

**EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y SU EFICACIA EN LA
TUTELA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES EN CHILE**
*The resource of protection and its efficacy in the guardianship of
constitutional rights in Chile*

Emilio Pfeffer Urquiaga *

RESUMEN

El autor analiza el establecimiento, naturaleza y características de la acción constitucional de protección de derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Acciones constitucionales. Protección de derechos fundamentales.

ABSTRACT

The author analyzes the establishment, nature and characteristics of the constitutional action of protection of fundamental rights.

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Diego Portales. Tesorero Asociación Chilena de Derecho Constitucional. emiliopfeffer@pfeffer.cl Recibido el 24 de agosto de 2005. Aprobado el 14 de septiembre de 2006.

KEY WORDS

Constitutional actions. Protection of fundamental rights.

1. EXPLICACIÓN PREVIA

La amplitud del tema que nos convoca impide referirse a todas las materias que se sugieren en el título, por lo que en el curso de este análisis haremos mención a la regulación que presenta esta institución en el artículo 20 de la Constitución Política y en el Auto Acordado dictado por la Corte Suprema que contiene las normas referidas a su tramitación y fallo, enfatizando aquellos aspectos que, en nuestro concepto, deben ser revisados a fin de vigorizar y perfeccionar esta acción constitucional en la defensa de los derechos constitucionales.

En primer término cabe señalar que esta institución es quizás el medio más eficaz que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en defensa directa de los derechos y garantías que el orden constitucional asegura a las personas. Sin perjuicio de ello, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales requiere de diversos perfeccionamientos de la acción que los cautela, sobre todo en vista a vigorizar su protección, por lo que uno de los propósitos centrales de esta exposición se orienta a formular algunas sugerencias sobre el particular, para lo cual, en forma previa, expondremos acerca del actual marco normativo del recurso en estudio a fin de indagar cuán necesarios son los cambios o perfeccionamientos si éstos se estiman necesarios a los fines indicados.

2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

La doctrina coincide que la iniciativa para ampliar la tutela del tradicional recurso de amparo a otros derechos y garantías distintas a la libertad personal representa la idea inicial que dio origen a este instituto durante el gobierno del presidente Allende, lo que ocurrió a consecuencia de los serios quebrantamientos del Estado de Derecho, según formales denuncias que constan en acuerdos de la Cámara de Diputados y del Pleno de la Corte Suprema.¹

Es en esta contingencia que los parlamentarios de la época Sergio Onofre Jarpa, Sergio Diez, Mario Arnello, Gustavo Lorca y Luis Undurraga, conciben la

¹ Véanse estos acuerdos en Pfeffer U., Emilio. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Ediar-Conosur. Santiago. 1986, pp. 107 y sgtes.

idea de dotar a derechos como el de propiedad, de reunión, de opinión y otros afectados por los actos irregulares de la Administración, de un instrumento de defensa rápido y eficaz.

A los fines indicados y para concretar la idea concebida, se presentó un proyecto de reforma constitucional por los congresales mencionados quienes solicitaron colaboración de docentes universitarios que elaboraron dos anteproyectos sobre la materia.

Es así que una Comisión del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile propuso incorporar un nuevo precepto a la Constitución de 1925 destinado a ampliar el recurso de amparo, el cual sirvió de base al proyecto de reforma constitucional ingresado a trámite parlamentario.²

En términos generales la propuesta referida no consideraba entre los posibles causantes de agravios a los particulares. De otra parte excluía expresamente como posibles autores de los mismos al Congreso Nacional, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Calificador de Elecciones, al Poder Judicial y a la Contraloría General de la República, lo cual ha sido invocado como fundamento de la improcedencia del actual recurso de protección en contra de actos del legislador y de las resoluciones dictadas por los tribunales de justicia.

² El texto propuesto era el siguiente: "Artículo 16 bis: Todo individuo afectado por resoluciones o procedimientos de los servicios del Estado o de las entidades que ejercen funciones públicas que viole alguna de las garantías constitucionales, podrá ocurrir de amparo a la magistratura que señale la ley, en demanda de que se restablezcan para ese caso los efectos de la disposición constitucional infringida. Esta magistratura, instruida de los antecedentes, podrá decretar la anulación de dichas resoluciones y procedimientos y las medidas necesarias para asegurar la aplicación del precepto constitucional invocado respecto del recurrente. Las personas que resistan el cumplimiento de las resoluciones que se dicten por la magistratura competente en conformidad al inciso precedente serán sancionadas en conformidad a la ley. Se excluye de esta disposición la protección de aquellas garantías a las que la Constitución o la Ley protejan por procedimiento y recursos ante los Tribunales de Justicia. Tampoco podrán establecerse este recurso en contra de las resoluciones y procedimientos del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional del Poder Judicial, del Tribunal Calificador de Elecciones y de la Contraloría General de la República". Se propuso la siguiente disposición transitoria: "Mientras se dicte la ley que determine la magistratura competente y establezca el procedimiento para el ejercicio a que se refiere el artículo 16 bis, de él conocerán las Cortes de Apelaciones en su respectivo territorio jurisdiccional y según el procedimiento que fije la Corte Suprema por Auto Acordado. Mientras se dicte la ley que tipifique y sancione la conducta ilegítima a que se refiere el inciso segundo del mismo artículo, los empleados públicos que no prestaren en el ejercicio de su ministerio, la debida cooperación para el cumplimiento de las resoluciones que se dicten en aplicación de lo establecido en la citada disposición, cometerán el delito sancionado por el artículo 265 del Código Penal. En igual delito incurrirán los particulares que resistan o perturben el cumplimiento de dichas resoluciones". (Antecedentes tomados de Lira Herrera, Sergio. *Recurso de Protección*, edición mimeografiada. Santiago. 1984, Anexos 1 y 2).

Distinto alcance tenía la propuesta respecto de los derechos tutelados, pues la moción ingresada a trámite parlamentario alcanzaba a todos los contemplados en el Capítulo III de la Carta de 1925, mientras que la regulación de la actual acción de protección excluye de tutela a los denominados derechos económicos y sociales.

Paralelamente al proyecto elaborado por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, los profesores Jaime Navarrete Barrueto y Eduardo Soto Kloss, de la Universidad Católica, propusieron un texto diverso.³

En este anteproyecto los derechos tutelados se extendían también, sin exclusión, a todos los contemplados en el Capítulo III de la Constitución de 1925 y cualquiera podría ser el causante de su afectación.

Los parlamentarios antes referidos optaron por este anteproyecto y lo presentaron como moción de reforma constitucional.⁴

La exposición de motivos de los proyectos precitados es sumamente explícita y puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- 1) Existen derechos fundamentales inherentes a todos los hombres y que el Estado solo se limita a asegurar y garantizar;
- 2) En un Estado de Derecho todos los derechos humanos deben ser debidamente garantizados en su ejercicio;
- 3) El ordenamiento vigente sólo contempla un recurso eficaz para proteger la libertad personal; y

³ El texto propuesto era el siguiente: "Artículo 1º. Agregase al artículo 11 de la Constitución Política el siguiente inciso:

"Quien por procedimientos, actos u omisiones arbitrarias o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quienquiera, sea perturbado o privado del legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, trabajo o derechos garantizados por la Constitución y las leyes, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes. La Corte Suprema acordará lo necesario para la rapidez y eficacia de este procedimiento y del señalado en el artículo 16, los que están exentos de todo tributo".

"Artículo 2º. Reemplazase el artículo 87 de la Constitución Política por el siguiente:

"Artículo 87. "El que entorpezca el procedimiento, resista o no cumpla una resolución de un tribunal de justicia será detenido por orden de la misma autoridad judicial, la que, después de oírlo, podrá disciplinariamente imponerle arresto hasta por dos meses, atendida la gravedad del hecho, lo que determinará prudencialmente el tribunal" (Reproducido de Soto Kloss, Eduardo. *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1982, p. 477).

⁴ Así se hizo en la legislatura extraordinaria 1972/73 por los diputados Diez y Arnello y reiterado luego por los senadores Jarpa y Diez.

4) Se precisa, en consecuencia, la incorporación de un instrumento rápido y eficaz para la tutela de los demás derechos.⁵

Aunque el proyecto referido quedó incorporado en los Boletines de las Cámaras, no alcanzó a discutirse por el advenimiento del pronunciamiento militar.

Se retomó la iniciativa de los congresales mencionados por la CENC.

En efecto, en la Sesión N° 213 (20-5-1976), el Presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, propuso dejar para la próxima reunión, a la cual asistiría como invitado el Ministro de Justicia, don Miguel Schweitzer, la iniciación del debate acerca de la ampliación del recurso de amparo.

El profesor Evans solicitó que se tomara como referencia la moción que en el año 1972 habían presentado al Congreso Nacional los parlamentarios, Sergio Diez y Sergio Onofre Jarpa.

Después de dar lectura al texto en referencia, el señor Evans explicó que el proyecto mantiene el recurso de amparo en materia de libertad personal, pero establece un nuevo recurso, “al cual habría que dar otro nombre, el de protección, para el resto de las garantías constitucionales” (p. 19).

La Comisión acordó tomar como base para el debate el texto propuesto.

En la Sesión N° 214 (25-5-1976) se discutió en forma general el proyecto de los ex congresales y a través de lo expresado durante el debate quedó de manifiesto que los señores comisionados no tenían claridad acerca del alcance de la nueva institución.

La siguiente intervención de don Enrique Evans constituye un ejemplo expresivo de ello: “La verdad es que la Comisión está presentándole (al Ministro de Justicia) un cuadro extraordinariamente improvisado, porque trata el tema sobre la base de un proyecto demasiado genérico, que se concibió en un momento de extrema exaltación y nerviosismo” (p. 11).

Con igual sinceridad, el Ministro Schweitzer expresó que no quería participar en el debate dando opinión sobre un tema “que no ha estudiado, que no se ha detenido a pensar y que está abordándolo sólo en este momento” (p. 14).

⁵ El texto completo puede consultarse en la citada obra del profesor Soto, pp. 24 y sgtes.

Es notoria la carencia de metodología de la Comisión para tratar el tema. Así, por ejemplo, las citas que los comisionados hacen de la legislación extranjera se formulan fuera de todo contexto, y contribuyen, por lo mismo, a dar al debate un carácter más bien coloquial que jurídico.

Cabe puntualizar que existió consenso en la CENC para estudiar lo que en esta etapa se calificaría como “una ampliación del recurso de amparo”. Aunque es cierto que el señor Evans había planteado la necesidad de crear un recurso diferente “que llamaría recurso de protección” (p. 9).⁶

El único comisionado que expresó ciertas reservas sobre el particular fue don Alejandro Silva Bascuñán, para quien “organizado debidamente lo contencioso-administrativo y reconocida como función propia de los Tribunales la de resolver ellos mismos todo problema que surja de la vulneración o quebrantamiento de las libertades y derechos que la Constitución establece, el recurso propuesto pudiera no ser necesario” (p. 5).

En cuanto a la naturaleza y finalidades del recurso también se advierten importantes apreciaciones: “es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado” (E. Ortúzar, p. 6).

En el mismo sentido don Enrique Evans concibe este recurso como “similar al de amparo respecto de otras determinadas garantías constitucionales, de libertades y derechos que están en la Carta Fundamental, que permite la solución rápida, eficaz, de un atropello que se está produciendo y que afecta el ejercicio de una de esas libertades, garantías y derechos constitucionales” (p. 9).

Luego, en lo que atañe a la determinación de los causantes del agravio que posibilite la interposición del recurso, don Alejandro Silva Bascuñán estimó que “el Parlamento no podría ser considerado como una autoridad política o administrativa para los efectos del precepto, porque cabe considerar que en su funcionamiento tiene la representación de la voluntad nacional; y no parece tampoco que, dentro del sistema de independencia de los Poderes, algún acto del Congreso pudiera estar dentro del sistema que se va a consagrar en este artículo” (p. 4).

El mismo comisionado estimó que tampoco el ataque podría venir de los tribunales, “porque los tribunales están hechos precisamente para la protección

⁶ El profesor don Jorge Guzmán Dinator, al concurrir como invitado de la Comisión, ya había insinuado ese nombre para el recurso.

de los derechos, y poseen todo un régimen de jerarquía y de organización que permite dentro de su propio seno poner término o precaver cualquier atropello contra derechos fundamentales” (p. 5).

En contrario opinó don Enrique Ortúzar para quien el Congreso o una de sus ramas podría ser causante de un agravio en el evento de que “actuando fuera de la esfera de los mecanismos de generación de la ley, atentara contra ciertos derechos básicos de las personas. Del mismo modo un Juez que sin que se haya incoado un proceso, donde naturalmente pueden tener lugar los recursos que la ley establece, lisa y llanamente atente contra el derecho de propiedad dictando una resolución abusiva, violando el domicilio de un ciudadano cualquiera” (p. 6).

Posteriormente, el Presidente de la Comisión, al sintetizar el debate de la Sesión, expresó: “parece que también hubiera consenso en el sentido de que este recurso de amparo pueda ejercerse respecto de cualquier acto u omisión, arbitrario o ilegal, sea de la autoridad política o administrativa o de quienquiera” (p. 9).

El señor Evans señaló que no hay necesidad de decirlo: “Toda persona puede ser perturbada en el legítimo ejercicio de los derechos tales y/o cuales. ¿Por quién? La Constitución no dice nada, porque el perturbador puede ser cualquiera autoridad u otro particular”.

El señor Ortúzar concluyó: “si no se dice nada, se entiende que naturalmente puede tener lugar, cualquiera que sea el origen de la perturbación o de la prohibición” (pág. 20).

¿Qué derechos quedarían tutelados por el recurso? Con la opinión disidente del señor Silva Bascuñán, la Comisión estuvo por excluir “los que se llaman ‘derechos sociales’ o cuya atención en forma suficiente dependa de alguna manera de la capacidad económica del Estado” (Jaime Guzmán, pág. 11). Procede, en consecuencia, eliminar de este recurso de protección todo el cuadro de las garantías llamadas “sociales”, cuya cautela corresponde a otros mecanismos, esencialmente administrativos (Enrique Evans, pág. 9).

En el aspecto procesal se tocaron tangencialmente dos asuntos: el tribunal competente y la regulación de su tramitación. Al respecto el señor Evans, estimó que el tribunal sería “la Corte de Apelaciones respectiva” y no “la magistratura que señala la ley” para evitar la dictación de una ley complementaria. En cuanto al procedimiento se daría facultad a la Corte Suprema para reglamentar el recurso por medio de un Auto Acordado (p. 10).

Sobre este último punto el Presidente de la Comisión expresó que en su opinión la disposición debe ser autónoma, expresándose, por ejemplo: “La Cor-

te de Apelaciones respectiva, en forma breve o sumaria podrá resolver el recurso planteado” (p. 19).

En esta misma Sesión se formularon algunas consideraciones en relación con lo contencioso-administrativo que por lo pronto omitiremos.

En la Sesión N° 215 (26-5-1976) la Comisión continuó ocupándose de la “ampliación del recurso de amparo, que provisionalmente se ha llamado “recurso de protección”, de acuerdo con la terminología propuesta por el señor Evans” (p. 2).

Para facilitar el debate, la Mesa elaboró la siguiente indicación: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, menoscabo o perturbación en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en los N°s ... del artículo 19, o se encuentra en eminente peligro de padecer alguno de estos actos u omisiones, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de las acciones que procederán ante los tribunales correspondientes”.⁷

El debate en la Comisión discurrió luego en torno a los derechos y garantías que deberían quedar bajo su tutela, manteniéndose al respecto –contra la opinión del señor Alejandro Silva Bascuñan– el criterio de que sólo deberían quedar comprendidos aquellos que “por su naturaleza, admitan solución inmediata. Porque los que se han excluido dependen fundamentalmente de prestaciones que debe efectuar el Estado para que ellas se realicen, y nadie puede exigir al Estado que esté permanentemente en situación de realizar todas y cada una de las prestaciones, a todos y cada uno de los habitantes, que se le han encomendado por el ordenamiento jurídico” (p. 24).

A fin de lograr una mejor sistematización, se facultó a la Mesa para dar la redacción adecuada a esta parte del precepto.

Otros aspectos del recurso fueron precisados en esta misma Sesión. En lo que dice relación a su naturaleza se acordó que a través de él los derechos y garantías constitucionales se protegen con un mecanismo ágil, que permita a la ciudadanía ser repuesta en sus derechos con prontitud (p. 4).

El Presidente señor Ortúzar, puntualizó que “este es tal vez el precepto más trascendental y valioso aprobado por la Comisión, e incluso podría decir que

⁷ La voz “menoscabo” fue reemplazada por “amenaza” por indicación del señor Silva Bascuñan.

cuando lo conozca la ciudadanía habría cierta seguridad, cierta tranquilidad, de que el día de mañana no podrán desconocerse las garantías y libertades que la Constitución asegura, porque existirá un procedimiento rápido, eficaz, en manos de tribunales independientes, para restablecer el imperio del derecho conculcado, desconocido o perturbado” (p. 4).

En cuanto al titular del recurso, quedó constancia en actas que la expresión “El que por causa” comprendía a toda persona natural, jurídica y a las personas morales (grupos de personas que carecen de personalidad jurídica) (pp. 5 a 7).

También se puntualizó, aunque tangencialmente, que el titular debe estar involucrado en el derecho afectado, ya que nadie puede reclamar este derecho genéricamente (p. 24) y se precisó que el autor del agravio, esto es, el sujeto pasivo podía ser tanto la autoridad como un particular (p. 14).

Finalmente, por indicación de la Mesa se suprimió la referencia a la dictación de un Auto Acordado por la Corte Suprema, por cuanto este Tribunal “tiene facultades para dictar el Auto Acordado que estime conveniente, a fin de hacer más eficaz y más rápida la tramitación del procedimiento” (p. 26).

En la Sesión N° 216 (27-5-1976) la Mesa dio a conocer el texto provisionalmente aprobado.⁸

Explicó el señor Ortúzar que en el enunciado de las garantías tuteladas por el recurso se habían excluido aquellas que “suponen prestaciones por parte del Estado, no obstante que el señor Silva Bascuñan era de opinión de que debería haberse establecido este recurso para todas las garantías sin distinción” (p. 2).

Este mismo Comisionado formuló indicación en orden a efectuar un cambio en la frase final del precepto a fin de agregar la voz “peticiones”, por cuanto muchas veces frente a atropellos inferidos a derechos de las personas, no se recurrirá ante los Tribunales intentando acciones sino ante otros órganos mediante peticiones.

⁸ Dicho texto es el siguiente: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en el artículo 19 números 1, 3, incisos cuarto y quinto, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, inciso final, e inciso 1° de elección y la libertad de afiliación sindical, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de las acciones que procedan ante los tribunales correspondientes”.

Aun cuando el debate en torno al punto aludido no es muy explícito, pareciera que el propósito de la Comisión fue el siguiente: la existencia de otras vías para restablecer el imperio del derecho, no impiden al titular del derecho afectado que opte primeramente por el de protección y cualquiera sea la suerte de éste, quedan expeditos los demás remedios legales.

En el considerando N° 16 del Acta Constitucional N° 3 se contiene una referencia expresa a los fines de la nueva institución. En lo pertinente se señala lo siguiente: “Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección. Uno de los más trascendentales lo constituye la creación de un nuevo recurso de protección de los derechos humanos en general, con lo cual el resguardo jurídico no queda limitado al derecho de libertad personal y al recurso de amparo, sino que se extiende a aquellos derechos cuya naturaleza lo permita”.

El artículo 20 de la Constitución que regula el denominado Recurso de Protección reproduce textualmente la norma contenida en el Acta Constitucional N° 3, en lo tocante a la descripción del recurso mismo, pero por razones obvias no coincide la referencia a los derechos tutelados por él, ya que el ordenamiento de ambos textos es diferente.

Con todo, aparecen sujetos a protección dos derechos que no se encontraban cubiertos por el recurso contenido en el Acta N° 3. En efecto, se considera en el texto vigente como objeto de la tutela la “igualdad ante la ley” (N° 2 art. 19) y “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (N° 8 art. 19). Además, el precepto constitucional omite toda mención a la dictación de un Auto Acordado por la Corte Suprema para regular su tramitación y fallo.

Por último, en lo que atañe al denominado recurso de protección ambiental, cabe señalar que la reforma constitucional que introduce la Ley N° 20.050, de 2005, modificó uno de los presupuestos exigidos para su procedencia al reemplazar el requisito de que el acto fuera “arbitrario e ilegal” por “acto u omisión ilegal”, como luego se explicará.

3. MARCO NORMATIVO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

Los antecedentes históricos referidos en el acápite precedente han sido determinantes para el cabal entendimiento de esta acción constitucional.

En efecto, tanto la doctrina y la jurisprudencia coinciden en la naturaleza, características y fines que presenta el recurso de protección.

En su naturaleza jurídica se lo ha entendido como una acción específica, de emergencia, con un procedimiento rápido e informal, que requiere, por tanto, que el derecho que se dice conculcado sea “legítimo”, es decir, que se funde en claras situaciones de hecho que permitan por este especial procedimiento restablecer el imperio del derecho. De allí que se haya sostenido que es improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo que son de lato conocimiento, ya que se está frente a una acción cautelar que tiene por objeto solucionar prontamente situaciones de hecho que en un momento determinado sean alteradas, o amenazadas de serlo, por un tercero, en perjuicio de la persona que lo entabla, sin otros requisitos que actuar dentro del plazo de 15 días contados desde el acto perturbatorio, y siempre que las garantías estén especialmente protegidas por la Constitución y cuando el recurrido haya actuado ilegal o arbitrariamente.

Considerando entonces la naturaleza cautelar, no contradictoria o bilateral y sumaria del recurso, el ámbito de su aplicación se limita a aquellos actos cuya arbitrariedad o ilegalidad son evidentes.

La infracción recurrible por esta vía debe ser patente, manifiesta, grave y palmariaamente antijurídica, porque el objetivo propio y restringido de este recurso es reaccionar contra una situación de hecho, evidentemente anormal, que lesiona alguna garantía constitucional, puesto que con él se procura mantener el status quo vigente, impidiendo que las partes se hagan justicia por sí mismas, a través de conductas de hecho que alteren el orden jurídico establecido.

Lo anterior ha llevado a que se excluya de su objeto el conocimiento de controversias que exigen ser resueltas a través de un proceso de lato conocimiento.

Así, por ejemplo, se ha fallado que si la problemática envuelta en la acción cautelar ha implicado o conduce a la interpretación de normativa legal no puede ser propuesta por esta vía.

También se ha declarado que siendo la finalidad de esta acción la de restablecer el imperio del derecho frente a situaciones anormales que atenten contra alguna de las garantías que la Constitución protege, no es dable que a través de este recurso se obtenga la declaración de un derecho, mediante la interpretación que corresponde dar a un contrato.

Interesante es la contribución jurisprudencial, inicialmente vacilante, a los fines de precisar el alcance de los vocablos “arbitrario” o “ilegal”.

Se ha entendido que la arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir; falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar; ausencia

de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o aun más, inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar.

La expresión “ilegal” no presenta mayores dificultades de comprensión: un acto es ilegal cuando no se atiene a la normativa por la que debe regirse, o cuando un órgano ejerce atribuciones exclusivas en forma indebida, contrariando la ley.

Las expresiones referidas cobran especial importancia en el ámbito de las facultades discrecionales de la administración. Tal es así porque se ha reconocido que un acto que es lícito por no contrariar norma legal alguna, puede no obstante ser arbitrario al derivar del simple capricho o voluntad inmotivada de quien lo dictó o ejecutó.

En efecto, específicamente en lo referido al recurso de protección y lo contencioso administrativo cabe tener presente las siguientes consideraciones.

Las acciones u omisiones afectas a “ilegalidad” o “arbitrariedad” pertenecen al género común de las acciones antijurídicas, pero tales expresiones que están unidas por la conjunción “o” en su reconocimiento normativo en el artículo 20 de la Constitución, tienen alcances precisos y claramente diferenciados que la jurisprudencia ha puntualizado, según ya se explicó.

Tal distinción cobra especial importancia para someter a revisión judicial lo obrado por la autoridad administrativa, en especial en aquellas situaciones en que ejerce facultades discrecionales. Es decir, cuando ejerce una potestad pública no sujeta a una rígida reglamentación legal y en cuyo ejercicio el administrador goza de una mayor amplitud de acción.

Esta acción constitucional se presenta así como un medio extremadamente eficaz para detener la arbitrariedad administrativa y exigir que los agentes administradores se sometan al principio de legalidad y actúen con la prudencia, oportunidad, racionalidad y sustento técnico que resulten debidos cuando ejerzan facultades discrecionales.

Ahora bien, la existencia de adecuados procedimientos administrativos que permitan resolver en forma rápida y eficaz los conflictos entre los administrados y la administración, contribuiría fuertemente a una disminución en la interposición de recursos de protección con incidencia en materias contencioso administrativas.

El carácter taxativo de los derechos tutelados sí ha generado controversias. La practica jurisprudencial ha avanzado hacia una progresiva ampliación de los derechos constitucionales protegidos.

En efecto, estimándose afectado el derecho de propiedad sobre ciertos bienes incorporeales se ha ampliado ostensiblemente el ámbito de tutela. Así, por ejemplo, se ha declarado el derecho a la estabilidad en el “empleo, la función o el cargo”; a “ser designado” en una función o cargo determinado; a “ser ascendido o promovido” a un cargo superior; a no “ser cambiado o trasladado” de un destino o del lugar en que se prestan servicios sin causa justificada.

También se ha brindado protección indirecta a la garantía constitucional del debido proceso cuando se ha dejado sin efecto una medida disciplinaria de destitución que ha sido aplicada fuera de los casos previstos en el Estatuto Administrativo y con infracción a las normas que regulan el sumario administrativo.

Se ha llegado incluso más lejos al reconocer que el prestigio y calidad de un profesional se incorporan a su patrimonio y que sobre él se tiene una especie de propiedad, creándose de ese modo, por vía jurisprudencial, el derecho a la propia imagen aun cuando no está explícitamente reconocido o asegurado en la Constitución.

Respecto de los derechos económicos y sociales, por ejemplo el derecho a la educación, que no se encuentra incluido en la enumeración taxativa que hace el artículo 20 y que, por lo tanto, no podría tutelarse directamente a través de esta acción constitucional, se ha reconocido por vía interpretativa que el mismo es posible de asegurar relacionándolo con el derecho de propiedad. Así se ha decidido en los casos de cancelación de matrícula de los estudiantes; o cuando a estos se los ha suspendido en su actividad de alumno o incluso se les ha negado la matrícula escolar obligando al Estado a cumplir con el mandato constitucional de que la educación básica es obligatoria. A tal punto se ha llegado que han calificado como arbitraria la suspensión de actividades académicas de una alumna universitaria por el hecho de encontrarse embarazada, siendo soltera, a partir de la construcción conceptual de una especie de propiedad sobre el patrimonio estudiantil.

Con todo, no obstante el esfuerzo que por razones de equidad han hecho los tribunales para ampliar más allá del tenor literal la protección constitucional de los derechos y garantías, parece evidente que en este punto debe modificarse la actual regulación de este instituto a los fines de dar cabal cumplimiento al mandato de una tutela judicial efectiva de ellos.

En cuanto al recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe tenerse presente que el artículo 20 de la Constitución fue modificado por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 2005. La norma primitiva exigía para su procedencia la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos: a) sólo era posible interponerlo por acciones y no por omi-

siones; b) la acción debía ser calificada de ilegal y arbitraria, y c) únicamente se puede deducir en contra de una persona o autoridad determinada.

Con el objeto de ampliar la tutela que brinda el denominado recurso de protección ambiental, la enmienda referida reemplazó la expresión “acto arbitrario e ilegal” por “acto u omisión ilegal”, lo que conlleva un cambio sustancial, ya que ahora podrá interponerse esta acción en defensa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación si se afecta tanto por actos como por omisiones ilegales, eliminándose, además, el doble reproche de antijuridicidad, pues no exige acreditar, a partir de la modificación constitucional referida que la acción u omisión sea arbitraria.

Respecto a la legitimidad activa para interponerlo, tratándose de este derecho se ha resuelto que solo podrán deducirlo las personas naturales, y quien lo deduzca por sí o por medio de un tercero, debe acreditar la afectación del derecho. Por lo tanto, si bien todos los habitantes del territorio nacional que sufran una vulneración a su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación podrán interponer esta acción, pueden también accionar en defensa y protección de la colectividad quienes no sean directamente afectados, pero en tal caso deberán demandar el amparo a nombre de aquellos.

La ampliación de la cobertura de los derechos y garantías susceptibles de tutelar a través de esta vía constitucional parece un imperativo urgente a fin de ser consecuente con la naturaleza jurídica de este instituto. Si se parte del supuesto de que estamos frente a un derecho a la protección de los derechos, o derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de carácter sustantivo y no meramente adjetivo, no parece razonable dejar al margen de aquella protección a aquellos derechos o garantías que no hubieren quedado comprendidos en la enunciación taxativa formulada en la precitada disposición constitucional, pues tal selección importa en tal sentido un menoscabo o cercenamiento del núcleo esencial de aquel derecho sustantivo: a la protección de los derechos, o al derecho a la tutela judicial efectiva.

La expresión “procede sin perjuicio de otros derechos” ha generado en algunos momentos una práctica jurisprudencial vacilante.

Si bien el criterio que ha prevalecido hace procedente esta acción constitucional, aunque el ordenamiento jurídico otorgue otros recursos o acciones especiales para impugnar actos u omisiones ilegales o arbitrarios si aquellos además conculcan alguna de las garantías señaladas en el artículo 20 de la Constitución, excluyendo su procedencia sólo en el caso que el asunto o materia ya se encuentre sometida al imperio del derecho, es decir, si no se ha deducido alguno de los recursos especiales que otorgan estatutos particulares, por ejemplo los

que conceden la Ley General de Urbanismo y Construcción, las LOC del Banco Central y de Municipalidades, algunos fallos han sostenido el criterio de que al existir vías especiales de reclamación deben ser éstas utilizadas.

En cuanto a la procedencia de esta acción, si el asunto se encuentra ya sometido al conocimiento de los tribunales los criterios han sido los siguientes.

Si el asunto se radicó ya ante un tribunal ordinario, esta acción resulta improcedente porque se estima que los derechos ya se encuentran amparados en otra sede jurisdiccional y, por consiguiente, el recurso de protección no podría derogar y sustituir la intervención del órgano jurisdiccional ya legalmente reclamada. Esto, sin embargo, no excluye la posibilidad de interponer excepcionalmente esta acción en contra de resoluciones judiciales. La práctica jurisprudencial nos revela que en este caso debe tratarse de una resolución judicial ostensiblemente arbitraria o ilegal y ser ésta la vía más idónea para restablecer el imperio del derecho conculcado. Así, por ejemplo, se han acogido frente a actuaciones de un árbitro arbitrador que no ha jurado y ha practicado un emplazamiento ineficaz; o cuando en forma arbitraria e ilegal se ordena el lanzamiento del arrendatario de un inmueble subastado sin que se lo hubiere emplazado previamente. En todo caso, invariablemente se han rechazado cuando se ha pretendido por esta vía impugnar resoluciones jurisdiccionales ya recurridas.

Respecto del sujeto activo no se advierten mayores problemas: personas naturales, jurídicas y morales pueden deducirlo.

Ahora bien, en cuanto a legitimidad activa para interponer esta acción, el punto resulta más controvertido. Algunas sentencias exigen que los recurrentes sean personalmente afectados en relación a los derechos y garantías que se dicen vulnerados, y además se ha exigido que las personas que se señalan como sujetos de la protección sean determinadas y susceptibles de identificación.

Entre los presupuestos de procesabilidad de esta acción de protección, cabe mencionar la existencia de un derecho y la violación del mismo, ambos referidos a una persona determinada, porque no se concibe que una sentencia acoja una acción sin un derecho que le sirva de fundamento y que sea el antecedente de la protección que se pide.

Ciertamente debe acreditarse un interés, porque todo derecho es, en sí, un interés protegido por la ley, y si el interés falta desaparece la protección.

Asimismo, se exige una calidad o titularidad de la acción, que se denomina “legitimación activa”, porque la acción corresponde al titular del derecho o a su representante legal, como también capacidad procesal, es decir, la aptitud para actuar personalmente en juicio.

Lo anterior se pone de relieve para demostrar que el recurso de protección no constituye una acción popular, naturaleza jurídica que sí se le reconoce, por ejemplo, al recurso de amparo económico que puede ser deducido por cualquiera sin que se requiera demostrar tener un interés legítimo comprometido.

En otros términos, el derecho de recurrir se concede a quien es directamente perjudicado con el acto que atenta a una garantía constitucional; si un tercero puede también plantearlo ello no lo lleva más allá de ser un ejecutor de la voluntad de la persona a quien represente.

Con todo, las especiales características de esta acción constitucional hacen que incluso ella haya sido admitida y acogida en contra del interés externo manifestado por los sujetos en relación a los cuales el amparo o protección constitucional se ha impetrado. Esto se observa de modo particular en relación a la protección del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica en el caso de la huelga de hambre o en las situaciones en que familiares, por convicciones religiosas, se niegan a que los médicos suministren a sus pacientes transfusiones sanguíneas.

Sin embargo, transformar el recurso de protección en una acción popular conllevaría a desnaturalizar su sentido y alcance e implicaría atribuirle un fin o propósito que el constituyente jamás considero.

En cuanto al sujeto pasivo han sido objeto de recursos el Presidente de la República, autoridades políticas y administrativas, particulares, con excepción de los actos del órgano legislativo.

Respecto del Contralor General de la República, ello ha dado pábulo para que éste promueva contiendas de competencia ante el Senado que se han resuelto a favor del Contralor.

Decisión aquella discutible si se tiene presente que en Chile no hay ente alguno que pueda quedar marginado de la tutela jurisdiccional. Tanto más si el reconocimiento constitucional de una facultad no importa su correcto o sano ejercicio, y esto último puede y debe ser examinado por los tribunales, cuando así se les requiera.

Desde un punto de vista procesal se trata de una acción exenta de formalidades, pues ha sido instituida por la Constitución a objeto que los particulares reclamen de algún acto u omisión arbitrario o ilegal que vulnere sus derechos constitucionales, sin formalismos de ningún tipo que obsten a que el que se sienta perjudicado reclame.

Por ello el error en la individualización precisa de la garantía constitucional conculcada no ha sido óbice para acoger este recurso a tramitación, ya que fue creado para que cualquier persona pueda deducirlo, sin solemnidad alguna.

En cuanto al efecto de cosa juzgada que produce la sentencia recaída en un recurso de protección, deben tenerse presentes las siguientes consideraciones.

La naturaleza esencialmente protectoria de este instituto impide que este arbitrio constitucional pueda emplearse para declarar o constituir situaciones jurídicas o reafirmar hechos que no han podido ser adecuadamente acreditados o probados atendidas las particulares y excepcionales características del procedimiento a través del cual se conoce y falla esta acción constitucional.

Es por ello que, en principio, no se puede impedir que con sujeción al procedimiento idóneo las partes a futuro discutan ante el tribunal competente que declare la certidumbre de sus derechos a través, por ejemplo, de una acción declarativa.

No se divisa cómo, a través de un recurso de protección que ha sido instituido por la Constitución sin formalismo de ningún tipo, pudiera sostenerse que lo afirmado y resuelto en aquel procedimiento queda a firme o se transforma en inamovible como si fuera una verdad absoluta, máxime si luego tales mismos hechos u otros se acreditan de modo diverso a través de los medios de prueba legales ante legítimo contradictor y de conformidad a las normas del debido proceso.

La conclusión anterior se reafirma al comprobar que la agregación de antecedentes en un recurso de protección no está sujeta a las formalidades previstas en el proceso civil, como reiteradamente se ha resuelto por nuestras Cortes.

Por lo tanto, no hay duda que la discusión de los derechos que en definitiva puedan corresponder al recurrente y al recurrido en un recurso de protección debe ser materia del procedimiento pertinente, incoado mediante el ejercicio de las acciones respectivas.

En el contexto referido la sentencia dictada en un recurso de protección no produce, en principio, cosa juzgada. Máxime si ella no tiene por objeto determinar la titularidad del derecho del recurrente, lo que es propio de una acción de lato conocimiento, y su única finalidad es restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al afectado.

Con todo, y más allá del marco referencial precedente cabe tener presente que esta problemática debe ser abordada en su resolución caso a caso en función de la específica situación planteada en el recurso de que se trate, pues no

hay duda que pronunciamientos sustantivos dispuestos en favor del amparado difícilmente podrían ser revocados en sede de otras acciones si, por ejemplo, la Corte Suprema acogiendo el recurso constitucional interpuesto en contra de una autoridad administrativa declare ilegal o arbitrario un determinado decreto o resolución y en función de ello disponga la medida de protección adecuada y proporcional tendiente a restablecer el imperio del derecho.

Por consiguiente, puede decirse que la sentencia de protección sólo produce cosa juzgada formal, pero no cosa juzgada material, desde el momento que la titularidad reclamada puede ser objeto, con posterioridad, de un proceso contradictorio y de lato conocimiento.

En esta materia no parece razonable innovar normativamente en soluciones distintas a la tendencia doctrinaria y jurisprudencial reseñada.

En cuanto al plazo para ejercer la acción de protección, se computa desde la fecha en que el agraviado tiene conocimiento del acto atentatorio a sus derechos y se cuenta desde el pronunciamiento inicial del órgano correspondiente, y no desde la fecha del nuevo dictamen que reitera el anterior. Lo contrario significa que un recurrente puede alargar a su capricho el plazo fatal fijado al efecto, mediante sucesivas presentaciones sobre asuntos ya resueltos.

El plazo para recurrir tratándose de una serie de actos relacionados entre sí, que en su conjunto constituye un solo acto administrativo complejo, comienza a contarse desde que se cometió el último de ellos, lo que no obsta a la facultad del recurrente de interponerlo con motivo de cualquiera de ellos.

En cuanto a los actos de desarrollo permanente y continuo, se estima que el derecho a recurrir a través de esta vía no precluye mientras la acción ilegal o arbitraria continúe produciéndose.

Respecto de otras cuestiones procesales debe tenerse presente que la resolución que declara inadmisibile un recurso de protección no es apelable, pues de acuerdo al Auto Acordado que regula su tratamiento y fallo sólo es apelable la sentencia definitiva.

La petición de informe a los posibles causantes del agravio se estima un trámite fundamental que no se puede omitir.

Respecto a la condena en costas, siendo el recurso de protección la vía jurisdiccional más eficaz y oportuna para el logro del restablecimiento del imperio del derecho cuando éste se ha visto violentado, motivo por el cual goza de preferencia para su vista en las Cortes de Apelaciones, su utilización infundada e

irreflexiva, o como medio de propagación de ideas o tendencias, no debe aceptarse, ya que con ello entorpece la normal actividad jurisdiccional, lo que justifica la facultad de condenar en costas.

No se ha admitido la procedencia del recurso de revisión en contra de la sentencia recaída en un recurso de protección, pues si bien el artículo 810 del Código de Procedimiento Civil se refiere expresamente a la improcedencia del recurso de revisión respecto de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en los recursos de casación y revisión, una interpretación armónica del ordenamiento legal lleva a la conclusión que ella también debe entenderse referida a las sentencias dictadas por la Corte Suprema conociendo del recurso de protección.

En cuanto al recurso de apelación en contra de una resolución dictada durante la ejecución del fallo ello es procedente, ya que pueden formularse objeciones a fin que se cumpla lo que efectivamente dispone la sentencia.

4. PERFECCIONAMIENTO DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN

Teniendo como referencia lo expuesto en el acápite precedente, corresponde a continuación formular algunas propuestas tendientes a perfeccionar esta institución.

A) El plazo de caducidad para interponer un recurso de protección es de 15 días corridos y fatales, según lo establece el Auto Acordado dictado por la Corte Suprema.

El mérito constitucional de la norma que lo establece es seriamente cuestionado. Se limitaría en extremo el derecho sustantivo a la tutela judicial efectiva, que reconoce sin tal restricción el artículo 20 de la Constitución y el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

B) En cuanto al control de admisibilidad previo, sabido es que interpuesto un recurso de protección la Corte de Apelaciones respectiva examinará en cuenta si ha sido presentado dentro de plazo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de sus integrantes se dedujo extemporáneamente o si adolece de manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisibles sin más trámite mediante una resolución someramente fundada, la cual no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal que la dictó.

Muchas pueden ser las razones que motivaron la modificación del Auto Acordado en la forma reseñada. La principal, quizás, el incremento persistente, pero gradual, en la interposición de recursos de protección en las más variadas y complejas materias, lo cual aparentemente llevaría a las Cortes a ocuparse exclusivamente del conocimiento de estos recursos, por lo que para evitar el colapso en su normal funcionamiento se ha establecido este control previo de admisibilidad.

A pesar del objetivo loable y bien intencionado perseguido con esta exigencia de control previo de admisibilidad, ella, en nuestro parecer, afecta el derecho sustantivo a la tutela judicial efectiva a contar con un recurso, medio o acción que permita poner en movimiento al órgano jurisdiccional a fin de que aquél tutele o proteja a la persona que solicita amparo o en cuyo favor se reclama, ante una situación ilegal o arbitraria que menoscaba sus derechos fundamentales. Las Cortes así llamadas no pueden abdicar sin la previa y plena sustanciación de tales acciones o recursos al ejercicio de sus prerrogativas. No es pertinente que en tales casos aquéllas renuncien al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales en orden a brindar tutela o protección efectiva a quien la reclama.

En este sentido la facultad de declarar inadmisibile el recurso de protección sin darle la tramitación debida, lo que se ve agravado por cuanto tal resolución no es susceptible de recurso de apelación, importa una restricción o menoscabo al derecho sustantivo a la tutela judicial efectiva y debe tal prerrogativa de la Corte ser eliminada o eventualmente permitirse su revisión en sede de apelación.

C) En lo concerniente a su tramitación y fallo, la regulación es materia de reserva legal, no obstante lo cual resulta pertinente el ejercicio de las facultades de la Corte Suprema ante la inacción del legislador en esta materia.

D) La enumeración taxativa de los derechos y garantías tutelados carece de sentido ante la interpretación que las Cortes hacen del concepto “bien incorporal” sobre el cual luego reconocen dominio o propiedad. Todos los derechos y garantías deben ser susceptibles de amparo o protección en sede de esta acción constitucional en consonancia con el derecho sustantivo a la tutela judicial efectiva. Más aún cuando las Cortes en cada caso en particular podrán evaluar la supuesta arbitrariedad o ilegalidad causante del menoscabo del derecho constitucional.

E) Carece de sentido la particular regulación de esta acción en tutela del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Debe admitirse su procedencia conforme a las reglas generales, a pesar de la reforma introducida por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 2005.

F) La petición de informe, trámite fundamental, debe ser regulado en términos de apremiar y poder exigir sea cumplido en plazos razonables a fin de evitar que por esa vía se enerve la sustanciación del proceso constitucional.

G) El conocimiento de la apelación de la sentencia debe serlo por sala especializada a fin de evitar decisiones contradictorias. En tal sentido constituye un avance la enmienda que recientemente introdujo la Corte Suprema al Auto Acordado que regula la tramitación y fallo del recurso al disponer que será conocido por su Sala Constitucional.

H) La interposición del recurso debe ampliarse a fin de que pueda deducirse a través de cualquier medio.

I) En cuanto a la Corte de Apelaciones competente para conocer de él, ésta debe ser la del domicilio de la persona afectada.

BIBLIOGRAFÍA

Lira Herrera, Sergio. *Recurso de Protección*, edición mimeografiada. Santiago. 1984.

Pfeffer U., Emilio. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Ediar-Conosur. Santiago. 1986.

Soto Kloss, Eduardo. *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1982.