección a 30 días. Dicho plazo ha sido establecido como lapso de caducidad, lo que significa que opera de pleno derecho con el transcurso del tiempo señalado, sin que se requiera pronunciamiento al respecto de un tribunal a diferencia de la que ocurre en el caso de la prescripción, la que debe ser declarada por el tribunal respectivo.

El plazo para interponer la acción de protección tiene como fundamento otorgar seguridad jurídica y firmeza a los actos, asegurando la consolidación jurídica de ellos. Esto se concreta en el plazo de caducidad que establece el auto acordado indebidamente, ya que carece de competencia para regular materias que son reserva de ley. Además, desde el punto de vista sustantivo, consideramos que no se justifica el plazo de caducidad en materia de derechos fundamentales que no tienen carácter patrimonial, como el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica; el derecho a nacer; el derecho a no ser objeto de apremios ilegítimos; el derecho a no ser discriminado arbitrariamente; el derecho a la libertad de conciencia y culto; el derecho a la libertad de opinión e información; el derecho de petición, entre otros.

Consideramos que en materia de derechos constitucionales no debiera existir plazo de caducidad para accionar, jurisdiccionalmente, mientras el derecho se encuentre afectado ilegal o arbitrariamente, considerando como única excepción razonable el caso de los derechos patrimoniales.

b) *Quién demanda la protección puede ejercer la acción: legitimación activa*

La Constitución asegura en su artículo 20 que puede ejercer la acción solicitando o demandando protección jurisdiccional *toda persona que haya sido afectada ilegal o arbitrariamente en el legítimo ejercicio de los "derechos y garantías"* en los enunciados constitucionales indicados por dicho artículo, no importa su edad, género, condición social, nacionalidad, ya que también las personas que se encuentran en tránsito por nuestro país son titulares y pueden ejercer la acción.

Es importante señalar que el recurso de protección actúa no solo respecto de los derechos concernidos e identificados en el artículo 20, sino también respecto de las *garantías constitucionales* que complementan los derechos.

El Auto Acordado de la Corte Suprema limita la posibilidad de accionar por un tercero distinto del afectado, a que *sea capaz de comparecer en juicio*.

Las personas jurídicas son titulares del derecho a la acción de protección, en cuanto personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente, como las corporaciones, fundaciones, asociaciones, sociedad comercial, sindicatos, gremios y organizaciones de diverso tipo que tengan personalidad jurídica, como asimismo, las asociaciones sin personalidad jurídica, respecto de los derechos que, por su naturaleza, sean ejercidos por tales instituciones.

El Estado y sus órganos, por regla general, son titulares de potestades y atribuciones, sin embargo, en el Estado Constitucional se ha aceptado que organismos de la administración descentralizada puedan ser legitimados activamente para interponer acciones de amparo o protección de derechos, además de órganos públicos como son en el Derecho comparado el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, entre otros.

En el caso chileno, la legitimación ha sido amplia, se han interpuesto acciones de protección por directores de establecimientos públicos de salud, en contra de la voluntad de los pacientes respectivos, con el objeto de obtener la concreción de una transfusión sanguínea respecto de personas que se oponen por motivos de libertad de conciencia o convicciones religiosas a ellas, las cuales se han admitido a tramitación y generalmente se han acogido¹⁴.

En otros casos, autoridades de la administración central desconcentrada del Estado, como intendentes o gobernadores, han interpuesto recursos en contra de la voluntad de huelguistas de hambre con el objeto de someterlos a alimentación parenteral en forma coercitiva, como lo veremos al analizar los derechos respectivos.

La acción se concreta por el agraviado o por cualquier persona en su nombre. El agraviado puede interponerla directamente, sin asistencia de abogado, ante el tribunal competente. Lo mismo puede hacer un tercero en nombre de la persona afectada. En la materia, consideraremos un fallo de la Corte Suprema de Justicia, que plantea una posición amplia de legitimación activa:

"4. Que el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aun se encuentran en etapa de desarrollo o de gestación y, que culminará con el nacimiento, también se encuentra entre los fundamentos de la legitimación activa que reclaman los actores, puesto que como asociaciones propenden a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida y al respeto de la dignidad humana desde el momento mismo de la concepción. Por ello que han podido accionar para obtener, por esta vía de protección

¹⁴ Acción de Protección N.º 1561-92 a favor de LIZAMA, Eduardo y otros, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia 2 de julio de 1992. Acción de Protección Rol 3569 de 1992 de la Corte de Apelaciones de Copiapó, confirmada por Corte Suprema Rol 18640-92. Revista *Fallos del Mes* 402, pp. 227-231.

constitucional, el retiro de la autorización del fármaco uno de cuyos efectos podría ser abortivo";

"7. Que, desde otro punto de vista, debe concluirse que no se ha recurrido por sujetos indefinidos y faltos de concreción, seres indeterminados que no podrían individualizarse para ser considerados titulares de la acción de protección de que se trata. En efecto, las acciones entabladas tienen como finalidad proteger a seres en desarrollo después de la concepción y que en un momento determinado, acabado su desarrollo intrauterino, surgirán a la vida legal con todos los atributos de las personas que el estatuto jurídico correspondiente les reconozca";

"8. Que a mayor abundamiento, la legitimación activa solo requiere que haya seres concretos existentes que pudieren ser afectados por la acción que se denuncia como arbitraria o ilegal, aun cuando no sepa donde se encuentren ni se tenga certeza de su nombre y de ningún otro tributo individualizador. Esto no significa que el recurso de protección se utilice en el caso presente, como acción popular o general a favor del orden jurídico, sino como una acción cautelar de derechos subjetivos concretos; tal como en otros casos, los tribunales han acogido recursos de protección respecto de una persona actualmente afectada, pero otorgando protección también a todas las otras personas afectadas en el presente y en el futuro. Es así que en el caso de una acción ilegal o arbitraria que amenace un derecho fundamental, es necesario que la persona titular del derecho sea cierta o probable en el momento de hacerse efectiva la amenaza. Si el sujeto no existe en el momento de formularse la amenaza lo que impide recurrir por cualquiera a su nombre—, pero ciertamente existirá al momento previsto para el cumplimiento de la amenaza, el sujeto merece entonces la protección adelantada del derecho prevista precisamente en el recurso de protección, que contempla explícitamente la posibilidad de proteger contra una amenaza, acción por definición referida a la existencia del sujeto en el futuro"¹⁵.

¹⁵ Sentencia de Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 2.186-2001 de fecha 30 de agosto de 2001.

Es interesante considerar la experiencia comparativa latinoamericana donde diversos ordenamientos jurídicos otorgan legitimación activa para interponer la acción de protección a sustitutos procesales como son el Defensor del Pueblo o Defensor Cívico como la denomina Chiovenda¹⁶, lo cual implica, que en el proceso se sustituye el titular de la relación sustancial, haciendo valer en nombre propio, el derecho que pertenece a otra persona. En tal sustitución procesal se da una separación entre el sujeto de la acción y el sujeto de la relación sustancial, lo cual se funda directamente en la ley. Así ocurre, por ejemplo, en Venezuela con el Ministerio Público¹⁷; en Perú con el Defensor del Pueblo¹⁸.

c) *Legitimación pasiva*

La legitimación pasiva en el proceso de protección está constituida por aquel que haya lesionado o afectado el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, pudiendo ser órganos del poder público, autoridades o agentes del Estado, instituciones o personas jurídicas de Derecho privado o personas determinadas o determinables.

Los órganos del poder público pueden ser el Gobierno o la Administración central (Ministerio, Servicios Públicos), órganos de gobierno interior (Intendentes, Gobernadores) Administración descentralizada (gobiernos regionales, municipalidades, corporaciones de Derecho público, entre otros), empresas estatales.

Los actos u omisiones del Congreso o de las normas del mismo que no sean preceptos legales, como son los actos administrativos referentes a su personal o actos de ejercicio de

16 CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. T. II, Madrid, España, 1977, pp. 26-32.

17 Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 42 N.º 19; Ley Orgánica de Amparo, artículos 35 y 48.

18 Código Procesal Constitucional del Perú, artículo 40.

potestad judicial o jurisdiccional exclusiva, cuando afecte, a través de actuaciones arbitrarias o ilegales, normas del debido proceso, del derecho de defensa o contradicción, entre otros.

La experiencia jurisprudencial muestra que pueden hacerse efectivas acciones de protección contra resoluciones de órganos judiciales, cuando ellos afectan a terceros ajenos al proceso, que no han participado ni tenido derecho a defensa en el proceso jurisdiccional o cuando se produce un perjuicio irremediable por otra vía procesal. En nuestra opinión y teniendo presente la experiencia comparada latinoamericana y europea, el Tribunal Constitucional chileno debiera tener la potestad de revisar los fallos de los tribunales ordinarios de justicia cuando ellos afectan derechos esenciales de las personas, especialmente cuando hay infracción del derecho a la jurisdicción, el derecho a defensa técnica eficaz, el derecho al debido proceso, entre otras materias. Es mejor que haya una instancia interna que pueda revisar tales materias que el bochorno de ser el Estado a través de las actuaciones de sus tribunales sindicados como violadores de derechos humanos con la consiguiente responsabilidad internacional.

La acción de protección procede también contra empresas, corporaciones, organizaciones privadas con o sin personalidad jurídica o respecto de personas naturales. En este sentido, la acción de protección chilena es similar al amparo venezolano¹⁹, argentino²⁰ y colombiano²¹, ya que en tales países latinoame-

19 Ver AYALA, Carlos. 1988. "La acción de amparo constitucional en Venezuela". En: *Ley Orgánica sobre derechos y garantías constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 1377, Ley Orgánica de Amparo, artículo 2.

20 En Argentina, la Corte Suprema Jurisprudencialmente en el *leading case* "Samuel Kot S.R.L.", posibilitó el amparo contra particulares, lo que luego recoge la ley de amparo.

21 En Colombia, VENEGAS CASTELLANOS, Alfonso. *Teoría y Práctica de la acción de tutela*. Op. cit., pp.108-109.

ricanos se posibilita la acción de amparo frente a particulares, a diferencia de lo que ocurre con el amparo mexicano²² o español, los cuales proceden solo respecto de actuaciones de entes públicos.

d) *Tribunal competente*

En la fase previa de formulación del texto constitucional, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución debatió y determinó, en la sesión 214, que el tribunal que conociera de la acción de protección debería quedar establecido en el texto de la Constitución, para evitar que si ello se dejaba a la regulación legal posterior se comprometiera la eficacia de la acción.

Así, el criterio mayoritario de los miembros de dicha comisión colaboradora del Ejecutivo del régimen autoritario militar en la elaboración del proyecto de Constitución, fue que el tribunal competente para conocer de la acción constitucional de protección fuera "la Corte de Apelaciones respectiva", con la sola excepción del comisionado Alejandro Silva Bascuñán, quien consideró conveniente entregarle la competencia a los jueces letrados de la jurisdicción respectiva²³. Dicha idea quedó definitivamente consignada en el texto de la Constitución aprobada por la Junta de Gobierno en aquel entonces.

22 Ver BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*. Porrúa, México, 1982. Del mismo autor, *Derecho Constitucional mexicano*. Porrúa, México, 1994. TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Porrúa, México, 1994, pp. 507 a 533. FIX ZAMUDIO, Héctor. "El Amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos". En: *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. Editorial UNAM, México, pp. 253 y ss.

23 Estimamos un error considerar las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución como historia fidedigna del texto constitucional, ya que dicho organismo no detentaba el poder constituyente el cual estaba radicado en la Junta de Gobierno, por lo cual malamente podía sostenerse que los dichos vertidos por sus integrantes o los acuerdos vertidos en dicho organismo son historia fidedigna de la Constitución.

El artículo 1 del Auto Acordado que regula el Recurso de Protección determina que la acción se interpondrá ante la Corte de Apelaciones "en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas". El sistema ha funcionado en forma adecuada, aun cuando se ha formulado el reparo que las Cortes de Apelaciones muchas veces quedan retiradas a cientos de kilómetros de la residencia de modestos ciudadanos de escasos recursos, lo que genera una mayor dificultad y un desigual acceso a la jurisdicción por parte de estos últimos.

3.3. **Modificación de las normas generales de capacidad para comparecer**

El Auto Acordado que regula la tramitación de esta acción, en su artículo 2, determina que "El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquier otra persona en su nombre, capaz de comparecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple o aún por telégrafo o telex".

Así, se modifican las normas generales de capacidad para comparecer ante los tribunales, ya que si comparece el ofendido por sí, no es necesario que sea capaz de comparecer en juicio. No vemos razón alguna ni fundamento constitucional alguno, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, para que el tercero que acciona o comparece en nombre del afectado deba tener capacidad para comparecer en juicio, ya que ello limita el derecho a la acción en virtud de un motivo adjetivo, que debe ser superado en virtud de la importancia del derecho sustantivo afectado y la urgencia de su protección.

3.4. **Requisitos de la demanda de protección**

a) *Materialidad de la presentación*

El Auto Acordado (artículo 2), precisa que ella debe hacerse "por escrito en papel simple y aún por telégrafo o telex". Ello indica

que ella carece de mayores formalidades y puede emplearse la vía más expedita y rápida. Es necesario dentro de la misma perspectiva y objetivos, extenderlo al fax, el email o incluso un acta levantada en el tribunal ante la denuncia oral, a favor de la persona afectada en sus derechos esenciales.

b) *La individualización del ofendido y ofensor*

El ocurrente debe individualizarse, ya sea como persona natural o jurídica, o ente colectivo aunque no tenga personalidad jurídica. Si ofensor es desconocido debe explicitarse tal circunstancia, debiendo señalarse los indicios posibles que tiendan a identificarlo. Si el ofensor se conoce por parte del ofendido, debe ser individualizado en la presentación.

c) *Exposición de los hechos*

El ofendido debe explicitar los hechos que configuran la acción u omisión arbitraria o ilegal, que produce amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de su derecho constitucionalmente protegido.

d) *Formulación de la pretensión jurídica*

Pueden perseguirse los objetivos de:

- i) Reconocimiento del derecho en cuyo legítimo ejercicio el afectado se ha visto privado, perturbado o amenazado, lo que da a la acción de protección, el carácter de acción declarativa.
- ii) Condena del ofensor a efectuar las prestaciones o adoptar las medidas que, eventualmente, sean necesarias para restablecer el imperio del derecho infringido (acción condenatoria).
- iii) Cuando se solicite la subsanación de una omisión arbitraria o ilegal, la acción de protección puede presentar el carácter de constitutiva, en cuanto es capaz de generar una situación jurídica nueva, cuando se establece la obligación de la autoridad administrativa de dictar un acto administrativo que da origen en favor del ocurrente a un *status* jurídico especial

que no existía precedentemente. (Ej. indulto particular, cuando el Presidente lo decreta cuando se han cumplido los presupuestos necesarios).

En todos los casos señalados, la Corte de Apelaciones respectiva debe otorgarle efectiva protección a los derechos de la persona afectada y restablecer el imperio del derecho.

3.5. Requisitos de admisibilidad de la acción

El Auto Acordado que regulaba el recurso de protección, en su artículo 2, inciso 2, hasta junio de 2007, determinaba que *“Presentado el recurso el tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de sus integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisiblemente luego por resolución someramente fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercer día”*.

La modificación del Auto Acordado de tramitación del recurso de protección de fecha once de mayo de 2007 y con vigencia a partir del 1 de julio de 2007, modificó el inciso 2 del artículo 2, dejando el siguiente texto:

“Presentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisiblemente desde luego por resolución fundada, la que sólo será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día”

Dicha normativa vigente hasta junio de 2007, tuvo el objetivo de detener la inflación de recursos de protección presentados ante las Cortes de Apelaciones, logrando su finalidad, poniendo

fin a recursos de protección claramente mal estructurados o no referentes a derechos fundamentales, pero también estableció un margen apreciable de discrecionalidad de las cortes de apelaciones para apreciar la "manifiesta" falta de fundamento del recurso, la que ha sido entendida como falencias tanto de forma como de fondo, el que ha sido estrictamente aplicado, convirtiendo al recurso en una acción constitucional casi marginal, donde muchas veces es muy difícil sobrepasar el control de admisibilidad aplicado discrecionalmente por el tribunal respectivo, sin que existan criterios uniformes de general aplicación, cuando ya estamos cerca de una década de su implementación normativa. El análisis de la práctica jurisprudencial muestra, en una cantidad significativa de casos, que la resolución de inadmisibilidad ni siquiera explicita algún fundamento, con lo cual la discrecionalidad se transforma en arbitrariedad.

El Auto Acordado del 25 de mayo de 2007 y con vigencia a partir del 1 de julio de 2007 se hace cargo de la crítica anterior, determinando que la resolución de inadmisibilidad *debe ser fundada*. El nuevo texto del auto acordado mantiene la norma de que la declaración de inadmisibilidad sólo es susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que debe interponerse dentro de tercero día.

Tal situación de falta de uniformidad y de discrecionalidad es grave en la medida que afecta nada menos que el derecho humano de acceso a la jurisdicción asegurado por el artículo 8 de la CADH y el artículo 14 del PIDCP, teniendo presente además que respecto de esta resolución judicial de inadmisión solo considera el recurso de reposición ante el mismo tribunal, no procediendo respecto de dicha resolución judicial la apelación.

La admisibilidad o inadmisibilidad en las Cortes de Apelaciones donde hay dos o más salas, de acuerdo con la normativa vigente del Código Orgánico de Tribunales, corresponde a la primera sala de la respectiva Corte de Apelaciones.

Tratándose del ejercicio de la acción de protección, el tribunal constatará el cumplimiento de *los requisitos de admisibilidad*, los que se manifiestan en las siguientes condiciones que deben cumplirse:

a) *Constatación de hallarse quien recurre dentro del plazo de 30 días*

Como ya hemos explicitado, el nuevo Auto Acordado de 25 de mayo de 2007 fijó el plazo en *treinta días*, el cual se cuenta desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión según su naturaleza, o desde que el recurrente tomó conocimiento o tuvo noticias ciertas del mismo.

El plazo no puede ser objeto de renuncia ni puede renovarse. El plazo debe ser decretado de oficio por la sala tramitadora de la respectiva Corte de Apelaciones, en el caso que ella no declare la caducidad de la acción, el auto acordado determina que la declare la sala que entra al conocimiento del fondo en la respectiva sentencia sobre el recurso.

Uno de los problemas mayores en esta materia es cómo se cuenta el plazo de una omisión. Otro de los problemas es la redacción del Auto Acordado en la materia, ya que permite establecer el recurso desde que se produce el acto u omisión ilegal o arbitrario que afecta un derecho fundamental o desde que se tengan noticias del mismo; en la segunda perspectiva el plazo se transforma en algo subjetivo y difícilmente objetivable, lo que genera amplios niveles de discrecionalidad.

Asimismo, la práctica jurisprudencial es disímil frente a la situación de actos administrativos que admiten reconsideración, recurso jerárquico o revisión de legalidad de la Contraloría General de la República, en los cuales no existe ejecución de la decisión pero sí hay conocimiento del acto, ya que de lo contrario no se habrían podido presentar tales recursos. En algunos casos se cuenta el plazo desde que el recurrente tuvo conocimiento del acto que lesiona su derecho, mientras que otros tribunales

cuentan el plazo desde que se encuentran resueltos, definitivamente, los recursos administrativos. Esta es una materia en que una ley reguladora del recurso de protección debe pronunciarse, siendo razonable que el plazo se pueda contar desde la fecha de resolución del recurso administrativo.

b) *Que haya producción y se acredite una acción u omisión arbitraria o ilegal*

Quedan excluidas de la acción de protección la ley y las resoluciones judiciales, aun cuando hay algunas excepciones respecto de estas últimas, cuando ellos afectan a un tercero que no ha sido parte en el litigio y se ve amenazado, perturbado o privado en alguno de sus derechos fundamentales por la sentencia judicial, o cuando no hay otro remedio idóneo para superar una vulneración de un derecho de manera irremediable.

En el caso de la ley, existe especialmente consagrado por la Constitución, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que la Carta Fundamental entrega en forma de competencia exclusiva (concentrada) al Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 93 N.º 6 de la Constitución. En el caso de los preceptos legales emanados del Congreso Nacional, la jurisprudencia ha sido uniforme, sosteniendo que frente a la ley no cabe la acción de protección, aunque quedan comprendidas dentro de la competencia del tribunal las resoluciones de las Cámaras, al margen de la actividad legislativa.

- *El recurso de protección contra resoluciones judiciales:*

La Constitución (artículo 20) no las excluye del control; sin embargo, la jurisprudencia de las cortes ha sostenido como regla general que ellas no son susceptibles de ser impugnadas por esta vía. Se señala que, en el caso de las resoluciones judiciales, existen los recursos procesales correspondientes, encontrándose ya bajo el amparo del derecho, salvo el caso de que no haya recurso disponible para superar la infracción del derecho o este recurso no permita resolver a tiempo el restablecimiento del derecho.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha aceptado conocer de las acciones de protección contra sentencias cuando se han vulnerado, manifiestamente, las normas del debido proceso, sin existencia de recursos útiles para remediar la situación de los derechos afectados o cuando la urgencia de la situación lo demanda ante lo irreparable que sería el daño causado si no se admitiera dicha acción.

Nos parece razonable dicha jurisprudencia y concordante con una perspectiva de efectiva protección de los derechos esenciales sobre el ritualismo formalista o adjetivo. En todo caso, consideramos que, en esta materia, nuestro ordenamiento jurídico tiene un déficit estructural, ya que por regla general, todos los actos jurisdiccionales de los tribunales legalmente establecidos no son susceptibles de control constitucional por vía del recurso de protección ni de ningún otro tipo de acción en el caso de que ellos hayan vulnerado derechos fundamentales. Consideramos que este déficit debiera ser cubierto por una acción de amparo de derechos fundamentales cuyo conocimiento debería otorgarse al Tribunal Constitucional o al menos otorgarle a este último una potestad de revisión de las sentencias de los tribunales ordinarios como protección extraordinaria de los derechos esenciales, con el objeto de garantizar, eficazmente, los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, además de unificar la jurisprudencia por el máximo guardián jurisdiccional de la Constitución, como ocurre en el derecho comparado, con diversas modalidades y matices (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, España, Alemania, Austria, Portugal, etc.).

Es conveniente tener presente que, en el derecho comparado latinoamericano, en los casos peruano, mexicano, venezolano y colombiano, para señalar solo algunos ejemplos, es procedente la acción de amparo constitucional de derechos contra sentencias judiciales, cuando dichas resoluciones judiciales violan derechos constitucionales por extralimitación de competencias, abuso o usurpación de autoridad, vulneración

del derecho de defensa técnica eficaz, afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a una sentencia congruente y motivada, denegación de justicia, entre otros aspectos.

Tal perspectiva nos parece apropiada y razonable, sin embargo, consideramos que este tipo de amparo contra sentencias sólo debiera verlo en forma extraordinaria el Tribunal Constitucional, otorgándole una competencia expresa para ello.

- *El recurso de protección no procede respecto de los tratados, leyes y decretos con fuerza de ley:*

Los Decretos con Fuerza de Ley, por su equivalencia normativa con la ley, siendo parte de las fuentes formales primarias de nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran excluidos del recurso de protección, en la medida que el Tribunal Constitucional concentra en sus manos tanto el control preventivo como reparador de constitucionalidad de los preceptos legales.

En el caso de los tratados internacionales, no corresponde de la acción de protección, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que estos últimos, una vez válidamente incorporados al Derecho Interno, no pueden ser objetados por el propio Estado, al margen del procedimiento de modificación, revisión o denuncia de los tratados internacionales, los cuales están regulados por el Derecho Internacional, normas que el Estado de Chile al incorporarlos al ordenamiento jurídico interno, de acuerdo al procedimiento constitucional, debe cumplir de buena fe²⁴. El control de dichos tratados debe realizarse, rigurosamente, por el Tribunal Constitucional con carácter obligatorio antes de su ratificación.

24 Ver NOGUEIRA, Humberto. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". En: *Revista Ius et Praxis*, 2. Año 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1997, pp. 9-62.

En todo caso, un tratado que vulnera derechos humanos es inaplicable por violar el derecho internacional convencional o consuetudinario de los derechos humanos, que son de aplicación preferente y obligatoria para los estados partes y del principio favor persona o *pro homine*.

La ilegalidad supone algo contrario a los preceptos legales, por tanto, ilícito. El acto o hecho jurídico para ser ilícito requiere una actividad y su concreción, aun cuando puede surgir también de una amenaza inminente de agresión al derecho. La arbitrariedad está dada por la falta de fundamento racional de un acto, cuando el acto se desarrolla por mero capricho, cuando hay falta de proporcionalidad entre el fin y los medios que se utilizan, cuando hay falta de hechos que justifiquen un proceder. También es arbitrario aquello que es ilegítimo, en la medida que la legitimidad implica un concepto más amplio que el de ilegalidad, ya que, como señala Néstor Sagüés, agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y ello ocurre cuando se conjugan tres condiciones: "que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de valores), lícita (justificación por la legalidad), y socialmente aceptada (justificación social)"²⁵. La existencia de un acto u omisión ilegal o arbitraria que afecte el legítimo ejercicio de uno de los garantizados en el artículo 20 de la Constitución es un requisito básico para que prospere una acción de protección.

c) *El acto u omisión arbitraria o ilegal puede provenir de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado*

Las personas naturales pueden ser nacionales o extranjeras, sea este último residente, turista o transeúnte. Las personas jurídicas o morales privadas deben estar domiciliadas en Chile, de acuerdo con las normas del Código Civil y Código de Comercio.

25 SAGÜÉS, Néstor. *Ley de Amparo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 143.

d) *Que la acción u omisión arbitraria o ilegal redunde, en relación de causa o efecto, en una privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio del derecho constitucionalmente protegido.*

La privación del ejercicio del derecho consiste en la imposibilidad material total de ejercerlo. La perturbación consiste en el ejercicio anormal del derecho por causa de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que impiden, parcial y materialmente, el goce o ejercicio del derecho. La amenaza está constituida por las acciones u omisiones que impiden el goce pacífico del derecho, ante la inminencia de la perturbación o privación del mismo.

e) *Debe tratarse de un derecho constitucionalmente amparado con la acción de protección*

Alejandro Silva Bascuñán ha señalado que debían protegerse todos los derechos, ya que cualquier discriminación podría ser arbitraria. El resto de la comisión, se uniformó en el sentido de excluir de la protección los derechos sociales cuyo ejercicio exige de parte del Estado el encauzamiento forzado de la solidaridad nacional, debiendo actuar con cargo al erario nacional, en beneficio de los titulares de tales derechos, lo que queda sujeto a las potencialidades económicas y sociales del Estado.

En esta materia, concordamos con el Comisionado Silva Bascuñán en el sentido de que la acción de protección debió haber protegido todos los derechos fundamentales, con la única excepción del derecho a la libertad personal y la seguridad individual, que se encuentra protegido por el recurso de amparo o habeas corpus, como lo exige, por lo demás, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 25, la cual, al tenor del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los derechos contenidos en ella deben ser objeto de respeto y promoción de parte de todos los órganos del Estado.

El Estado de Chile se encuentra en una situación difícil frente a la obligación internacional exigible por los órganos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Al respecto

la CADH, establece la obligatoriedad para los Estados Partes, de acuerdo a los artículos 1, 2 y 25 que *"toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales"*.

Así, el Estado de Chile está obligado a cumplir de buena fe la norma convencional que exige la protección de tales derechos fundamentales sin discriminación alguna. Ello lleva a plantearse la necesidad de ampliar el recurso de protección o de crear una nueva acción protectora de derechos, que considere todos los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, nosotros nos inclinamos por esta segunda opción.

Incluso, basados en dicha Convención, en sus artículos 1, 2, 8 y 25 en armonía con el artículo 5 inciso 2 de la Carta Fundamental y el principio de inexcusabilidad de la administración de justicia, que precisa el artículo 76 inciso 2 de la Constitución, en una interpretación sistemática, finalista y recurriendo los principios hermenéuticos que habilitan a aplicar aquella norma de derecho interno o internacional, que mejor proteja los derechos y el principio "favor libertatis" o "pro cives", cabe la posibilidad de sostener la aplicación preferente del artículo 25 de la Convención Americana que protege mejor el derecho a la jurisdicción que el artículo 20 del texto de la Constitución, ya que *los derechos esenciales contenidos en los tratados* son un límite a la soberanía y a todos los órganos y poderes constituidos, debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos. Tal respeto o promoción debe concretarla la judicatura aplicando el artículo 2 de la Convención Americana, que es derecho interno e internacional de preferente aplicación, al tenor del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, que posibilita concretar como "medida de otro carácter", que prevé el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la resolución judicial para garantizar, efectivamente, todos los derechos esenciales. Posición que ha sido

asumida por diversos tribunales en el derecho comparado, sin perjuicio de ser compatibles con la jurisprudencia más reciente sobre la materia de nuestra propia Corte Suprema.

Los derechos fundamentales protegidos por el recurso de protección, los cuales se encuentran señalados taxativamente en el artículo 20 de la Constitución son:

- Art. 19 N.º 1: Derecho a la vida y a la integridad física de la persona. Protección de la vida del que está por nacer. Prohibición de apremios ilegítimos.
- Art. 19 N.º 2: La igualdad ante la ley.
- Art. 19 N.º 3, inciso 4: Nadie puede ser juzgado por Comisiones especiales, sino por el tribunal que señala la ley y que se haya establecido con anterioridad por ésta.
- Art. 19 N.º 4: Respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y su familia.
- Art. 19 N.º 5: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.
- Art. 19 N.º 6: Libertad de conciencia, manifestación de creencias y ejercicio libre del culto.
- Art. 19 N.º 8: El Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuando sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.
- Art. 19 N.º 9, inciso final: Derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.
- Art. 19 N.º 11: Libertad de enseñanza.
- Art. 19 N.º 12: Libertad de opinión y la de informar sin censura previa.
- Art. 19 N.º 13: El derecho a reunión pacífica sin permiso previo y sin armas.
- Art. 19 N.º 15: El derecho de asociarse sin permiso previo.
- Art. 19 N.º 16, relacionado con el artículo 20: La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación.

Art. 19 N.º 16, inciso 4: Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida a menos que se oponga a la moral, la seguridad, la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Art. 19 N.º 19: Derecho a sindicarse en los casos y formas que señala la ley. Derecho a personalidad jurídica. La autonomía de las organizaciones sindicales.

Art. 19 N.º 21: El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

Art. 19 N.º 22: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes excepto los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la Nación toda.

Art. 19 N.º 25: El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley y la propiedad sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas.

La jurisprudencia de las cortes, en una interpretación restrictiva y aislada del texto del artículo 20 de la Constitución, sólo protege los derechos individuales y algunos derechos sociales que no dicen relación con la actividad económica o financiera del Estado, como es el caso del derecho a sindicarse, como asimismo, el derecho a escoger el sistema de salud (privado o público), que la persona considere conveniente. Se excluyen en esta perspectiva los derechos políticos y diversos derechos prestacionales o derechos económicos y sociales.

La perspectiva antes señalada genera responsabilidad Internacional del Estado en virtud de los artículos 2, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha señalado en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, determinando que:

*“En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia. De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención, si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho, tiene que crearlo”*²⁶.

El único caso que rompe esta regla dice relación con el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, pero en este caso, luego de la reforma constitucional de 2005 se exige que la acción u omisión deba ser “ilegal”, con lo cual quedan fuera las acciones u omisiones arbitrarias, ya que dichas acciones u omisiones son antijurídicas, pero no quedan cubiertas por el concepto de ilegalidad.

Nos parece en esta materia, que por la vía interpretativa, señalada anteriormente en este acápite o por vía de reforma constitucional, con el objeto de mayor seguridad jurídica, debe extenderse el derecho a la acción de protección de los derechos esenciales a todos los derechos fundamentales de ejecución directa e inmediata, que estén asegurados, constitucionalmente, en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes en el derecho internacional, o como tercera opción, regular legalmente una acción protectora de derechos contenidos en la CADH y en las convenciones complementarias del sistema interamericano, para cumplir las exigencias del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana condenó al Estado chileno, por la inexistencia de un recurso rápido, sencillo y efectivo que protegiera los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos:

²⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de fecha 19 de septiembre de 2006, serie C.N.º 151, párrafo 137.

“185. (...) El señor Palamara Iribarne fue sustraído de la jurisdicción ordinaria y privado de ser oído por el juez natural (supra párr. 161). Lo anterior trajo como consecuencia que todos los recursos que éste interpusiera en contra de las decisiones militares que le fueron adversas y afectaban sus derechos fueran resueltos por tribunales militares que no revestían las garantías de imparcialidad e independencia y no constituían el juez natural, por lo cual el Estado violó el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes.

“187. El Tribunal toma en cuenta que el artículo 20 de la Constitución Política de Chile contempla el recurso de protección para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas ante la justicia ordinaria. Sin embargo, en el presente caso, ha quedado demostrado que dicho recurso (...) no resultó idóneo ni efectivo para proteger los derechos del señor Palamara Iribarne, debido a que la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sin evaluar si se habían producido las alegadas violaciones a los referidos derechos fundamentales, consideró que la jurisdicción militar era la competente para conocer el caso y que por ello no podía pronunciarse al respecto. Consecuentemente, el Estado no garantizó que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidie[r] sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso”.

“189. (...) el Estado violó el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, dado que no le garantizó el acceso a recursos judiciales efectivos que lo amparan contra las violaciones a sus derechos, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias al derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención”.

"(...) concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, al no garantizarles un recurso sencillo, rápido y efectivo que les amparara ante actuaciones estatales que alegaban como violatorias de su derecho de acceso a la información bajo el control del Estado."²⁷

En el ámbito del derecho comparado, ya los textos constitucionales de Venezuela, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Argentina y Perú, consideran en la norma que regula el amparo de derechos fundamentales, la protección de los derechos asegurados por la CADH.

3.6. Interés procesal

El interés procesal debe ser personal y directo, requiere que haya una afectación o una amenaza real, inminente e inmediata directa y personal a un derecho o derechos fundamentales de la persona legitimada activa. A su vez, el actor debe tener un interés jurídico actual, vale decir, debe existir una afectación del ejercicio del derecho al momento de concretar la acción de protección o una amenaza de vulneración de uno o varios derechos que tenga la caracterización de ser real, cierta, inminente o inmediata y verificable.

La acción de protección no puede concretarse o intentarse frente a hechos pasados, que hayan cesado al momento de ejercerse la acción, en cuyo caso el interés ya no sería restablecer el ejercicio de un derecho afectado, sino seguramente obtener la indemnización de daños y perjuicios, lo que no puede lograrse mediante esta acción constitucional de protección.

²⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de fecha diecinueve de septiembre de, Serie C.N.º 151, párrafo 142.

IV. TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN

Acogido a tramitación la acción de protección, la Corte de Apelaciones respectiva debe ordenar que informe, por la vía más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionario o autoridad, que según la acción o en concepto del Tribunal son las causantes del acto u omisión ilegal o arbitrario, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe. La persona obligada a evacuar dicho informe debe remitir a la Corte todos los antecedentes que existen en su poder sobre el asunto que motivó la acción, a través del cual puede probar su derecho, todo ello siempre que sea antes de la vista de la causa.

Una vez recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá la agregación en forma extraordinaria de la causa a la tabla del día subsiguiente previo sorteo, todo ello en las Cortes de Apelaciones que tengan más de una Sala. El Tribunal, cuando lo juzgue conveniente para los fines de la acción, podrá decretar orden de no innovar, como lo establece el artículo 3 del Auto Acordado *in fine*.

El Auto Acordado en su artículo 4 faculta a las personas, funcionarios u órganos del Estado afectados o recurridos para hacerse parte en la acción de protección. La Corte dispone de amplitud de movilidad en la indagación, pudiendo decretar todas las diligencias que se estimen necesarias para el mejor acierto del fallo, como determina el artículo 5 del Auto Acordado, dándole un carácter inquisitivo a la actividad del tribunal, aun cuando el procedimiento no incluye una fase o periodo probatorio.

Consideramos que el tribunal competente, en materia de protección de derechos fundamentales, si constata un precepto normativo de dudosa constitucionalidad o clara inconstitucionalidad, de oficio o a petición de parte, debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional, para

mantener el sistema de control concentrado de constitucionalidad en materia de preceptos normativos que establece nuestra Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional debiera dar preferencia al conocimiento y resolución de esta materia con el objeto de respetar la brevedad, celeridad y eficiencia de la acción de protección.

Dentro del ámbito de pretensiones que las partes establezcan en materia de protección de derechos fundamentales, el Tribunal debe aplicar el derecho vigente, sin poder excluir aquellos derechos fundamentales que no sean indicados por los recurrentes, ya que la potestad jurisdiccional incluye "la regla *iura novit curia*, que obsta a que en dos casos iguales se dispongan normas distintas"²⁸, asegurando el contenido jerárquicamente superior en el orden jurídico de los derechos y garantías constitucionales. En este caso, no se resuelve *extra petita*, ya que el juez o tribunal se atiene a la acción deducida y los derechos invocados, lo cual condiciona el derecho aplicable a aquel legitimado por la Carta Fundamental. Tampoco existe una trasgresión del derecho de defenderse, ya que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas no es imprevisible y no requiere debate previo.

V. LA SENTENCIA, NATURALEZA, EFECTOS Y PLAZO

5.1. Naturaleza, características y efectos de la sentencia

Al tratarse de una acción de urgencia con procedimientos breves y con el objeto de "restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado", la sentencia que dicta la Corte es definitiva y produce cosa juzgada formal, en cuanto debe cumplirse lo resuelto por el tribunal. Sin embargo, el artículo 20 de la Constitución establece que la acción es "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el in-

teresado) ante la autoridad o los tribunales correspondientes". Ello implica que el fallo de la acción de protección resuelve la *litis* en forma provisional, mientras no exista otro fallo posterior que disponga otra cosa en un juicio de lato conocimiento u otro procedimiento, pertinente que permite debatir el fondo de la materia que solo ha sido resuelta por el recurso de protección con una solución de emergencia, carente de período de prueba y auténtica contradicción procesal.

Es necesario especificar que la materia de la acción de protección limita el conocimiento del tribunal a la lesión del derecho, y muchas veces, analizada la jurisprudencia, se reduce al conocimiento de la posible ilegalidad o arbitrariedad del acto o la omisión; en tal sentido, la acción de amparo es limitada en virtud de su naturaleza breve y sumaria, siendo por ello que, la decisión jurisprudencial tiene efectos relativos, particulares y concretos.

La sentencia de protección debe respetar la congruencia procesal, ateniéndose por regla general, a lo alegado y probado en el proceso. Sin perjuicio de ello, el tribunal que conoce de la acción de protección tiene la posibilidad de examinar de oficio la existencia de un derecho constitucional cuya afectación no ha sido alegada, y en caso de que éste se encuentre efectivamente afectado, acordar el restablecimiento inmediato del ejercicio del mismo.

La potestad jurisdiccional en materia de protección es de naturaleza restitutoria, por lo cual la sentencia puede ordenar la restitución de un bien (mandamiento de dar); realizar determinadas conductas o actuaciones (mandamientos de hacer); ordenar conductas de abstención (mandamientos de no hacer).

El mandamiento establecido en la sentencia de protección está dotado de imperio y debe ser acatado por todas las autoridades, instituciones y personas, sin perjuicio de los recursos que habilite el ordenamiento jurídico.

28 Gozaini, Osvaldo. *El derecho de amparo*. Op. cit., p. 54.

La sentencia de protección tiene efectos declarativos respecto del derecho asegurado constitucionalmente, que había sido afectado en su ejercicio. A su vez, la sentencia de protección, que ampara el ejercicio del derecho del legitimado activo, condena al legitimado pasivo a restablecer la situación jurídica afectada por su actuación u omisión arbitraria o ilegal, reponiendo al agraviado en el goce y ejercicio del derecho lesionado.

Consideramos que la sentencia de protección tiene efectos declarativos y de condena respecto de los solicitantes, no afectando a terceros que no han participado de la controversia, aun cuando el restablecimiento del derecho afectado del agraviado puede beneficiar directa o indirectamente a una persona que se encuentre en la misma situación o en una de carácter similar, como puede ocurrir en el caso de la protección del derecho de propiedad acordado respecto a un comunero, lo que beneficia a los demás comuneros en lo relativo a dicha comunidad.

La acción de protección no puede tener efectos *erga omnes*, lo que es propio de una acción de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad, sino solo efectos relativos o *inter partes*, cubriendo solo a las personas intervinientes en dicho proceso. No consideramos adecuado otorgar efectos generales a las sentencias, ya que ello tendría el efecto de desvirtuar el carácter de la legitimación personal de la acción de amparo, posibilitando que algunas personas se atribuyan una representación de toda la población o de un sector de ella sin tenerla.

Por último, la naturaleza de cosa juzgada formal de la sentencia de protección, está dada en virtud de las características y objetivos de este proceso, que busca el restablecimiento inmediato de la situación afectada por la acción u omisión arbitraria o ilegal que afecta el goce o ejercicio de un derecho fundamental, el carácter limitado, breve y sumario del proceso y los efectos relativos, particulares y concretos del mismo. Dado el carácter de cosa juzgada solo formal de la sentencia de protección, la desestimación de la pretensión no afecta la responsabilidad civil, penal o administrativa, en que haya podido incurrir el eventual

autor del agravio, ni prejuzga sobre otras materias. A su vez, la sentencia estimatoria o que da lugar a la acción de protección, no se pronuncia sobre las eventuales responsabilidades civiles, administrativas o penales del agraviante, que podrán hacerse efectiva por los medios ordinarios respectivos.

En todo caso, la sentencia de la acción de protección produce el efecto formal de cosa juzgada, impidiendo que se planteen una nueva acción de protección existiendo la triple identidad de personas, causa de pedir y cosa pedida.

5.2. El plazo para dictar sentencia

El plazo para dictar sentencia, de acuerdo con el Auto Acordado, es dentro del quinto día hábil, salvo en algunas materias específicas en que éste se reduce a dos días hábiles, como es el caso: del derecho a la vida y la integridad física o psíquica (artículo 19 N.º 1), el derecho a ser juzgado por el Tribunal que señale la ley (artículo 19 N.º 3, inciso 4), el derecho de libertad de opinión e información sin censura previa (artículo 19 N.º 12), y el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas (artículo 19 N.º 13).

Dichos plazos para dictar sentencia se cuentan desde que la causa se encuentre en estado de fallarse, como lo determina el Auto Acordado (artículo 10). La Corte apreciará los antecedentes que se acompañen en la acción y los demás que se agreguen durante su tramitación, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.3. La condena en costas en el fallo del recurso de protección

En materia de costas, su regulación se encuentra en el número 11 del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de 1992, el cual establece que: "Tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, cuando lo estimen procedente, podrán imponer la condena en costas".

En esta materia, la doctrina de la Corte Suprema es que los tribunales competentes en cada caso tienen facultades dis-

crecionales para imponer la condena en costas en el recurso de protección. Así ha sostenido que:

"2. Que, en consecuencia, la condena en costas en estos asuntos ya no queda entregada a circunstancias objetivas, como pueden serlo la de prosperar o no la gestión tentada, y en caso positivo, si ha existido un vencimiento jurídico total o parcial, sino que se da a los magistrados la facultad de imponerlas 'cuando lo estimen procedente', esto es, se les otorga una facultad por entero discrecional"²⁹.

5.4. Recursos respecto del fallo de primera instancia

El Auto Acordado en su artículo 12 determina que, contra la sentencia que expida la Corte de Apelaciones no procederá el recurso de Casación. La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones respectiva, ya sea que acoja, rechace o declare inadmisibles la acción de protección es apelable ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 5 del Auto Acordado). La apelación de la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva debe interponerse ante la Corte Suprema, dentro del término fatal de cinco días hábiles, de acuerdo con la modificación del Auto Acordado del 25 de mayo de 2007, se ha establecido que dicho término se contará "*desde la notificación por el estado diario de la sentencia que decide el recurso*".

La apelación debe contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan a la Corte Suprema. Si la apelación se interpone fuera de plazo o no es fundada o no contiene peticiones concretas, el Tribunal deberá declarar la inadmisibilidad, de acuerdo a lo que dispone el auto acordado, en su artículo 6.

²⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 6.307 - 2005, de fecha 19 de diciembre de 2005. En: *Revista Gaceta Jurídica* 306, Ed. Lexis Nexis, Santiago, diciembre de 2005, pp. 63-64.

En la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal ordena dar cuenta preferente del recurso en la Sala que corresponda, la cual si lo estima conveniente, solicitándolo con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, evento en el cual el recurso se agrega extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala que corresponda

Consideramos que la regulación señalada establece condiciones que limitan el derecho de las partes, especialmente si se otorga discrecionalidad a la Corte para aceptar o no alegatos, lo que, por regla general, la Corte en su práctica no los acepta sin fundamento, asimismo, es obvio que una parte que ha ganado en primera instancia no facilitará a la contraparte la posibilidad de alegar en segunda instancia, poniendo en peligro el fallo ya obtenido en su favor.

Consideramos que la ley que regule el derecho de ejercicio del recurso de protección debe precisar que, en la apelación, las partes deben ser oídas, reconociendo el derecho de defensa y el derecho de contradicción entre las partes en segunda instancia. La Corte puede, para entrar al conocimiento del recurso o como medida para mejor resolver, solicitar los antecedentes que considere necesarios.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS FALLOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En el análisis de los fallos de los tribunales competentes en materia de recurso de protección (cortes de apelaciones y Corte Suprema) puede apreciarse diferentes criterios, más amplios o más restrictivos, en materia de admisibilidad del recurso, como asimismo, respecto del criterio para contabilizar el plazo de caducidad de la acción.

Las salas de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia en sus fallos sobre recursos de protección muestran por regla general un déficit importante de argumentación jurídica de derechos fundamentales, ya que debieran analizar en los respectivos casos, el contenido constitucionalmente asegurado del respectivo derecho y sus garantías en la evaluación de si el mismo ha sido o no afectado, a través de un acto u omisión ilegal o arbitrario, a través de una amenaza, perturbación o privación del mismo. En una gran cantidad de fallos, no hay ningún esfuerzo por delimitar el derecho o los derechos invocados por el recurrente, con lo cual el contenido del derecho fundamental es utilizado discrecionalmente o debe subentenderse, no existiendo argumentación convincente en el acogimiento o rechazo de recursos de protección.

En una cantidad significativa de casos pueden también encontrarse confusiones entre derechos fundamentales o errores fundamentales de concepto sobre ellos³⁰. Otra práctica frecuente en diversas salas de cortes de apelaciones es derivar a otros procedimientos jurisdiccionales la resolución del problema, olvidando que la acción de protección es, como determina la Constitución, sin perjuicio de otros medios o procedimientos jurisdiccionales. Asimismo, en la inadmisibilidad de los recursos de protección, se utiliza a menudo la causal de manifiesta falta de fundamento, sin la argumentación respectiva, con lo cual la decisión es absolutamente discrecional.

Ello ha llevado a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Marcel Claude vs. Chile, haya debido sostener:

“(...), este Tribunal encuentra que esa decisión judicial careció de fundamentación adecuada. La Corte de Apelaciones de

Santiago únicamente señaló que adoptaba tal decisión con base en que de “los hechos descritos [...] y de los antecedentes aparejados al recurso, se desprende que éste adolece de manifiesta falta de fundamento”. Además, la Corte de Apelaciones señaló que tenía presente que “el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales”, sin desarrollar ninguna consideración al respecto.

“La referida resolución judicial no contiene otra fundamentación que la señalada anteriormente. La Corte de Apelaciones de Santiago no realizó ni la más mínima indicación respecto de las razones por las que se “desprend[ía]” de los “hechos” y “antecedentes” del recurso su “manifiesta falta de fundamento”. Tampoco realizó una evaluación respecto de si la actuación de la autoridad administrativa, al no entregar una parte de la información solicitada, guardaba relación con alguna de las garantías que pueden ser objeto del recurso de protección, o si procedía algún otro recurso ante los tribunales ordinarios.”

(...) la referida decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago (...) no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención (...)³¹.

30 Sobre la materia, ver GÓMEZ BERNALES, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005.

31 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de fecha 19 de septiembre de 2006, serie C.N.º 151, párrafos 134, 136 y 143.

VI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA REGULACIÓN Y PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

Consideramos, junto a otros colegas en la cátedra de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, como asimismo, de la magistratura y del foro, que la Excma. Corte Suprema contó en 1976 con una precisa y clara habilitación constitucional a través del artículo 21 del Acta Constitucional N.º 3 de septiembre de 1976, para regular mediante Auto Acordado la tramitación del recurso o acción de protección, aun cuando se excedió de su mandato al establecer un plazo de caducidad de quince días corridos para ejercer la acción de protección, además de otros reparos menores que pueden formularse a dicho Auto Acordado del 29 de marzo de 1997.

Sin embargo, al ejercer dicha atribución otorgada por el Acta Constitucional, la Excma. Corte Suprema agotó dicha habilitación. La Constitución vigente, en ninguna de sus normas establece una habilitación similar, habiendo la Carta Fundamental derogado orgánicamente el Acta Constitucional N.º 3, reemplazándola por su texto, derogándose también la competencia explícita que esta última norma de rango constitucional había otorgado a la Corte Suprema³². No debe olvidarse que el artículo 7 de la Constitución determina que "*ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*". Agregando el inciso final del mismo artículo: "*Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale*".

A su vez, las facultades económicas invocadas por la Excma. Corte Suprema de Justicia para dictar los Auto Acordados de 24

de junio de 1992 y de 4 de mayo de 1998, publicados en el Diario Oficial del 27 de junio de 1992 y el 9 de junio de 1998, respectivamente, no otorgan a la Corte Suprema la facultad para regular derechos y garantías constitucionales, los cuales, de acuerdo con la Constitución, sólo pueden ser regulados por los órganos colegisladores, por ser materia de ley, de acuerdo con los artículos 60 N.º 20: "toda norma general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". Existe, así, en nuestro país como en la generalidad de los Estados de derecho constitucionales democráticos, una reserva de ley para regular los derechos y garantías la cual no autoriza al Congreso Nacional para delegar en el Presidente de la República la posibilidad de dictar decretos con fuerza de ley en "materias comprendidas en las garantías constitucionales". Además, ni siquiera el legislador, de acuerdo al artículo 19 N.º 26 de la Constitución, puede, al regular o complementar las garantías que la Constitución asegura, o al limitarlas cuando ella lo autoriza, "afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

La Superintendencia Económica de la Corte Suprema de Justicia le permite ordenar los recursos o elementos para una mejor prestación del servicio judicial, lo que le permite dictar Autos Acordados, circulares e instrucciones. Los Autos Acordados son normas procesales administrativas fruto del acuerdo de tribunales colegiados superiores de justicia en ejercicio de una potestad normativa emanada de la función administrativa otorgada a ellos por la Constitución o la ley³³, siendo normas de naturaleza reglamentarias de fuente constitucional directa (*opre constitutione*) o dados para el cumplimiento de las leyes (*opre lege*). Que su fuente sea en algunos casos la Constitución y en otros la ley, no cambia su naturaleza de actos normativos reglamenta-

³³ Ver ZÚÑIGA, Francisco. *Corte Suprema y sus competencias*. Notas acerca de su potestad normativa (Autos Acordados). En: *Revista Ius et Praxis*, I. Año 4, Talca, Chile, 1998, p. 228.

³² Ríos, Lautaro. "El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales". En: *Revista Gaceta Jurídica*, Santiago, Chile, 1992.

rios, que no pueden invadir el ámbito de la ley procesal, en cuyo caso adolecen de nulidad de derecho público, de acuerdo con el artículo 7 de la Constitución.

Es evidente que la fuerza normativa de la Constitución y de supremacía constitucional del artículo 6 de la Constitución vincula a la Corte Suprema de justicia, pues determina que: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", agregándose que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo".

En el caso de los Autos Acordados de 1992 y 1998 estamos, en nuestra opinión, ante una franca vulneración del principio de reserva legal establecido constitucionalmente, como asimismo del principio de distribución funcional de competencias entre órganos estatales establecida por la Carta Fundamental, lo cual ha sido tolerado, hasta el momento, por los órganos colegisladores, los cuales también son responsables, por omisión, del cumplimiento de sus obligaciones y, en especial, del cumplimiento del artículo 1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En tal sentido, es evidente que los órganos colegisladores aparecen negligentes, hasta el presente, en su obligación de regular, por ley, el ejercicio de la acción de protección, o en un trabajo más sistemático, establecer una regulación conjunta de las acciones constitucionales protectoras de derechos esenciales. A fines del año 2006, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados ha reactivado al análisis de un proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales, el cual había sido presentado por un grupo transversal de parlamentarios de todos los sectores representados en el Congreso Nacional, sobre el que junto a otros académicos de Derecho público emitimos un informe, en base al cual, se nos solicitó la colaboración para actualizar y perfeccionar el proyecto, para lo que un grupo de académicos de Derecho público hemos entregado a la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara, en marzo de 2007, un texto

actualizado y perfeccionado, el que esperamos constituya un aporte para la efectiva aprobación de un cuerpo legal orgánico y sistemático de las acciones protectoras de derechos fundamentales, donde se incluye una nueva acción protectora de derechos denominada acción de tutela de derechos fundamentales.

En síntesis, consideramos que bajo el imperio de la Constitución de 1980, el derecho a la acción jurisdiccional establecida en el artículo 20 de la Constitución en el ámbito de la acción de protección, no puede ser regulado por una norma de carácter instrumental como es un auto acordado, ya que la Carta Fundamental exige el respeto al principio de reserva legal en la regulación de los derechos y garantías constitucionales, como también lo exige la Convención Americana de Derechos Humanos, careciendo la Corte Suprema de competencia para regular mediante autos acordados derechos y garantías constitucionales³⁴.

El grave problema de nuestro sistema jurídico es que no existía mecanismo jurisdiccional alguno para cuestionar la constitucionalidad de los autos acordados, hasta agosto de 2005. La reforma constitucional de 2005 ha establecido, finalmente, el control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional de los autos acordados de los tribunales superiores de justicia, que se refieren a materias de ley.

La motivación del Auto Acordado de 1992 se debió a la evidencia de que la acción de protección se había consolidado como una "acción jurídica de real eficacia para la necesaria y adecuada protección jurisdiccional" de los derechos, como asimismo, a la constatación del uso "cada vez más creciente del mismo y por ende un progresivo aumento del volumen de ingreso de estos recursos en las Cortes de Apelaciones del país y, por consiguiente, también de esta Corte Suprema por la vía de la apelación de la sentencia recaída en estas causas".

³⁴ En el mismo sentido ver GÓMEZ BERNALES, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Op. cit., pp. 88-89.

Las innovaciones de 1992 tenían como objetivo obtener mayor expedición en la tramitación y resolución de estas acciones, conferir a los agraviados mayor amplitud y facilidad para la defensa de sus derechos y garantías constitucionales, simplificar el recurso de apelación en las acciones de protección, impidiendo que se retarde su conocimiento y fallo, como asimismo, genere la postergación de los demás recursos y causas de la tabla ordinaria.

A su vez, el Auto Acordado de 1992 perfeccionó la norma del artículo 1 respecto del momento en que se cuenta el plazo de los quince días para interponer el recurso o acción de protección; en el artículo 3 se determina un examen previo de admisibilidad de la acción, antes de permitir el progreso del procedimiento. Se regula la medida cautelar denominada orden de no innovar facultándose a los tribunales a concederla (N.º 3 del auto acordado), ya que algunos tribunales apegados a la interpretación literalista y formalista del auto acordado de 1977, no concedían tal orden de no innovar en casos evidentes, porque no estaba expresamente contemplada en el auto acordado; se posibilita la transformación del procedimiento unilateral en bilateral, al permitir a las personas, funcionarios u órganos del Estado afectado o recurridos, hacerse parte del proceso (numeral 4 del auto acordado), dejando en tal caso de ser tercero, asumiendo los derechos y cargas de la calidad de parte en el proceso; se aumenta el plazo para emitir fallo desde que la causa estuviere en estado de dictar sentencia de tres a cinco días en general, y de 24 horas a segundo día hábil en materias del derecho a la vida, el derecho a ser juzgado por el juez natural, la libertad de opinión e información y el derecho de reunión, en virtud de la urgencia del amparo oportuno. A su vez, se amplía el plazo para apelar que en el auto acordado original era de veinticuatro horas a los cinco días hábiles siguientes, no necesitando ser fundado. Se especifican aspectos referentes a la notificación de la sentencia. Se simplificó la tramitación de la apelación, estableciéndose que el recurso de apelación se ve en cuenta preferente y no previa vista como establecía el anterior Auto Acordado, la cual

debe darse en la sala correspondiente dentro de los cinco días que se ordena, aun cuando la Corte Suprema se reservó a través de las Salas respectivas, la facultad de traer el recurso en relación, para oír a los abogados de las partes. Se establece la facultad del tribunal de condenar en costas como sanción o resarcimiento del costo de la defensa (numeral 11 del Auto Acordado).

El Auto Acordado de 1998 tiene una motivación tácita de reducir la cantidad de recursos de protección que se presentan cotidianamente ante las Cortes de Apelaciones del país, delimitando con precisión los requisitos y condiciones en que tal recurso o acción constitucional es admisible a tramitación. Así, en su numeral o artículo 2, inciso 2 nuevo, determina que "Previamente el recurso el tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de sus integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisibles desde luego por resolución someramente fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercer día".

Tal disposición permite a las Cortes de Apelaciones del país dictar fallos de inadmisibilidad de acciones o recursos de protección de carácter inapelable, evitándose así que la Corte Suprema tenga que pronunciarse en apelación sobre la materia.

Esta perspectiva puede distorsionar la naturaleza y fin del recurso de protección, ya que tal acción constitucional se caracteriza por el hecho de que cualquier persona afectada en sus derechos fundamentales pueda presentar la acción de protección, sin necesidad de patrocinio de abogado, lo que posibilita que la solicitud de protección preparada por una persona lega en la materia pueda incurrir en errores de fundamentación, que pueden llevarle a la indefensión, si el Tribunal declara inadmisibles la acción, especialmente si no hay recurso de apelación. De esta manera, la norma del Auto Acordado restringe, desproporionalmente e innecesariamente, el acceso a la jurisdicción y formaliza la

acción en una materia tan vital como son los derechos esenciales de la persona, desvirtuando la finalidad con que dicha acción constitucional fue creada, como asimismo, vulnera el espíritu y contenido del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos humanos, que establece el derecho de toda persona a "un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes". Además, el Estado chileno se ha comprometido en la materia de acuerdo al mismo artículo 25 de la CADH: "a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades del recurso judicial; y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Consideramos que la acción de protección constituye, a su vez, el ejercicio de un derecho a la acción, el cual no puede ser afectado, limitando su ejercicio, de manera de desnaturalizar su carácter de acción informal, rápida, breve y expedita, por lo cual debería aplicarse en tal derecho-acción de protección la institución *iura novit curia* en todas las materias, debiendo el juez conocer y aplicar el derecho, aunque éste no sea correctamente invocado por el solicitante de protección. Así, somos contrarios a la restricción formalizadora del derecho a la tutela judicial por la acción de protección de derechos fundamentales, introducida por el auto acordado de 1998, el cual otorga un ámbito de facultades discrecionales a la Corte respectiva, inconveniente en el ámbito de la protección de los derechos esenciales.

Por otra parte, es necesario, en virtud del mismo artículo 25 de la CADH, modificar el artículo 20 de la Constitución, que regula la acción de protección para ampliarlo a los derechos que actualmente no cubre, o crear una acción protectora de derechos que los considere, cumpliendo de buena fe las obligaciones de la Convención Americana y protegiendo, debidamente, el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho al debido proceso, el derecho a la educación, el derecho a la salud, entre otros. Incluso podría aprovecharse con

mejor técnica constitucional establecer el derecho y acción constitucional general de amparo o protección de derechos, especificando el Habeas Corpus, el Amparo o protección de los demás derechos, a excepción de la libertad personal y seguridad individual, como asimismo, el Habeas Data, cuya regulación legal se encuentra en la etapa final de su aprobación legislativa. Nos parece que la norma constitucional reguladora de la acción de protección debiera, igual que en el caso argentino y venezolano, proteger todos los derechos constitucionales, como los asegurados por los tratados internacionales o la ley, todo ello en armonía con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Es necesario, por otra parte, sea en el plano constitucional o legal, regular el plazo de caducidad para interponer el recurso de protección, el que debe ampliarse más allá de los quince días corridos establecidos por el Auto Acordado de la Corte Suprema, o al igual que en la acción de Habeas Corpus, no establecer un plazo, pudiendo ejercerse el recurso en cualquier momento en que la acción u omisión arbitraria o ilegal de un tercero se encuentra afectando el ejercicio de uno o varios derechos esenciales de la persona. Parece ilógico y absurdo que ante la amenaza a la libertad personal y la seguridad individual de una persona, siempre puede establecerse un habeas corpus y no ocurra lo mismo cuando existe una amenaza o perturbación del derecho a la vida y a la integridad física o psíquica, o ante el derecho a la intimidad o ante el derecho a no ser discriminado. Cabe señalar que esta solución se da en diversos países latinoamericanos que regulan en su ordenamiento jurídico el denominado recurso de amparo o tutela de derechos fundamentales. En efecto, el recurso de protección en el caso de nuestro país, equivalente al de amparo en los demás países latinoamericanos, en otros Estados no tiene plazo de caducidad, con la única excepción razonable de los derechos patrimoniales, en cuyo caso debe establecerse legalmente un plazo razonable de caducidad.

El precepto legal que regule la acción de protección debiera establecer que el informe que debe evacuar el recurrido debe

tener todos los efectos de contestación, su ausencia determinará que se tengan por ciertos los actos que se reclaman por parte del demandante de protección. La ley debiera establecer límites al plazo para informar al tribunal de parte de los terceros o de los recurridos en la acción de protección, con el objeto de proteger la celeridad del procedimiento por la importancia de los derechos en juego y el carácter provisional de la sentencia. El legislador debiera regular que el tribunal ordenase en una sola resolución todos los antecedentes y medidas para mejor resolver la materia del recurso o acción de protección, fijando plazos perentorios máximos para cumplirlos, pudiendo prescindir de ellos si no se cumplen en la oportunidad señalada.

Nos parece, asimismo, conveniente, modificar la norma que regula el tribunal competente, uniformándola con la del recurso de amparo o habeas corpus estableciendo como juez competente el del domicilio del lesionado en su derecho esencial y no el tribunal en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal. Tal medida facilitaría el acceso más expedito al tribunal, al otorgar mayores posibilidades a los agraviados en sus derechos esenciales y en la disponibilidad del proceso, además de permitir un reparto más equitativo del ingreso de recursos entre las Cortes del país, evitando la concentración de ellos en la región metropolitana y sus dos Cortes de Apelaciones, por encontrarse allí todos los Ministros, Direcciones generales de servicios y los organismos de la administración central. En la experiencia comparada de Venezuela, México, Perú, Colombia, entre otros casos, se establece que la acción de amparo de derechos fundamentales es conocida por el tribunal competente de primera instancia, y la apelación, por el equivalente a nuestras Cortes de Apelaciones.

Adicionalmente, la ley que regule la acción de protección debe establecer los elementos que debe contener la sentencia de protección en lo que se refiere al ente o persona cuyo acto, omisión o resolución se conoce a través de dicha acción, determinando la orden a cumplirse, precisando las especificaciones

necesarias para su ejecución y el plazo para cumplir lo resuelto por el tribunal. Además, debe regularse legalmente una sanción a quien incumpla el mandamiento de protección dentro del plazo determinado por la sentencia del tribunal, estableciendo penas de privación de libertad que podrían variar de seis meses a dos años, además del cumplimiento forzado de la obligación.

El precepto legal que regule la acción de protección debiera también asegurar con claridad a través de la legislación pertinente la *bilateralidad* de la acción de protección, estableciendo la *igualdad de las partes*, en virtud de que dicha acción constituye un *proceso constitucional*, el cual debe respetar las *normas del debido proceso* establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 1; 2; 8; 25) y en el propio texto de nuestra Constitución (artículos 51; 19 N.º 3 y 26)

En materia de recurso de apelación, conviene que la legislación de la acción de protección precise que ella corresponde respecto de las sentencias definitivas, las resoluciones que rechacen *in limine* la demanda, las que dispongan medidas de no innovar o las denieguen, las que suspendan los efectos del acto impugnado. El recurso de apelación en la normativa legal debe establecerse que debe ser escrita y someramente fundado, aun cuando no pueda ser desestimado por defectos de motivación por el tribunal. La flexibilidad en materia procesal es un aspecto fundamental, ya que el interés en juego son los derechos esenciales de la persona, materia constitucional y de orden público, que no puede asimilarse a las materias de orden privado. Por otra parte, en materia de apelación, consideramos que ella debe ser concedida sólo en efecto devolutivo, salvo cuando la sentencia pudiera producir un efecto irreparable, en cuyo caso se otorgará en el efecto suspensivo.

Finalmente, es conveniente asumir con seriedad el establecimiento de tribunales contenciosos administrativos, siendo muchas materias, que son de su competencia, las que actualmente conocen los jueces de protección, lo que contribuiría a desahogar el ingreso de recursos de protección en los tribunales competentes.