



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Nogueira Alcalá, Humberto

El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano

Ius et Praxis, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 75-134

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713105>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista Ius et Praxis, 13 (1): 75 - 134, 2007

I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano.

Humberto Nogueira Alcalá

El autor es Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho, Universidad de Talca. Director del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico: nogueira@utalca.cl.

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza dentro del marco general del derecho de amparo o tutela de los derechos fundamentales, la identificación y caracterización del recurso de protección, considerando críticamente diferentes dimensiones de su regulación normativa, como asimismo, de sus aspectos sustantivos en cuanto derecho a la jurisdicción y a un recurso rápido y expedito en la protección de los derechos fundamentales, como en diversos aspectos procedimentales del mismo, teniendo presente la jurisprudencia en la materia.

PALABRAS CLAVES

Derecho procesal constitucional, amparo de derechos fundamentales; recurso de protección.

ABSTRACT

This present work analyses within the general frame work the right of protection of the fundamental rights, the identification and characterization of the constitutional rights considering critically different dimensions of the norm regulation, and also the substantial aspects as jurisdiction right and a fast and efficient constitutional rights in the protection of the fundamental rights as in different procedural aspects

of the same having in mind or taking into account the jurisprudence in the matter.

KEY WORDS

Constitutional Right, protection of fundamental rights

1.- Introducción

El presente artículo tiene por objeto un análisis del amparo de los derechos fundamentales en el ámbito latinoamericano y como éste se concreta en el caso chileno en el recurso constitucional de protección contenido en el artículo 20 de la Carta Fundamental chilena.

La formulación del derecho y acción de protección o amparo de los derechos fundamentales, dentro de un racional y justo procedimiento, rápido y eficaz, 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 forman parte de la Constitución y tienen jerarquía constitucional y, en otros casos específicos, como el caso chileno, la Carta Fundamental sólo determina la limitación de la soberanía o potestad estatal por los derechos esenciales (artículo 5º inciso 2º de la Constitución). Por otra parte, el análisis debemos hacerlo teniendo presente que, en el derecho interno, estamos en el ámbito del derecho procesal constitucional y no en el ámbito procesal civil, penal o laboral, cosa que muchas veces se olvida.

Cuando el artículo 5º inciso 2º de la Constitución precisa que los "derechos esenciales" constituyen límites a la soberanía, tales derechos deben ser asegurados y garantizados independientemente de su fuente formal o normológica, la que puede ser en algunos casos el propio texto de la Constitución o, en otros, el derecho internacional de los derechos humanos. Basta para ello que el Estado, a través de sus órganos competentes, haya manifestado su voluntad inequívoca de asegurar y garantizar tales derechos como esenciales, en cuanto atributos de la persona humana o emanaciones directas de la dignidad humana, u otra fórmula similar, las cuales, por regla general, están contenidas en los preámbulos de los tratados de derechos humanos, así los derechos asegurados por dichos cuerpos normativos son efectivamente límites a la soberanía, debiendo ser asegurados y promovidos por todos los órganos y autoridades del Estado.

Se constituye así en el derecho chileno un plexo de derechos esenciales más amplio que el reconocido y garantizado en el propio texto constitucional,

complementándose por los derechos esenciales contenidos en el derecho internacional y el ámbito de los derechos esenciales implícitos. Así, se conforma un bloque constitucional de derechos, donde no hay derogación de ninguno de los derechos constitucionales, sino por el contrario, ellos se fortalecen y garantizan en una línea de progresividad, aplicándose en cada caso, aquella norma que mejor asegure y garantice el derecho como lo ha sostenido permanentemente los tribunales internacionales protectores de derechos humanos.

Dentro de estos derechos se encuentra el derecho a una acción de amparo, tutela o protección de derechos fundamentales, el cual está asegurado por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en armonía con los artículos 1º y 2º de la misma Convención y las disposiciones constitucionales del artículo 5º inciso 2º, 19 N°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 nomine", o "favor persona". Tal derecho a la acción o recurso que proteja efectiva y ágilmente los derechos fundamentales asegurados por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos es el tema central del análisis de este trabajo.

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 comparada¹.

Así el derecho de protección o amparo de los derechos como se denomina en el derecho comparado latinoamericano forman parte del bloque constitucional de derechos en el ámbito latinoamericano (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Honduras, Guatemala, entre otros).

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 antes señalado, constituye, en nuestra opinión, una obligación y mandato derivado del artículo 5º inciso 2º de la Constitución en armonía con los artículo 1º, 2º, 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En efecto, el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, determina el derecho de toda persona:

"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, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales ".

Dicho derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido también se encuentra consagrado en el artículo 13 de la Convención Europea para la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, como asimismo, mas recientemente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, suscrita el 7 de diciembre de 2000, en la ciudad de Niza, Francia. Esta última establece el derecho a un recurso efectivo y a un tribunal imparcial que garantice a toda persona cuyos derechos y libertades fundamentales hayan sido violados.

Este derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido para la protección de todos los derechos fundamentales constituye una exigencia para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias, al efecto, señalamos la siguiente:

"El artículo 25 de la Convención dispone en su párrafo 1 ° que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, ante los jueces o los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, Inclusive cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

La Corte ha señalado que esta disposición constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.

*El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1. de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes."*².

En el contexto latinoamericano, con algunas diferencias en el nomen iuris³ de la institución la acción de amparo de derechos está presente en los textos constitucionales de Argentina (art. 43); Bolivia (art. 19); Brasil (art 5°, LXIX y LXX); Colombia (art. 86); Costa Rica (art. 48); Chile (art. 20); Ecuador (art. 95); El Salvador (art. 247); Guatemala (art. 265); Honduras (art. 183); México (arts. 103 y 107); Nicaragua (arts. 45 y 188); Panamá (art. 50); Paraguay (art. 134); Perú (art. 200.2) y Venezuela (art. 27). Las únicas constituciones latinoamericanas que no cuentan con disposición constitucional explícita sobre la materia son República Dominicana y Uruguay.

En el caso de Uruguay el derecho a dicho recurso efectivo, rápido y sencillo se considera un derecho implícito tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que emana del artículo 72 de la Carta Fundamental, el cual precisa que *"La enunciación de derechos, deberes y garantías hechas por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad"*. En virtud de ello, se

aprobó la ley reguladora de tal derecho el 19 de diciembre de 1988, la Ley N° 16.011, ley de "Acción de Amparo".

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la Argentina no disponía de norma constitucional o legal federal que regulara el amparo de derechos, por lo cual la acción de amparo de derechos fundamentales surge por vía jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a través de los casos "Siri, Ángel S". de 1957 y en el caso "Kot" de 1958, que fundan la respectiva línea jurisprudencial.

En el caso "Siri", la Corte Suprema de Argentina, en fallo de 27 de diciembre de 1957, se pronuncia frente a la clausura de un periódico por el régimen militar, constatando que dicha acción gubernamental lesionaba el derecho fundamental a la libertad de imprenta y de trabajo asegurados por la Carta Fundamental, la Corte suprema determinó que la acción intentada no podía ser considerada un habeas corpus, que a la fecha, era la única acción constitucional que contemplaba la Constitución Argentina, el cual solo protegía la libertad personal, estableciendo en su fallo los fundamentos que posibilitó el nacimiento de la acción de amparo, determinando:

*"Basta esta comprobación inmediata (restricciones de la libertad de imprenta y trabajo sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa legal) para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias"*⁴.

Al año siguiente, en 1958, en sentencia en el caso "Kot SRL", la Corte Suprema de Justicia argentina extendió el amparo de los actos provenientes del Estado, órganos y autoridades a los actos u omisiones provenientes de lesiones de derechos ocasionadas por particulares, además de considerar el amparo como un derecho de rango constitucional implícito o no enumerado, emergente de la cláusula de derechos implícitos que establecía la Constitución en su artículo 33. Reproducimos una parte que consideramos relevante de dicho fallo:

"Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía de amparo Guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser

admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación ".

Mas tarde, en 1966 se reguló la acción de amparo a través de la ley 16.986. Posteriormente, la reforma constitucional de 1994, insertó el amparo constitucional de derechos expresamente en el texto constitucional, en su artículo 43.

En el caso de República Dominicana, de forma similar a lo ocurrido en Argentina con anterioridad (Casos "Siri, Ángel, y "Kot SRL",), la acción de amparo surge por vía jurisprudencial, por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de febrero de 1999, ante la inexistencia de fuente constitucional o legal, mediante la aplicación directa del antes mencionado artículo 25 de la CADH, en conexión con los artículos 3 y 10 de la Constitución que reconocen las fuentes internacionales. Dicha sentencia muestra la importancia de los operadores jurisdiccionales cuando se comprometen con el constitucionalismo democrático y una interpretación teleológica favorable a la protección de los derechos humanos o derechos fundamentales, a continuación reproducimos parte del texto de dicho fallo:

"Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución N° 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3º de la Constitución de la República. Determinar: a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en el que se haya producido el acto u omisión atacada; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente ajuicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que siguen al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la Corte de Apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazo que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas".

En efecto, de acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución y el artículo 1º de la CADH establecen una obligación o condición de actuación de los órganos estatales cuyo objetivo es evitar que a través de su actuación u omisión afecten el

respeto y eficacia de los derechos asegurados, buscando evitar que normas que no forman parte del bloque constitucional de derechos, emanadas de algún órgano del Estado regulen derechos afectando su contenido esencial asegurado por el bloque constitucional de ellos. Tal perspectiva constituye una garantía normativa de los derechos cuyo destinatario no es solo el individuo o persona, sino el conjunto de la sociedad. Esto impide la "*legislación negativa* " como se denomina en el derecho comparado, vale decir, aquella regulación legislativa que no prevea la normativa de desarrollo exigida por el bloque constitucional de derechos o los infrinja.

La acción de protección o amparo de derechos se instrumenta como un derecho a la protección judicial de los derechos, el que debe concretarse en una acción o recurso sencillo, rápido y eficaz a favor de las personas y en el deber de instrumentación que recae en el legislador interno de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que puede afectarse seriamente como señala Gozaíni, "si el instrumento procesal es deficitario" ⁵, lo que sucede en el caso chileno, como veremos en el cuerpo de este artículo.

El derecho de amparo de la persona en la protección de sus derechos asegurados por la Constitución, los tratados internacionales protectores de derechos y por las leyes a través de un recurso rápido y eficaz, constituye un derecho exigible en virtud del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), respecto de los Estados Parte de la misma Convención, de acuerdo a los artículos 1º y 2º de ella y del deber de respetarlos y promoverlos que exige el artículo 5º de la Constitución chilena a todos los órganos estatales.

La acción de amparo, tutela, seguridad o protección, según el respectivo *nomen iuris*, se estructura como una acción o recurso, que debe concretarse como un procedimiento dentro de un proceso constitucional protector de derechos fundamentales que, como todo proceso debido, racional y justo, requiere la existencia de un tribunal competente objetivo e imparcial; constituido previamente a la presentación de la acción; que en el procedimiento exista el derecho a la igualdad de armas de las partes o defensa técnica eficaz; que el procedimiento sea público con las regulaciones y excepciones que el caso merezca; que exista la adecuada recepción de antecedentes y la justa valoración de dichos medios probatorios; y que el proceso culmine con una sentencia motivada dentro de un plazo razonable que sea ejecutable sin restricciones. Además el procedimiento debe ser expedito y eficaz, para lo cual se requiere de instrumentos procesales adecuados.

En este artículo, analizaremos como estos principios y reglas están adecuadas o deficientemente establecidas y reguladas en el recurso de protección chileno, teniendo como marco el derecho comparado latinoamericano y el sistema interamericano.

2. Los modelos de amparo de derechos en el ámbito latinoamericano

El derecho de protección, amparo o tutela de derechos constitucionales en el ámbito latinoamericano como proceso constitucional tiene tres modelos concretos.

El primero tiene como característica instrumental procesal una regulación amplia y de contenido abarcador y que actúa como herramienta procesal por excelencia, como es el modelo mexicano⁶; el otro es el modelo como instrumento procesal subsidiario o suplementario de los procedimientos jurisdiccionales o administrativos como es el caso del amparo de derechos en Argentina, Venezuela, Colombia, entre otros países⁷; el tercero es el modelo chileno que constituye un instrumento procesal principal y previo, sin perjuicio de los demás procedimientos sumarios u ordinarios jurisdiccionales existentes, aún cuando tiene un carácter restrictivo del ámbito de derechos garantizados, lo que contraviene el artículo 25 de la CADH, salvo que se desarrolle una interpretación armónica y finalista que aplique el principio de "favor libertatis", garantizando todos los derechos esenciales contenidos en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos, tal como lo contempla esta última, lo que hasta el momento no se ha concretado en la jurisprudencia de los tribunales chilenos, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países latinoamericanos, entre ellos Argentina y Costa Rica.

2.1. Los tipos de amparo de derechos.

El derecho de amparo, protección o tutela de derechos fundamentales puede ofrecer varios tipos de procedimientos que requieren de regulaciones específicas, teniendo una base o piso común en los principios del debido proceso o racional y justo procedimiento, según el lenguaje de nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 N° 3 o de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta diversidad está dada por:

- a) Amparo, protección o tutela contra actos u omisiones de autoridades públicas o particulares (acción o recurso de amparo, tutela o protección);
- b) Habeas Corpus;
- c) Habeas Data;
- d) Inaplicabilidad por inconstitucionalidad de leyes;
- e) Impugnación contra sentencias judiciales;
- f) El amparo colectivo por los derechos de incidencia general;
- g) La indemnización por error judicial;
- h) La reclamación por pérdida o desconocimiento de nacionalidad.

Cada uno de ellos según los países y casos tiene un procedimiento y trámite determinado.

El objeto de nuestro análisis sólo se circunscribirá al primero de estos instrumentos procesales protectores de derechos fundamentales.

2.2. La clasificación de los amparos protectores de derechos fundamentales o derechos humanos.

A su vez, los amparos o tutela de derechos fundamentales pueden clasificarse en el derecho comparado, como:

- a) Amparo ordinario
- b) Amparo constitucional
- c) Amparo internacional o supranacional.

Constituyen *amparos ordinarios* aquellos que protegen o tutelan derechos fundamentales mediante procesos jurisdiccionales especialmente diseñados por el legislador para dicha finalidad, los cuales son desarrollados por parte de los tribunales ordinarios de justicia.

El *amparo constitucional* asegura el control de constitucionalidad de las normas y actos u omisiones que afectan derechos esenciales, a través del Tribunal o Corte Constitucional. Ejemplos de esta última modalidad son el amparo de derechos por el Tribunal Constitucional de Guatemala, Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia, en el contexto latinoamericano; de los tribunales constitucionales de España, Alemania, Portugal, Austria, en Europa.⁸

El *amparo internacional* protege los derechos asegurados y garantizados por el derecho internacional de los derechos humanos a través de tribunales inter o supranacionales, como son a manera ejemplar los establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos en el ámbito americano (Amparo interamericano) o en el Convenio de Roma, (amparo europeo) según los casos.

En el ámbito americano, el amparo interamericano se hace operativo través de las solicitudes de amparo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una vez que se hayan agotado la vía jurisdiccional interna como regla general. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos luego de la tramitación correspondiente, y cuando el Estado concernido no adopta las medidas pertinentes destinadas a restablecer el derecho afectado, o resarcido el daño ocasionado cuando el derecho no pueda ser restablecido, está facultada para hacer público el informe en que se establece la responsabilidad estatal o para presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual luego del procedimiento respectivo, dictará la sentencia que tiene un carácter jurisdiccional vinculante y obligatoria para el Estado Parte concernido, quién tiene una obligación jurídica de cumplirla, de acuerdo con el artículo 68 de la Convención

Americana de Derechos Humanos.

2.3. El amparo de derechos colectivos o difusos

Los derechos colectivos o difusos surgen de la evolución social y del proceso de socialización, donde se desarrolla un grupo de derechos cuyo principal beneficiario es la comunidad en su conjunto, más que una persona en particular. Ello implica defender a la colectividad respecto de las agresiones al medio ambiente, protegerlos derechos del consumidor, el patrimonio cultural y artístico, entre otros bienes jurídicos.

Estos derechos se denominan derechos de la tercera generación, porque representan aspiraciones e inquietudes diferentes a los que plantearon en sus respectivas etapas históricas los derechos individuales o civiles y políticos; como los derechos sociales, económicos y culturales, además de la diferente forma de protección de tales derechos.

Sin que exista una fecha fija, un hito importante en el contexto chileno en esta materia, es el texto de la Carta de 1980 y el aseguramiento del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, lo que abrió la posibilidad de acciones de protección provocadas por una justa reacción social en virtud del bien común y la solidaridad, coordinando esfuerzos en procura de respuestas estatales y sociales concretas a la contaminación ambiental.

Se denomina por lo general, derechos difusos a tales derechos porque no hay un titular concreto al cual pueda conducirse, no están claramente establecidas las prerrogativas a que dan lugar, ni encuentren una protección jurídica precisa y adecuada, resultando ella de carácter difusa⁹.

Los derechos de la tercera generación, como señala Robert Pelloux, "no corresponden a la noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar, como nación, pueblo, sociedad, comunidad internacional, lo que los opone... no sólo a los derechos estrictamente individuales, sino incluso a los derechos colectivos, que a menudo, no son más que derechos individuales que se ejercen colectivamente. Su objeto es, con frecuencia impreciso. A veces, el nuevo derecho no hace más que retomar bajo una forma diferente todo o parte de los derechos económicos y sociales que figuran en la Declaración Universal y en la mayoría de las declaraciones nacionales; es el caso del derecho ambiental, del derecho al desarrollo" ¹⁰.

Nuestra Constitución en su artículo 19 N° 8 asegura el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y ecológicamente equilibrado, como lo hacen otras constituciones latinoamericanas (Constitución de Argentina, artículo 41;

Constitución de Brasil, artículo 225).

Sin embargo, es necesario amparar además los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios con esta acción, entre otros derechos, garantizándolos, como lo hacen otras constituciones (Argentina, art. 42; Brasil, art. 5º, LXX, b)

En el caso de estos derechos colectivos y difusos tiene como fundamento una violación masiva de ellos que reconocen diferentes causas y diversos agentes provocadores.

Su amparo o tutela jurisdiccional no busca individualizar actores y demandados específicos, sino atender al problema de las causas que provocan el daño y buscar su reparación, restableciendo o recomponiendo el bien jurídico, como ocurre en el caso del daño ambiental.

Como señala Cappelletti, el afectado no constituye un individuo personalmente lesionado, que tiene acción para obtener la reparación del daño que sufrió; en el caso de los intereses colectivos o difusos el individuo no está en condiciones de monopolizar su tutela, ella tiene caracteres particulares y una importancia que hasta el presente se había desconocido en el ámbito del derecho ¹¹.

Así los afectados pueden ser no solo individuos, sino también asociaciones sin perjuicio, de que pudieran tener legitimación activa en la materia el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo o Defensor de los Derechos Humanos, según la denominación que se utiliza en el derecho comparado.

Por otra parte, el derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria del artículo 19 N° 2 de la Constitución, lo tiene toda persona sujeta de derechos o intereses colectivos o difusos afectados constitucionalmente.

De esta manera, este tipo de derechos lleva a realizar algunas consideraciones sobre el concepto de "parte".

Las partes son los sujetos que controvierten en el proceso. En efecto, la persona que acciona y requiere la tutela judicial normalmente debe acreditar la titularidad del derecho, su capacidad jurídica y la legitimación procesal, obteniendo la calidad de parte.

Sin embargo, no debe confundirse la identidad de quién demanda la intervención jurisdiccional y quién actúa, ya que la calidad de parte tiene una dimensión puramente procesal, diversa de la capacidad y la representación.

Desde una perspectiva procesal, cabe distinguir entre la "parte procesal" y "la

parte sustancial", la primera corresponde a quién es el representante, interviniendo en el proceso en nombre y en defensa del interés de un tercero o interés ajeno, mientras que la segunda, es aquella que actúa en nombre propio, el que se encuentra "afectado" o tiene un "interés" directo en el proceso, asumiendo los derechos, obligaciones y cargas que emanan del proceso.

Por regla general, la legitimación activa en las acciones de protección, amparo o tutela de derechos fundamentales corresponde a la persona natural o jurídica o incluso a una asociación sin personalidad jurídica que se considere afectada o tenga un interés comprometido en el proceso.

La afectación de su derecho o interés es el que otorga la calidad de legitimado para accionar judicialmente, solo puede ser parte quién tiene un beneficio a costo directo del proceso en curso.

Esta concepción ofrece problemas serios, ya que como señala Gozáni, los derechos no se miden por el interés que prestan, sino por la protección que ellos merecen, lo que llevado a la praxis, demuestra que "cuando la protección, pretende generalizarse el único terreno de admisión será el litisconsorcio, el que muchas veces se transforma en una hipótesis irrealizable, una simple y mera utopía" [12](#).

Ello ha exigido al derecho procesal constitucional generar categorías novedosas de intereses de incidencia colectiva, los cuales deben tener una tutela adecuada sin que quienes demandan en la acción tengan un interés individual. En la sociedad actual hay intereses colectivos o generales donde las respuestas individuales son insuficientes ya que impiden soluciones globales, lo que exige generar legitimaciones activas por categorías, que posibiliten el acceso a la jurisdicción a personas o grupos de personas que cumplan los requisitos de capacidad procesal señalados por el ordenamiento jurídico, lo que constituye un punto intermedio entre la legitimación o acción popular y la legitimación o acción basada en un interés individual afectado directamente.

En este plano es necesario tener en consideración las soluciones que muestra el derecho comparado, así la reforma constitucional argentina en su artículo 43 párrafo o inciso 2º, el cual determina que pueden interponer la acción de amparo en lo relativo a "los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines".

En el caso de los derechos de incidencia colectiva no existe un legitimado directo ya que el interés se difunde en un grupo más o menos amplio, donde cada uno de los miembros sufren parte del daño cuando se afecta el contenido del derecho o este se encuentra inminentemente amenazado, en cuyo caso la pretensión de protección se desarrolla a través de un "*litisconsorcio activo atípico*" en que se

concreta el amparo colectivo.

En esta perspectiva, el carácter de "*afectado* " que contempla la norma constitucional chilena, del artículo 20 de la Constitución debemos entenderla, vinculada a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer el imperio del derecho, aún cuando no sea víctima, asegurando la legitimación activa en la acción de protección no solo a los titulares de la relación jurídica material, sino también a los portadores de intereses colectivos, sociales o difusos.

En el ámbito de las acciones constitucionales el carácter de "público" de los derechos en juego, mediatiza y trasciende la órbita de la actuación persona. El "interés" personal acumula en esta caso una serie de "interesados" que comunican los derechos dándoles a tales derechos e intereses un claro contenido colectivo o grupal, lo cual hace difusa la "legitimación ad causen", presentándola con rasgos "suis generis".

3. El recurso constitucional de protección de derechos fundamentales en Chile.

En el ordenamiento jurídico chileno, el recurso de protección contenido en el artículo 20 de la Carta Fundamental, con sus modificaciones de 2005, constituye la acción constitucional más importante que tiene por objeto proteger los derechos fundamentales expresamente señalados en dicha norma constitucional, cubriendo una cantidad significativa de derechos individuales y algunas dimensiones específicas de ciertos derechos sociales o prestacionales.

El texto actual del artículo 20 de la Constitución, luego de la reforma constitucional de 2005, que instituye en el recurso de protección, ha quedado en los siguientes términos:

"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 al 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 adoptara 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°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 " [13](#).

3.1. 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 en el artículo 20 de la Constitución, con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato.*

En una interpretación sistemática, armónica y finalista del artículo 20 y 5º de la Constitución, en relación con los artículos 1º y 8º y 25º 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, dentro de un proceso constitucional, a través de un procedimiento 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 los derechos fundamentales 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.

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 vulneración, perturbación o amenaza directa e inminente debe ser a uno de los derechos asegurados en el artículo 20 de la Constitución, aún 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 expresamente 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 Constitución¹⁴, aunque mas recientemente, se ha realizado dicha protección basada en el derecho de propiedad incorporal; asimismo, esta propietarización de los derechos fundamentales realizado pretorianamente por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha posibilitado el aseguramiento del derecho a la protección de la salud, en la medida que las prestaciones de salud debidas por las instituciones de salud previsionales se consideran incorporados al patrimonio de la persona, lo que ampara indirectamente el derecho a la protección de la salud, el cual no está protegido directamente por el recurso de protección, para solo citar un ejemplo.

La naturaleza de la afectación del derecho a través del acto u omisión 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 1º, 5º inciso 2º y 26, y artículo 20 de la Constitución, sistemática y teleológicamente armonizados con los artículos 1º, 2º, 8º y 25º 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, genero como reacción, las regulaciones dictadas por la Corte Suprema a través de Autos Acordados, con una severa restricción de admisibilidad de acciones de protección por un manejo bastante discrecional de los mismos.

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 el amparo de los derechos como vía subsidiaria frente a las vías ordinarias, a diferencia del caso chileno, asimismo, se ha desarrollado la teoría y práctica de las "vías paralelas" o "convergentes" ¹⁵, 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.

Este derecho a la jurisdicción en tutela de los derechos fundamentales exige la formación de un proceso judicial con el máximo de garantías, para lo cual es necesario vincularlo al derecho y garantía del debido proceso legal o "racional y justo procedimiento", de acuerdo a nuestro artículo 19 N° 3 de la Constitución, para todo lo cual es necesario asegurar la defensa enjuicio, el cual debe ser eficaz y rápida 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° 3 y en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 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 se constituye en un derecho humano a la justicia como señala Cappelletti¹⁶.

3.2. Características del proceso y acción constitucional de protección.

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

3.2.1. 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" ("habeas corpus") forman parte del derecho procesal constitucional, estructurando un *proceso constitucional independiente*, que opera por sí mismo, constituye además un *derecho fundamental* por integrar el bloque constitucional de derechos, no es parte ni depende de ningún otro procedimiento o proceso, ya sea común u ordinario, como son los procesos penales, civiles, laborales o de menores, aún 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.

3.2.2. 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 este 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 ocurrente 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, y continuar con la tramitación hasta la sentencia.

3.2.3. 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 quién 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 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 competentes, a modo 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" ¹⁷.

En el mismo sentido, otra sentencia:

"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 " ¹⁸

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, lo que afecta el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

3.2.4. ¿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 por otra parte entre el tribunal y el ofensor, siendo el objetivo restablecer el imperio del derecho y dar al agraviado la protección debida ¹⁹.

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 tercero que por acción u omisión arbitraria o ilegal amenazó, perturbó o privó de su legítimo derecho al demandante de protección es un tercero.

Tal perspectiva nos parece que no es sostenible desde la perspectiva del respeto y garantía del debido proceso que asegura el artículo 19 N°3 en armonía con el artículo 8º de la CADH y el artículo 14 del P.I.D.C. y P.

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 de la acción de protección, 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 Sagúes, lo contrario importaría un desequilibrio y una injusticia, como cualquier desarmonía en el plexo de los valores del derecho y de la política; 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 enjuicio"²⁰.

El procedimiento de protección o amparo de los derechos 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 oportuna, 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 enjuicio como derecho y garantía constitucional.

La protección en cuanto procedimiento que opera dentro de un *proceso constitucional* debe ser *bilateral*, correspondiendo al legislador y únicamente a éste, en virtud del principio de reserva legal en la regulación de los derechos fundamentales, establecer las condiciones, modalidades y requisitos para que las partes puedan hacer valer sus posiciones o defensas. En todo caso, consideramos que debe precisarse legalmente en una reforma próxima, que el sujeto pasivo es parte del proceso de protección desde que es notificado pidiéndosele informe, lo que lo obliga a entregar los antecedentes que quiera hacer valer ante el tribunal en la defensa de su actuación.

Sin perjuicio de realizar tal reforma, ya el Auto Acordado de la Corte Suprema que regula el recurso de protección, explicita en su artículo 4º que "*las personas, funcionarios u órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso*". Lo que, generalmente, ocurre con la contestación del informe que le solicita la respectiva Corte de Apelaciones.

3.3. El procedimiento de la acción de protección.

La institución de la acción de protección cobra vida cuando una persona opta por ejercer la facultad de la cual es titular en calidad de derechos fundamental, el cual ejerce impulsando el procedimiento en la forma de una solicitud, petición o demanda 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, aún cuando ya existe un proyecto en primer trámite constitucional en la Cámara de diputados que regula esta y otras acciones protectoras de derechos fundamentales. 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 acordados²¹.

3.3.1.- Los criterios de procesabilidad sustancial.

Estos criterios surgen del análisis de los siguientes aspectos básicos: a) la situación de hecho que es la conducta de acción u omisión de carácter arbitraria o ilegal de un funcionario o autoridad pública o de una persona jurídica, grupo de personas o individuos particular; b) la identificación del derecho amenazado, perturbado o del cual se ha privado de su legítimo ejercicio; c) la relación de causa a efecto de dicha conducta en la afectación del derecho; y d) el objetivo o intención real que mueve al presunto afectado en su derecho a impulsar el procedimiento de protección.

a) Los hechos que motiven la demanda de protección son actos omisivos o positivos que amenazan, perturban o vulnerar 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.

Los derechos fundamentales se afectan cuando el bien jurídico que constituye su contenido (vida, privacidad, igualdad ante la ley, libertad de conciencia y culto, libertad de opinión o de información, entre otros) es lesionado efectivamente o se encuentra ante un riesgo inminente de serlo.

El acto u omisión debe ser arbitrario o ilegal, lo que significa que el acto u omisión debe ser contrario al ordenamiento jurídico o carecer de fundamento racional.

Si una conducta lícita y legítima de una persona afecta los derechos de otra, lo que se presenta es un conflicto de intereses, lo que debe ser resuelto por las vías que determina el ordenamiento jurídico y no a través del recurso de protección. En tal caso, no opera la acción de protección, ya que ella no tiene por objeto resolver conflicto de intereses ni tampoco tiene la finalidad de limitar los derechos de las personas que actúan de acuerdo con el ordenamiento jurídico, ya que dicha función la desarrollan los tribunales ordinarios a través de los procedimientos civiles, laborales, de menores, administrativos o penales respectivos.

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.

Es necesario considerar que la acción o la omisión sea una causa real de la afectación del derecho fundamental que puede ser objeto de protección, ya que puede suceder que tan relación no exista efectivamente, y la acción sea producto de la incomprensión de la situación, de un error o de una actuación emocional o de mala fe, en cuyo caso, obviamente, la acción de protección es improcedente.

d) El objetivo o finalidad de la demanda de protección.

El poner en marcha el aparato jurisdiccional del Estado a través de la acción de protección tiene por objetivo 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 afectado por el agresor sea este un agente del Estado o un particular.

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 cierra 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"²², apareciendo como un equivalente jurisdiccional de los procedimientos y acciones del Derecho Común.

3.3.2. Criterios de procesabilidad procesal.

Estos criterios han sido normados por Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia.

Estos criterios son los siguientes:

*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 el auto acordado que regula el recurso de protección, es que hay un límite temporal de *quince días* 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 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. Tal perspectiva se ha mantenido en el Auto Acordado actualmente vigente.

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.

La doctrina que se ha hecho predominante respecto del plazo para accionar se consigna en el siguiente fallo:

"8. Que es necesario consignar que nuestros tribunales han señalado que el plazo establecido en el Auto Acordado no se suspende por la interposición de una reposición ante la autoridad que dictó la resolución impugnada, por cuanto la acción de protección existe 'sin perjuicio de otros derechos', cuanto porque, como lo ha dicho en forma reiterada la jurisprudencia, el inicio del plazo no puede quedar entregado a la voluntad del interesado, a través de las solicitudes de reposición (Corte Suprema, 11 de diciembre de 2002, Rol N° 4.723-02. En Semana Jurídica N° 112, página 13)

*"9. Que la Excm. Corte Suprema recientemente ha resuelto que "el amparo que asegura la acción constitucional deducida, no es condicional, ni accesorio, no puede interrumpirse, ni suspenderse en modo alguno, puesto que el texto del precepto busca como objetivo básico el poner pronto remedio, frente a los efectos que puede ocasionar, a un derecho relevante y esencial a toda persona, un acto que prima facie, puede reputarse como arbitrario o ilegal y que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de tal derecho. Y desde esta perspectiva, el constituyente completó la idea, estableciendo en la parte final del inciso primero, que el ejercicio irrestricto de la acción de protección lo era sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer el afectado, ante la autoridad o los tribunales correspondientes " (Corte Suprema, 31 de mayo de 2006, Rol N° 1.714-2006. En Jurisprudencia al día N° 15, Lexis Nexis, página 173) "*²³.

El plazo para interponer la acción de protección tiene como fundamento, sin lugar a dudas otorgar seguridad jurídica y firmeza a los actos, asegurando la consolidación jurídica de ellos, lo que 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. Es insensato y no merece el menor análisis racional, que cuando se ve afectado en grado de amenaza o perturbación el derecho a la vida o se afecte arbitrariamente a una persona su integridad física o psíquica, solo pueda accionarse dentro del plazo de quince días, pero cuando se afecte la libertad personal no haya plazo alguno ya que el *recurso de amparo* chileno (Habeas Corpus) puede accionarse en cualquier momento mientras el derecho se encuentre afectado.

En una perspectiva de mejoramiento de la regulación del recurso de protección debiera contemplarse que este podría interponerse mientras el derecho fundamental se encuentre afectado ilegal o arbitrariamente y hasta treinta días después que hayan cesado los efectos directos respecto de agraviado tratándose de ilícitos continuados.

Asimismo, debiera considerarse en el cuerpo legal que regule el recurso de protección que si el recurrente hubiere interpuesto recursos administrativos establecidos por la ley, el plazo referido, se cuente desde la notificación de la resolución que los decidiera definitivamente.

En todo caso, el plazo de caducidad de la acción de protección no impide utilizar otros procedimientos existentes que posibiliten la protección de los derechos afectados.

b) Legitimación procesal 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.

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 telégrafo o incluso por un acta levantada en la secretaría de la Corte de Apelaciones respectiva.

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

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

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 enjuicio. 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 enjuicio, 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, consideramos que la regulación legal que se establezca, debiera eliminar dicho requisito que no lo exige la Carta Fundamental.

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 acogido.²⁴

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:

"2. Que el [...] Recurso de Protección, se encuentra establecido en términos muy amplios, precisamente para amparar y resguardar el ejercicio de aquellos derechos [...] de la persona humana sin distingo de ninguna naturaleza. En efecto, el artículo 20 de la Constitución Política dispone: (cita artículo 20);

"3. Que en concepto de esta Corte, la legitimación activa de los actores, esto es la pretensión de obtener una decisión jurisdiccional respecto de la garantía constitucional invocada como agraviada por aquellas autoridades que señalan en su libelo, se encuentra fundamentada en lo que dispone nuestra Carta fundamental, tanto en el ya recordado artículo 20, cuanto en su artículo 19 al establecer que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que la ley protege la vida del que estúpore nacer;

"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 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 reconoce"; "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 "*²⁵*.*

Sin embargo, en otros fallos de los tribunales superiores de justicia en la materia se 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° 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 "*²⁶*.*

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 Chioyenda²⁷, 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 Público²⁸; en Perú con el Defensor del Pueblo²⁹.

En definitiva, consideramos que la regulación legal del recurso de protección que se hace cada día mas evidente, debiera establecer que cualquier persona afectada ilegal o arbitrariamente en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, o cualquier persona en su nombre, aún cuando no tenga poder, ni cuente con patrocinio de abogado, pueda interponer el recurso de protección. También se debe explicitar que se encuentran legitimados para interponerla, en las mismas condiciones, las asociaciones o agrupaciones que carezcan de personalidad jurídica

c) Legitimación pasiva.

La legitimación pasiva en el proceso de protección esta 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 puede 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 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 comparativa

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 venezolano³⁰, argentino³¹ y colombiano³², ya que en tales países latinoamericanos se posibilitan la acción de amparo frente a particulares, a diferencia de lo que ocurre con el amparo mexicano³³ 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 N° 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 "*ja Corte de Apelaciones respectiva*", con la sola excepción del comisionado Alejandro Silva Bascuñan, quién consideró conveniente entregarle la competencia a los jueces letrados de la jurisdicción respectiva³⁴. Dicha idea quedó definitivamente consignada en el texto de la Constitución aprobada por la Junta de Gobierno en aquel entonces.

El artículo 1º 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, aún 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.

3.3.4 Requisitos de admisibilidad de la acción.

El auto acordado vigente que regula el recurso de protección, en su artículo 2º, inciso 2º, determina 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 inadmisibile 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"*.

Dicha normativa 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 en la resolución de inadmisibilidad hay un criterio muy formalista y riguroso con un alto nivel de declaraciones de inadmisibilidad, como asimismo, que en muchos casos la sala de la Corte respectiva ni siquiera explícita algún fundamento, con lo cual la discrecionalidad se transforma en arbitrariedad. Diversas críticas se han presentado sobre la práctica por parte de los tribunales competentes respecto de la potestad jurisdiccional de declarar la inadmisibilidad, pudiendo eventualmente verse afectado el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial rápida y oportuna, lo que ha sido planteado por diversos académicos y abogados³⁵.

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 art. 8º 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.

En una perspectiva de perfeccionamiento del recurso de protección, el legislador debiera hacer primar el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio pro

acción, especialmente cuando lo que está en juego son derechos fundamentales, en virtud de ello, consideramos conveniente en la regulación legal del recurso establecer que, cuando el recurrente haya omitido uno o más requisitos en la interposición del recurso o este sea defectuoso, el tribunal ordene al solicitante subsanar las omisiones o defectos, dentro del término de tres días bajo apercibimiento de declararlo inadmisibile, haciendo lo posible para no suspender su tramitación.

Asimismo, consideramos que la regulación legal debiera establecer algunos aspectos muy básicos en materia de admisibilidad, debiendo la Corte de Apelaciones respectiva examinar en cuenta la admisibilidad del recurso, especialmente si se interpuso dentro de plazo, y si persigue la tutela de un derecho fundamental protegido por esta vía procesal. La resolución que declare la inadmisibilidad consideramos que debe poder impugnarse dentro de tercero día, a través de los recursos de reposición y apelación subsidiaria.

3.3.5. El amparo o protección ante sentencias judiciales.

Respecto de los actos u omisiones ilegales o arbitrarios impugnables por el recurso de protección por regla general no se encuentran las resoluciones judiciales. 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.

3.3.6. Los problemas del recurso de protección y los derechos fundamentales protegidos frente a la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Estado de Chile está 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 1º, 2º y 25º que *"todapersona 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, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en el ejercicio de*

sus funciones oficiales".

A su vez, el numeral 2º de dicho artículo 25 asegura que los Estados Partes se comprometen *"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, c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"*.

Así, el Estado de Chile esta 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 artículo 1º, 2º, 8º y 25º en armonía con el artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental y el principio de inexcusabilidad de la administración de justicia que precisa el artículo 76 inciso 2º de la Constitución, en una interpretación sistemática, finalista y aplicando 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 2º 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 2º 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, como lo hemos visto en este mismo capítulo.

En esta materia, vale la pena recordar el rol significativo jugado por la Corte Suprema Argentina en el caso "Kot", donde señaló:

"Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por

la rápida vía de amparo [...] guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación "³⁶.

Los derechos fundamentales protegidos por el recurso de protección que se encuentran señalados taxativamente en el Art. 20 de la Constitución, son los siguientes:

Art. 19 N° 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° 2: La igualdad ante la ley.

Art. 19 N° 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° 4: Respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y su familia.

Art. 19 N° 5: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Art. 19 N° 6: Libertad de conciencia, manifestación de creencias y ejercicio libre del culto.

Art. 19 N° 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° 9, inciso final: Derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.

Art. 19 N° 11: Libertad de enseñanza.

Art. 19 N° 12: Libertad de opinión y la de informar sin censura previa.

Art. 19 N° 13: El derecho a reunión pacífica sin permiso previo y sin armas.

Art. 19 N° 15: El derecho de asociarse sin permiso previo.

Art. 19 N° 16: La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación.

Art. 19 N° 16 inciso 4º: 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° 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° 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° 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° 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 protegen 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.

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" ³⁷.

El único caso en que se protege un derecho fundamental de tercera generación 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, lo que no deja de ser paradójico, todo ello producto de una concepción equivocada del constituyente derivado que creyó que la ilegalidad cubría también la arbitrariedad.

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 dotar 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, siendo esta tercera opción por la que nos inclinamos.

Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido con firmeza y claridad que:

"Asimismo, la Corte ha reiterado que el derecho de toda persona 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 constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención [...]. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del art. 1.1 de la Convención Americana al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. Además, la Corte ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla." [38](#).

A su vez, la Corte Interamericana ha precisado:

"Este Tribunal ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objeto primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales" [39](#).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los 19 comerciantes vs. Colombia, expresó los alcances del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los siguientes términos:

*"[...] La Corte ha dicho que el artículo 25.1 de la Convención incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a garantizar tales derechos. Como ya el tribunal ha señalado, según la Convención los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de Derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción"*⁴⁰.

Asimismo, en la sentencia del caso Claude Reyes y otros vs. Chile, la Corte Interamericana ha señalado:

"El Tribunal ha señalado que el recurso efectivo del artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la misma, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). Por ello, el recurso de protección de garantías planteado ante la Corte de Apelaciones de Santiago debió tramitarse respetando las garantías protegidas en el artículo 8.1 de la Convención.

"El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

"La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión.

"La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte. Los Estados Partes en la Convención tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de dicho recurso efectivo.

*"Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, en los términos de aquél precepto. La existencia de esta garantía "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención ". Esta Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente "*⁴¹.

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:

"183. Este Tribunal ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales

"184. Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención

"184. Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención "

185. La Corte ha señalado en párrafos anteriores de la presente Sentencia que el Estado no ha garantizado al señor Palamara Iribarne su derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales y no ha respetado algunas

garantías judiciales en los procesos a los que se vio sometido. 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 interpuesto por la esposa del señor Palamara Iribarne a su favor y de su familia (supra párr. 63.36) para proteger garantías constitucionales a la integridad psíquica, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el derecho a la propiedad y el derecho de autor, 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 decidí [e]r [a] sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso".

188. El derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima a obtener un control jurisdiccional que permita determinar si los actos de las autoridades militares han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de las autoridades militares. Ese control es indispensable cuando los órganos que ejercen la jurisdicción militar, como el Juzgado Naval, ejercen funciones que afectan derechos fundamentales, y que pueden, sin un adecuado control, fomentar la arbitrariedad en las decisiones.

189. En consecuencia, la Corte considera que 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. "[42](#)".

"Con base en lo expuesto, el Tribunal 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. "43.

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.

3.3.7. 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.

3.4. 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.

En la tramitación del recurso nos parece necesario regular legalmente materias

tales como la acumulación de autos, la igualdad de armas y los derechos de terceros.

En efecto, consideramos que cuando un mismo hecho, acción u omisión ilegal o arbitraria en perjuicio del goce o ejercicio de algún derecho fundamental afectare el derecho de diversas personas o grupos de personas, debe conocer de la pluralidad de recursos entablados el tribunal competente, ordenando, sin dilación procesal y sin incidentes, la acumulación de autos.

En el recurso de protección el tribunal competente debe mantener la absoluta igualdad entre las partes y cuando el agravante sea una autoridad pública excluir del procedimiento los privilegios procesales.

Asimismo, debe considerarse como parte en el procedimiento de protección al tercero que tuviere derechos que deriven de la norma, del acto o de la omisión que le dan origen.

A su vez, quién tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso, debiera poder apersonarse e intervenir en el procedimiento como coadyuvante del recurrente o del recurrido. En ambos casos esta intervención debería poder realizarse antes que se dicte el decreto que ordene traer los autos en relación.

Consideramos también necesario regular legalmente la suspensión provisional del acto impugnado y las medidas cautelares, por lo cual una vez admitido a trámite el recurso de protección la Corte de Apelaciones respectiva podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la suspensión provisional del acto impugnado o la medida cautelar que estime apropiada para asegurar la tutela judicial.

Consideramos que siempre deberá decretarse la suspensión provisional del acto, resolución o procedimiento impugnado si resultare peligro de privación de la vida, la integridad física o psíquica; e en el caso de daño grave o irreparable para los derechos del recurrente; cuando se trate de actos o resoluciones cuya ejecución haga inútil esa protección o haga gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior; o cuando la entidad, autoridad o persona contra quién se interponga el recurso de protección actúe con manifiesta ilegalidad, falta de competencia o de jurisdicción.

Asimismo, la ley debiera establecer que, en cualquier estado de la causa, la Corte podrá dejar sin efecto la suspensión provisional del acto impugnado o la medida cautelar decretada, expresando el fundamento de su resolución.

Una vez recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordena traer los autos en relación y dispone 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 puede actualmente decretar orden de no innovar, como lo establece el artículo 3º del Auto Acordado in fine.

El Auto Acordado en su artículo 4º 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 5º del Auto Acordado, dándole un carácter inquisitivo a la actividad del tribunal, aun cuando el procedimiento no incluye una fase o periodo probatorio.

Estas materias deberían estar reguladas también por la ley reguladora sobre la materia.

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.

En otros ordenamientos jurídicos como el argentino, que establece un sistema de jurisdicción constitucional difuso, siguiendo el modelo norteamericano, el tribunal que conoce del amparo, de acuerdo con la ley 16.986 en su artículo 2, inciso d, en armonía con la parte final del artículo 43 de la Constitución, en su primera parte, párrafo final, "el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva", lo que permite al tribunal declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales u otras normas inconstitucionales con efectos inter partes, vale decir, con efectos relativos a las partes y caso concreto planteado en la causa, lo que según una parte mayoritaria de la doctrina puede hacerse efectivo de oficio o a petición de parte, ya que los derechos constitucionales constituyen una cuestión de orden público que deja fuera del debate el tema de disponibilidad material de las partes para producir o no el pronunciamiento judicial sobre la materia.

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 indiquen las partes, ya que es parte de las potestades jurisdiccionales "la regla iura novit curia, que obsta a que en dos casos iguales se dispongan normas distintas"⁴⁴, 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.

3.6. La sentencia, naturaleza, efectos y plazo.

3.6.1. 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.

El artículo 20 de la Constitución establece que la acción es "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el interesado) ante la autoridad o los tribunales correspondientes", ello implica que el fallo *de ja acción de protección resuelve ja lite 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.

La naturaleza de cosa juzgada formal de la sentencia de protección, esta 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 agravante, que podrán hacerse efectiva por los medios ordinarios respectivos.

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

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*, lo que debe ser puesto en conocimiento del recurrido 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 esta dotado de imperio y debe ser acatado por todas las autoridades, instituciones y personas, sin perjuicio de los recursos que habilite el ordenamiento jurídico.

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, aún 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.

3.6.2. 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 (art. 19 N° 1), el Derecho a ser juzgado por el Tribunal que señale la ley (art. 19 N° 3, inciso 4), el derecho de libertad de opinión e información sin censura previa (art. 19 N° 12), y el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas (art. 19 N° 13).

Dichos plazos para dictar sentencia se cuentan desde que la causa se encuentre en estado de fallarse, como lo determina el Auto Acordado en su artículo 10.

La Corte aprecia 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.

La sentencia se debe notificar personalmente o por el estado diario a las personas o persona que hubiere deducido la acción y a los recurridos que se hubieren hecho parte en él.

La Corte de Apelaciones, como la Corte Suprema, cuando esta última conozca en Apelación, puede imponer la condenación en costas.

3.6.3. La condenación 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 de protección de 1992, el cual establece que "Tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, cuando lo estimen procedente, podrán imponer la condenación en costas".

En esta materia la doctrina de la Corte Suprema en sus fallos es que los tribunales competentes en cada caso tienen facultades discrecionales para imponer la condena en costas en el recurso de protección. Al efecto, reproducimos fallo de la Corte Suprema al respecto:

*"2. Que, en consecuencia, la condena en costas en estos asuntos ya no queda entregada a circunstancias objetivas, como pueden serlo ya de prosperar o no ya gestión tentada, y en caso positivo, si ha existido un vencimiento jurídico total o parcial, sino que se da a los magistrados ya facultad de imponerlas 'cuando lo estimen procedente', esto es, se les otorga una facultad por entero discrecional"*⁴⁵.

3.6.4. Recursos respecto del fallo de primera instancia.

A su vez, 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 inadmisibile la acción de protección es apelable ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 5º 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, los que se cuentan desde la notificación de la parte que entabla 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 declararla inadmisibile, de acuerdo o lo que dispone el auto acordado, en su artículo 6º.

En la Corte Suprema, por regla general, el recurso se ve en cuenta preferente, salvo que la sala de la Corte considere adecuado o se le solicite con fundamento plausible traer los autos en relación para oír alegatos de las partes, en cuyo caso el recurso se agrega extraordinariamente a la tabla extraordinaria de dicha Sala de la Corte Suprema.

Consideramos que la ley que regule el derecho de ejercicio de la acción 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.

Todas las notificaciones en materia de recurso de protección en la Corte Suprema se concretan por el estado diario.

3.6.5. La necesaria regulación del cumplimiento del fallo de protección.

Una vez que la sentencia se encuentra firme o ejecutoriada, el órgano, autoridad, funcionario o persona responsable del agravio debiera cumplir el fallo sin demora.

Consideramos que si no se cumple el fallo dentro del plazo que fije la ley, el cual consideramos que no debiera sobrepasar el quinto día hábil o el que fije el tribunal, desde la notificación de la sentencia firme, el Presidente de la Corte respectiva se dirigirá al superior jerárquico del funcionario o autoridad respectiva para que haga cumplir la sentencia y solicitará la apertura del respectivo

procedimiento administrativo disciplinario contra el funcionario afectado, además de requerir al Ministerio Público a fin de que inicie el procedimiento penal correspondiente por desacato. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles por los daños y perjuicios ocasionados o la responsabilidad penal que proceda conforme al derecho común.

4. Algunas consideraciones finales 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, mas amplios o mas 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 suficiente 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 ellos⁴⁶.

Otra practica 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 menuda 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 vs. Chile, haya debido sostener:

"Al pronunciarse sobre dicho recurso, la Corte de Apelaciones de Santiago no resolvió la controversia suscitada por la actuación del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras, pronunciándose sobre la existencia o no en el caso concreto del derecho de acceso a la información solicitada, ya que la decisión

judicial fue declarar inadmisibile el recurso de protección interpuesto (suprapárr. 57.25).

"En primer término, 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 "desprendía" 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. " [...]

Asimismo, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que declaró inadmisibile el recurso de protección 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, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola⁴⁷.

5. Consideraciones críticas sobre la regulación y práctica jurisprudencial de la acción de protección.

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 Excm. Corte Suprema contó en 1976 con una precisa y clara habilitación constitucional a través del artículo 21 del Acta Constitucional N°3 de septiembre de 1976, para regular mediante Auto Acordado la tramitación del recurso o acción de protección, aún 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°3, reemplazándola por su texto, derogándose también la competencia explícita que esta última norma de rango constitucional había otorgado a la Corte Suprema⁴⁸. No debe olvidarse que el artículo 7º de la Constitución determina que *"ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que jos que expresamente se jas hayan conferido en virtud de la Constitución a 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 señala"*.

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, solo pueden regularlos los órganos colegisladores por ser materia de ley, de acuerdo con los artículos 60 N° 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, la garantía normativa constitucional de la reserva de ley para regular los derechos y garantías, lo que se transforma en verdadera reserva parlamentaria de regulación, ya que el artículo 61, inciso 2º, 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°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 se traduce en el dictado de Auto 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 ley⁴⁹, siendo normas de naturaleza reglamentarias de fuente constitucional directa (ole constitutione) o dados para el cumplimiento de las leyes (ope lege). Que su fuente sea en algunos casos la Constitución y en otros la ley, no cambia su naturaleza de actos normativos reglamentarios que no pueden invadir el ámbito de la ley procesal, en cuyo caso adolecen de nulidad de derecho público de acuerdo con el artículo 7º de la Constitución, el cual establece expresamente que "ninguna magistratura puede "atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias

extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se las hayan conferido en virtud de la Constitución a 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 señala".

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, el cual 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 1º 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 cual junto 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 cual 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. Dicho texto lo acompañamos como anexo de este capítulo.

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 constitucionales⁵⁰.

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 refieran 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"*.

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, agregadas a las otras materias que deban verse extraordinariamente en las tablas de las diversas salas, 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 1º respecto del momento en que se cuenta el plazo de los quince días para interponer el recurso o acción de protección; en el artículo 3º 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 (Nº 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 afectados o recurridos, hacerse parte del proceso (numeral 4º 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 ordenada, aún 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 2º, inciso 2º nuevo, determina 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 inadmisibile 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 leiga en la materia pueda incurrir en errores de fundamentación, que pueden llevarle a la indefensión, si el Tribunal declara inadmisibile la acción, especialmente si no hay recurso de apelación. En tal sentido, la norma del Auto Acordado restringe desproporcionadamente 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, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". 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 este 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 o acción 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 amparo o protección en el caso de nuestro país, 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 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 comparativa 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.

Nos parece, asimismo, que 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 quién 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; 19N°3y26)

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 en limine la demanda, las que dispongan medida 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, aún 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 solo en efecto devolutivo, salvo cuando la sentencia pudiera producir un efecto irreparable, en cuyo caso se otorgara en efecto suspensivo.

A su vez, 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.

Finalmente, vemos con esperanza para una mejor y mayor protección efectiva de los derechos fundamentales, el inicio de la tramitación de un verdadero Código de acciones protectoras de derechos fundamentales por parte de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional.

Bibliografía general latinoamericana sobre acciones de amparo de derechos.

Abad Yupanqui, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

Aberasturi, Pedro y otros. *La protección constitucional del ciudadano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela*. Ed. CIEDLA, Buenos Aires, 1999.

Andrade H., Michel y Arias S., Alicia. *Manual sobre la acción de amparo constitucional en el Ecuador*. Corporación latinoamericana para el desarrollo, Quito, 1999.

Ara Pinilla, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Ed. Tecnos. Madrid. 1990.

Aires Filho, Durval. *As 10 faces do mandado de segur anca, Segunda edición. Ed brasilia Jurídica, Brasília, 2002.*

Bidart Campos, Germán. *Régimen legal y jurisdiccional del amparo.* Ed. Ediar. Buenos Aires, 1968.

Brewer-Carias, Alian. El derecho de amparo en Venezuela. *En Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica.* Ed. UNAM, México. 1992.

Brewer-Carias, Alian y Ayala Corao, Carlos. *Ley Orgánica Constitucional sobre derechos y garantías constitucionales.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. 1988.

Burgoa Q., Ignacio. *El juicio de amparo.* 38ª edición. Ed. Porrúa, México, 2001.

Camargo, Pedro Pablo. *Manual de la acción de tutela.* Cuarta edición Ediciones jurídicas Radar, Santa fe de Bogotá, 2005.

Cappelletti, Mauro. 1978. "*Formaciones sociales e intereses de grupos frene a la justicia civil*". En *Boletín Mexicano de Derecho comparado*. Nueva Serie, año XI, N° 31-32.

Cappelletti, Mauro. Justicia Constitucional Supranacional. En *Justicia Constitucional.* Ed. UNAM, México, 1987.

Castro Núñez J, *Do mandato de seguranza e outros medios de defesa contra actos de poder público.* Río de Janeiro - Sao Paulo, 1961.

Cavalcante, Montavianni Colares. *Mandato de Seguranca. EdDialética.* Sao Paulo, Brasil, 2002.

Dantas, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de seguranca colectivo.* Ed. Saraiva. Sao Paulo, Brasil, 2000.

Flores Dapkevicius, Rubén. Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data. Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *La acción constitucional de amparo en México y España.* Segunda edición. Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2000.

Fix Zamudio Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo.* Ed. UNAM, México; 1993.

Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores). El derecho de amparo en el mundo. Ed. Porrúa y Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2006.

Gómez Bernales, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005.

Gozáini, Osvaldo. *El derecho de amparo*. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1995.

Henao Hadrón, Javier. *Derecho Procesal Constitucional: Protección de los derechos constitucionales*. ED. Temis, Bogotá, 2003.

Linares Benzo, Gustavo. *El proceso de amparo en Venezuela*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

Morello, Augusto y Vallefm, Carlos. *El Amparo. Régimen procesal*. Ed. Platense. La Plata, Argentina, 1992.

Montecino Giralt. El amparo en El Salvador. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2005.

Murillo Arias, Mauro. Perfiles del amparo costarricense. Ed. Juritexto, San José, Costa Rica, 1997.

Noriega Cantu, Alfonso. *Lecciones de Amparo*. 3ª edición. Ed. Purrua. México 1991.

Ramos Tavares, André. *Curso de Direito Constitucional*. Cuarta edición, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2006.

Rivas Adolfo Armando. El Amparo. Tercera edición. Ed. La Roca, Buenos Aires, 2003.

Rondón de Sansó, Hildegard. *Amparo constitucional*. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.

Sagúes, Néstor. *Amparo, Habeas Data y Habeas corpus en la reforma Constitucional*, La ley. 1994.

----- . *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo III: *Acción de amparo*. Quinta edición. Ed. Astrea. 2004.

Sosa, Enrique. *El amparo judicial*. Ed La Ley, Asunción, 2004.

Valenzuela, Arturo. *La norma procesal del amparo*. Ed. Marelia, México. 1960.

Venegas Castellanos, Alfonso. *Teoría y Práctica de la acción de tutela*. Ediciones AUC. Colombia. 1996.

Villena, Víctor Julio. *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales*. Ed. Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo. Perú, 1994.

Zaldivar Lelo De Larrea, Arturo. *Hacia una nueva ley de amparo*. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 2004.

Zubieta Reina, Fernando. *La acción de amparo*. Ed. Cultural Cuzco. S.A. Lima, Perú. 1990.

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

Bruna Contreras, Guillermo. "Los autos acordados de la Corte suprema sobre recurso de protección". En *Revista Chilena de Derecho*, número especial: Vigésimo Novenas Jornadas Chilenas de Derecho Público. ED. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.

Bordalí Salamanca, Andrés. "El proceso de protección". En *Revista de Derecho*, Vol. 10, Ed. Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 1999.

Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional chileno. Tomo II: Derechos, Deberes y garantías*. Ed. Universidad Católica de Chile. 2004.

Fernández González, Miguel Ángel. "Recurso de protección y jurisdicción doméstica: un principio de solución". En *Revista Chilena de Derecho*. Vol 26 N° 3, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1999.

Gómez Bernaldes, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Edición Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005.

Lira, Sergio. 1984. *El recurso de protección*. Edición Mimeografiada. Santiago.

Mohor, Salvador. "El recurso de protección", *Gaceta Jurídica*. Ed. Conosur, Santiago, Chile, pp. 8-37

Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.) 2000. *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Ed. Universidad de Talca, Chile.

Nogueira Alcalá, Humberto. "El recurso de Protección en Chile". En *Gaceta Jurídica* N° 230, Santiago, agosto 1999.

Olave Alarcón, Cristian. 1998. *Recurso de protección*. Segunda edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago Chile.

Paillás, Enrique. 1990. *El recurso de protección ante el Derecho Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

Palomo Vélez, Diego. "Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: el recurso de protección y el amparo español: un análisis comparado". En *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N°2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2003.

Precht Pizarro, Jorge. "La supremacía constitucional y los autos acordados: a propósito del Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992 sobre el Recurso de Protección"; en *Revista de Derecho*, Año III, N° 1-2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 1992.

Ríos Álvarez, Lautaro. 1992. *El recurso de protección y sus innovaciones procesales*. Revista Gaceta Jurídica. Santiago, Chile.

Ríos Álvarez, Lautaro. 1992. *El recurso de protección y sus innovaciones procesales*. Revista Gaceta Jurídica. Santiago, Chile.

Soto Kloss, Eduardo. *El recurso de Protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

Soto Kloss, Eduardo. "Extemporaneidad y lato conocimiento: notas sobre la acción de protección"; en *Ius Publicum*, Vol 6, N° 11. Ed. Escuela de derecho, Universidad Santo Tomás, septiembre 2003.

Soto Kloss, Eduardo. "Recurso de protección y trámite previo de admisibilidad: notas sobre una práctica inconstitucional"; en *Gaceta Jurídica* N° 225, Santiago, marzo de 1999.

Tavolari O., Raúl. 1984. *Recurso de Protección: en búsqueda del alcance perdido*. Gaceta Jurídica N° 54, Santiago, Chile.

Vergara Blanco, Alejandro. "Sobre el plazo para interponer el recurso de protección"; en *Gaceta Jurídica* N° 143, Santiago, mayo de 1992.

Verdugo J. Pamela. *El recurso de protección ante la jurisprudencia*. Ed. Ediar

Conosur, Santiago, Chile. 1988.

Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. 1997. *Derecho Constitucional*. Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

Zúñiga Urbina, Francisco y Perramont, Alfonso. 2003. *Acciones Constitucionales*. Ed. Lexis Nexis, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 16 de marzo de 2007 y aceptado el 5 de mayo de 2007

¹ Rondón de Sansó, Hildergard. *Amparo Constitucional*. Ed Arte. Caracas, Venezuela, 1988. p. 71. Gozaíni, Osvaldo. *El derecho de amparo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995. p. 26.

² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Blake vs. Guatemala*, de 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, párrafos 101 y 102.

³ La mayoría de los países utilizan la denominación de "amparo", sólo tres países latinoamericanos utilizan otro nomen iuris, Brasil utiliza el nombre de mandato de seguridad ("mandado de seguranca"), Colombia lo denomina "acción de tutela" y Chile utiliza la denominación de "recurso de protección".

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 239:459.

⁵ Gozaíni, Osvaldo. *El derecho de Amparo*. Obra citada, p. 9

⁶ Ver Fix Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, p.30. El amparo en el ámbito americano aparece por primera vez en un texto constitucional en México, donde bajo el influjo de las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, a quién se considera como autor del proyecto de constitución del estado de Yucatán de 1840, el cual fue aprobado el 31 de marzo de 1841, donde está contenido el amparo como garantía constitucional en sus artículos 8,9 y 62. Anivel federal mexicano el amparo se introduce en el artículo 25 del Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847. Posteriormente quedó incorporado el amparo en la Constitución Federal de 1857 en sus artículos 101 y 102, siguiendo su evolución constitucional hasta la actual Constitución Federal mexicana de 1917 y regulado en la ley de amparo vigente de 1936.

⁷ Gozaíni, Osvaldo. 1995. *El derecho de amparo*. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. Pág. 19. Zubieta Reina, Fernando. 1990. *La acción de amparo*. Ed. Cultural Cuzco. S.A. Lima, Perú. Brewer-Carias, Alian y Ayala Corao, Carlos. 1988.

Ley Orgánica Constitucional sobre derechos y garantías constitucionales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Venegas Castellanos, Alfonso. 1996. *Teoría y Práctica de la acción de tutela*. Ediciones AUC. Colombia. Rondón de Sansó, Hildegard. 1988. *Amparo Constitucional*. Ed. Arte, Caracas, Venezuela. Brewer-Carias, Alian. 1992. El derecho de amparo en Venezuela *En Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Ibero América*. Ed. UNAM, México.

⁸ Al respecto ver Favoreau, Louis y otros. 1984. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España,

⁹ VerGozaíni, Osvaldo. 1995. *El derecho de amparo*. Ed, Depalma. Buenos Aires, Argentina, pp. 136-137. Ara Pinilla, Ignacio. 1990. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Ed. Tecnos. Madrid, p. 135.

¹⁰ Pelloux, Robert. 1981. *Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de definition et de clasification*. En Revuede Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger N° 1-81, París, Francia, pp. 67-68.

¹¹ Cappelletti, Mauro. 1978. *Formaciones sociales e intereses de grupos frente a la justicia civil*. En Boletín Mexicano de Derecho comparado. Nueva Serie, año XI, N° 31-32, p.13.

¹² Gozaíni, Osvaldo. El derecho de amparo, obra citada, p.70

¹³ Sobre el recurso o acción de protección en Chile, ver:

- Lira, Sergio. 1984. *El recurso de protección*. Edición Mimeografiada. Santiago,
- Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.) 2000. *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Ed. Universidad de Talca, Chile.
- Olave Alarcón, Cristian. 1998. *Recurso de protección*. Segunda edición, Editorial Jurídica Conosur, Santaigo Chile.
- Paulas, Enrique. 1990. *El recurso de protección ante el Derecho Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- Ríos, Lautaro. 1992. *El recurso de protección y sus innovaciones procesales*. Revista Gaceta Jurídica. Santiago, Chile.
- SotoKloss, Eduardo. 1982. *El Recurso de Protección, Orígenes, doctrina, jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.
- Tavolari O., Raúl. 1984. *Recurso de Protección: en búsqueda del alcance perdido*. Gaceta Jurídica N° 54, Santiago, Chile.
- Verdugo J. Pamela. *El recurso de protección ante la jurisprudencia*. Ed. Ediar Conosur, Santiago, Chile. 1988.

- Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. 1997. *Derecho Constitucional*. Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- Zúñiga Urbina, Francisco y Perramont, Alfonso. 2003. *Acciones Constitucionales*. Ed. Lexis Nexis, Santiago, Chile.

¹⁴ Acción de Protección Rol N° 3.322-97, confirmado por Corte Suprema en Rol N° 3.208-97, Richmaui, Francisca. *Gaceta Jurídica*, Noviembre 1997, p. 40-51. Ver también, Rol N° 31-1997 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1997, segunda parte, sección quinta. Pp. 215-251, entre otras.

¹⁵ Abad, Samuel. Acción de amparo y vías paralelas. En *Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 4*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1990. pp. 119 y ss.

¹⁶ Cappelletti, Mauro. Justicia Constitucional Supranacional. En *Justicia Constitucional*. Ed. UNAM, México. 1987, pp. 337 y siguientes.

¹⁷ Sentencia en recurso de Protección de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 317-2006, de fecha 14 de febrero de 2007, "Karin Andrea Yerman Ramírez en representación de don Omar Eduardo Osman Cheleen con Sociedad Austral de Electricidad S.A., considerando segundo. En La Semana Jurídica Año / N° 329, Jurisprudencia al día, año 2 N° 48, Ed Lexis Nexis, Santiago, p. 631.

¹⁸ Sentencia Corte Suprema, de 21 de enero de 2003, Rol N° 4.735-2003

¹⁹ Mohor, Salvador. "El recurso de protección", *Gaceta Jurídica*. Ed. Conosur, Santiago, Chile, pp. 8-37, especialmente pp. 12 y 13

²⁰ Sagüés, Nestor. *Ley de Amparo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 270.

²¹ 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° 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° 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.

²² Gómez Bemales, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección* ". Edición Universidad Diego Portales. Facultad de Derecho, Santiago, 2005. p. 23.

²³ Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción en Recurso de protección Rol N° 2.603-2006, confirmada por fallo de Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de octubre de 2006, Rol N° 4.660-2006. *En Revista Gaceta Jurídica N° 316, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 33 - 38.*

²⁴ Acción de Protección N° 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 N° 402. pp. 227-231*

²⁵ Sentencia de Corte Suprema de Justicia, Rol N° 2.186-2001 de fecha 30 de agosto de 2001.

²⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 3440-2006, de 4 de enero de 2007, considerando quinto. *En Jurisprudencia al día. Ed. Lexis Nexis, Santiago, enero de 2007, p. 537.*

²⁷ Chiovenda, José. 1977, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Madrid, España, pp. 26-32.

²⁸ Ley Orgánica del Ministerio Público, art. 42 N° 19; Ley Orgánica de Amparo, artículo 35 y 48

²⁹ Código Procesal Constitucional del Perú, art. 40.

³⁰ Ver Ayala, Carlos. 1988. La acción de amparo constitucional en Venezuela. *En Ley Orgánica sobre derechos y garantías constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, p. 1377; Ley Orgánica de Amparo, art. 2.

³¹ 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.

³² En Colombia, Venegas Castellanos, Alfonso. *Teoría y Práctica de la acción de tutela*. Op.cit. p. 108-109.

³³ Ver Burgoa, Ignacio. *El juicio de amparo*. Ed. Porrúa, México. 1982. Del mismo autor, *Derecho Constitucional mexicano*. . Ed. Porrúa, S.A. México 1994.

Tena Ramírez, Felipe. 1994, *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa S. A. México 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 Ibero América*. Ed. UN AM, México, pp. 253 y ss.

³⁴ Consideramos 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.

³⁵ Ver al respecto los diversos artículos sobre la materia, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador). *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Ed. Universidad de Talca, Chile, 2000.

³⁶ Fallos 241-291, Cfr. Gozaíni, Osvaldo. Obra citada, p. 37

³⁷ 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° 151, párrafo 137.

³⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Duranty ligarte vs. Perú*, de 16 de agosto de 2000, Serie C N° 68, párrafos 101-102.

³⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tibí vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004. Serie CN° 114, párrafo 131.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *de los 19 comerciantes vs. Colombia*, de 5 de julio de 2004, Serie C N° 109, párrafo 194.

⁴¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Caude Reyes y otros vs. Chile*, de fecha 19 de septiembre de 2006, serie C N° 151, párrafos 128 - 131.

⁴² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros rs. Chile*. Serie CN° 151, párrafos 187 - 189.

⁴³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Serie CN° 151, párrafo 142.

⁴⁴ Gozaíni, Osvaldo. El derecho de amparo. Obra citada. Pág.54.

⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 6.307 - 2005, de fecha 19 de

diciembre de 2005. En Revista Gaceta Jurídica N° 306, Ed. Lexis Nexis, Santiago, diciembre de 2005, pp. 63 - 64.

⁴⁶ Sobre la materia, ver Gómez Bernales, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005.

⁴⁷ 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° 151, párrafos 134, 136 y 143.

⁴⁸ Ríos, Lautaro. 1992. *El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales*. Revista Gaceta Jurídica, Santiago, Chile.

⁴⁹ Ver Zúñiga, Francisco. 1998, *Corte Suprema y sus competencias. Notas acerca de su potestad normativa (Autos Acordados)*. En Revista Ius et Praxis, año 4 N° 1, Talca, Chile, pág. 228.

⁵⁰ En el mismo sentido ver Gómez Bernales, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Op. Cit. pp. 88 - 89.