

## El recurso de protección chileno al banquillo\*

*On the Stand; Chile's Petition  
for Protection*

Andrés Bordalí Salamanca\*\*

### RESUMEN

*El presente trabajo analiza el contexto histórico y político del recurso de protección chileno, que es el equivalente, en este país, al amparo constitucional de derechos fundamentales que existe en la mayoría de los países de tradición jurídica continental. Asimismo, el trabajo aborda los efectos que para el sistema jurídico chileno en su conjunto ha comportado la introducción de un mecanismo jurisdiccional que permite una tutela urgente de derechos fundamentales, permitiendo una aplicación directa por los tribunales ordinarios de justicia de preceptos constitucionales referidos a derechos fundamentales.*

**PALABRAS CLAVE:** Amparo, recurso de protección, tutela de urgencia, derechos fundamentales, justicia constitucional, seguridad jurídica, Constitución chilena.

### ABSTRACT

*This paper examines the historical and political context of the petition for protection in Chile, which is equivalent to the constitutional guarantee of amparo fundamental rights in this country that exists in most countries of continental legal tradition. Furthermore, this study addresses the effect that the Chilean legal system has achieved as a whole allowing the introduction of a jurisdictional mechanism that enables an emergency guardianship of fundamental rights, permitting a direct application by the courts of law of constitutional precepts concerning fundamental rights.*

**KEY WORDS:** Amparo, petition for protection, emergency guardianship of fundamental rights, constitutional law, legal security, Chilean Constitution.

\* Recibido: 15 de abril de 2011. Aprobado: 30 de mayo 2011.

\*\* Profesor titular de Derecho procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile (abordali@uach.cl).

## Sumario

1. Introducción
2. Problemas para el ordenamiento jurídico sustantivo que ha generado el recurso de protección
3. Problemas para el ordenamiento jurídico procesal que ha generado el recurso de protección
4. Contexto histórico y político del nacimiento del recurso de protección
5. El recurso de protección como tutela de urgencia
  - A) Urgencia y seguridad jurídica en la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales
  - B) Derechos fundamentales y seguridad jurídica

## 1. Introducción

Los derechos fundamentales que reconoce la Constitución Política de la República chilena de 1980 (en adelante CPR), o la mayoría de ellos, reciben oportuno amparo o protección mediante el mecanismo jurisdiccional conocido como recurso de protección. Esta institución tiene reconocimiento constitucional en el artículo 20 de la CPR.

Sobre el recurso de protección se debe señalar que quizá no hay instrumento jurídico que haya calado tan hondo en la sociedad chilena. Cualquier ciudadano que por alguna situación es perjudicado en el ejercicio de sus derechos, no duda en recurrir a protección. En asuntos no penales, y donde no se persiga una indemnización de perjuicios, los ciudadanos chilenos recurren a protección antes que a los procesos ordinarios de la judicatura ordinaria. Es el gran contencioso chileno, en materias constitucionales, civiles y administrativas.

¿Cómo se explica esta situación? Ello se debe al menos a cuatro razones fundamentales. En el procedimiento de protección no se exige comparecer con abogado; tiene una tramitación mucho más rápida que cualquier otro proceso judicial; permite obtener medidas cautelares que pueden coincidir con la pretensión y, finalmente, permite pedir tutela a todo tipo de situaciones jurídicas imaginables, aunque no sean verdaderos derechos fundamentales, pero que pueden caer en un derecho fundamental a la igualdad ante la ley o en el derecho de propiedad sobre cosas corporales o incorporales. El recurso de protección se comporta como la vía de tutela judicial para todo tipo de situaciones jurídicas subjetivas de las personas.

Si las personas utilizan con mucha frecuencia este instrumento, obteniendo la mayoría de las veces la requerida tutela judicial para sus derechos, no cabe duda

que la valoración del mismo debe ser positiva, en general, la sociedad chilena y el medio jurídico nacional valoran muy positivamente al recurso de protección.

En estas páginas no quiero sumarme con nuevas loas al recurso de protección chileno, sino que quiero realizar una valoración crítica del mismo, la cual puede comprender aspectos sustanciales y procesales.

El recurso de protección, en una mirada general y a largo plazo, ha traído graves problemas para el derecho chileno; se ha producido con los años cierta desformalización del derecho, producto de la solución urgente de conflictos donde aparecen involucrados derechos fundamentales y de una excesiva aplicación directa de la Constitución por los tribunales de justicia. Por otra parte, el sistema judicial y procesal chileno se ha visto muy afectado con esta competencia atribuida tanto en primera como en segunda instancia a los tribunales superiores de justicia. Esta afectación consiste en un gran retardo en el conocimiento de los demás recursos procesales que deben conocer los tribunales superiores de justicia y, de otra parte, se ha afectado la calidad de esas respuestas que estos tribunales dan a los recursos que interponen los ciudadanos.

De acuerdo a esta situación crítica, cabe preguntarse por qué y cómo se ha llegado a ella. Una de la hipótesis que sostendré en este trabajo expresa que el recurso de protección fue creado como instrumento de lucha política, se trata de una propuesta política que quería robustecer el papel de los tribunales superiores de justicia frente a los poderes democráticos “progresistas” (Legislativo y Administrativo) de un momento determinado de nuestra historia nacional, que correspondió al gobierno socialista del presidente Salvador Allende Gossens (1970-1973).

Pero sostendré dos hipótesis más, las cuales son, en lo esencial, jurídicas, pero están claramente influenciadas por el problema político señalado en la primera hipótesis. La primera de estas hipótesis jurídicas señala que la alteración del orden jurídico con el recurso de protección se debió a que intentó sustituir tanto a la legislación procesal civil como a la procesal administrativa en materia de tutela jurisdiccional urgente de derechos. La segunda de estas hipótesis jurídicas sustenta que con el recurso de protección no se pensó en un instrumento que contribuyera a conformar la dogmática constitucional de los derechos fundamentales, asegurando a su vez el valor seguridad jurídica, sino que sólo se buscó urgencia de la respuesta jurisdiccional como alternativa a la autotutela. Todo ello, como veremos, se obtuvo pagando un enorme costo en términos del funcionamiento global del sistema jurídico chileno.

La maduración de nuestro Estado de derecho debe llevar a encomendar a los tribunales ordinarios de base la tutela de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional debe encargarse de unificar los criterios jurisprudenciales en ma-

teria de derechos fundamentales. El recurso de protección, tal como se encuentra regulado y funciona al día de hoy, ya no se justifica.

En las páginas siguientes intentaré justificar esas hipótesis, para lo cual me referiré, primeramente, a los problemas sustantivos que se han producido con el recurso de protección, para posteriormente analizar aquéllos de carácter procesal. A continuación abordaré el contexto histórico y político del nacimiento del recurso de protección. Para finalizar, estudiaré si las denominadas tutelas de urgencia son trasladables al campo del proceso constitucional de las libertades y cómo se compatibilizan con la seguridad jurídica.

## **2. Problemas para el ordenamiento jurídico sustantivo que ha generado el recurso de protección**

Desde el punto de vista sustantivo, hay que decir que el recurso de protección ha sido una vía para la vulgarización de nuestro derecho, producto de la escasa densidad normativa que tienen los derechos fundamentales, ya que ni la Constitución ni la ley han colmado su contenido, y los tribunales de justicia han terminado por configurarlos normativamente. Se ha procedido así a desformalizar nuestro derecho, construyendo una jurisprudencia en la materia basada en la pura equidad para el caso concreto y no siempre en derecho.

A lo anterior se suma el problema de la “propietarización” de los derechos, que ha abierto el recurso prácticamente a todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y no a los que expresamente el constituyente consideró dentro de esta tutela privilegiada (artículo 20 de la CPR). En otros casos, la “propietarización” de los derechos ha permitido dar tutela urgente a posiciones jurídicas subjetivas que poco o nada tienen que ver con auténticos derechos fundamentales. Casos como el término de un contrato de arriendo o el pago de una prestación de salud, objeto de un contrato de salud privado, llegan a conocerse vía protección, aduciendo por el recurrente que se ha vulnerado la “propiedad” que tiene sobre los derechos que emanan de esos contratos.

Por otra parte, las decisiones judiciales de protección han impedido formar una dogmática constitucional consistente, afectando con ello la seguridad jurídica en materia de derechos fundamentales. Una tutela urgente y provisional de los derechos fundamentales, que es la que otorga el recurso de protección, se mostraría incapaz de contribuir a consolidar una dogmática constitucional en nuestro país.

### 3. Problemas para el ordenamiento jurídico procesal que ha generado el recurso de protección

Procesalmente, este recurso ha significado una alteración a toda la organización jurisdiccional chilena. En primer lugar, ha subvertido el principio fundamental en materia judicial, que señala que el ciudadano tiene la posibilidad de recurrir en primera instancia al tribunal más cercano posible, idealmente ubicado próximo a su vecindario, pueblo o ciudad. Y si se trata de la tutela de derechos fundamentales, los bienes jurídicos más preciados por nuestra sociedad, con mayor razón, ese ciudadano debería pedir tutela al tribunal que le sea más cercano territorialmente. No parece justificable haber encomendado a una Corte de Apelaciones la competencia, en primera instancia, del recurso de protección, estas cortes se encuentran lejos del ciudadano común; en las grandes ciudades se encuentran situadas lejos de los barrios, y en los pueblos y zonas rurales significará que el afectado o su abogado tengan que trasladarse a otra ciudad, dificultando y encareciendo de este modo el acceso a la justicia.

Por otra parte, encomendarle a las cortes de apelaciones la competencia, en primera instancia, de estos procedimientos es distraerlas de su competencia natural, la cual es fallar dentro de un plazo razonable los recursos de apelación. La experiencia en nuestro país indica que las cortes dedican mucho tiempo a las protecciones, descuidando el conocimiento oportuno y adecuado de las apelaciones.

Pero hay más. Tenemos a nuestra Corte Suprema fallando una enorme cantidad de apelaciones en materia de protección, dejando de lado su tarea principal, que es fijar la correcta interpretación de la ley mediante el recurso de casación. Y si tenemos una Corte de Casación que no conoce oportuna ni adecuadamente los recursos de casación, no está cumpliendo entonces adecuadamente con su cometido esencial.

Más aún, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema han rivalizado en ocasiones con el Tribunal Constitucional en la interpretación configurativa de los derechos fundamentales, lo que claramente afecta la seguridad jurídica dentro de un Estado de derecho.

60

A todo lo anterior podemos agregar que la regulación del recurso de protección mediante un auto acordado viola el principio de legalidad en materia procesal. Por otra parte, ese auto acordado desconoce el derecho fundamental a un debido proceso de los justiciables, al no reconocer el derecho de defensa de los recurridos.

A continuación examinaré las causas y la manera en que nace en el derecho chileno el recurso de protección.

#### 4. Contexto histórico y político del nacimiento del recurso de protección

Los instrumentos jurídicos responden a necesidades políticas, morales, sociales y económicas de un momento determinado. El recurso de protección se inscribe en esa dinámica.<sup>1</sup> Sin la experiencia del gobierno socialista de Salvador Allende lo más probable es que hasta el día de hoy no habríamos conocido nada similar a este procedimiento. El recurso de protección nace en el contexto de la vía chilena hacia el socialismo, impulsada por el gobierno de la Unidad Popular entre 1970 y 1973.<sup>2</sup>

Frente a un proceso político de socialización de los medios de producción impulsado por Allende desde 1970, un grupo de parlamentarios de derecha<sup>3</sup> comienza a discutir sobre la necesidad de frenar urgentemente a la administración del Estado ante los tribunales de justicia.

La realidad es que el recurso de protección no fue ideado para dar tutela a todos los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que se pensaba fundamentalmente en tutelar urgentemente la propiedad privada,<sup>4</sup> pero tampoco se ideó contra toda persona que vulnerara ese derecho de propiedad, sino sólo contra la administración del Estado.<sup>5</sup> Las primeras ideas sobre este recurso están muy ligadas a la necesidad de contar con un contencioso-administrativo urgente

<sup>1</sup> Un sector de nuestra doctrina constitucional coincide en señalar que el recurso de protección nace de una determinada crisis política, como lo fue la del gobierno de la Unidad Popular. Véase, últimamente, PFEFFER, E. "La acción constitucional de protección y su regulación: situación actual y prospectiva", en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 2, No. 1, 2004, p. 160.

<sup>2</sup> En el constitucionalismo chileno del siglo XIX también se hablaba de la protección de los derechos fundamentales, por lo que en rigor el amparo o protección de derechos fundamentales nace antes del conflicto político de 1970. Sin embargo, en cuanto al ámbito de los derechos fundamentales objeto de protección, tribunales competentes, tipo de procedimiento y efectos de la sentencia, el recurso de protección no tiene antecedentes directos en nuestro derecho patrio. Para un análisis histórico de la protección de los derechos fundamentales en Chile remito al trabajo de ZÚÑIGA, F. "Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX", en *Gaceta Jurídica*, No. 198, diciembre de 1996, *passim*.

<sup>3</sup> Me refiero al proyecto de reforma constitucional de 1972 de los diputados Diez y Arnello, repuesto un año más tarde por los senadores Diez y Jarpa.

<sup>4</sup> Los empresarios, comerciantes y agricultores durante el periodo 1970-1973 tuvieron que luchar contra tres tipos de actividades de la administración que afectaban sus propiedades: expropiaciones, intervenciones y requisiciones. Sobre el particular véase MILLAR, J. "Alcance del control de legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XI, diciembre de 2000, pp. 82-94.

<sup>5</sup> Al menos así figuraba en la primera propuesta elaborada por el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. En la propuesta posterior de los profesores Jaime NAVARRETE y Eduardo SOTO KLOSS, el recurso de protección asume una perspectiva mucho más amplia, ya que se podía interponer no sólo contra la administración del Estado, sino también contra particulares, Poder Judicial, Congreso Nacional, etcétera. En definitiva, contra "quienquiera" que fuera el que vulnerara un derecho fundamental, por lo que asume una dimensión más amplia que el de un contencioso-administrativo.

para dar tutela a la propiedad, un instrumento para frenar a la administración socialista de Allende.

También se pensó que se podría utilizar para derechos sensibles políticamente, sobre todo en esa época, como lo son el derecho de reunión y de opinión, derechos cuyo ejercicio efectivo resultaba esencial para la oposición política y que podían ser amagados por esa misma administración. Con el tiempo se amplió su uso, siendo útil para resolver los conflictos no sólo entre los privados y la administración del Estado, sino entre los propios privados.

Hasta antes de los años setenta del siglo pasado no había habido mucha necesidad de contar con un contencioso-administrativo para hacer frente al poder abusivo de la administración del Estado, no sólo no se tenía un proceso administrativo de carácter urgente, sino que ni siquiera existían vías contencioso-administrativas ordinarias. Bajo la Constitución de 1925 jamás se crearon los tribunales de lo contencioso-administrativo como anunciaba el artículo 87 de esa carta. Así, ante esa inexistencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo, para algunos no existía simplemente la posibilidad de controlar a la administración del Estado ante los tribunales de justicia, para otros, a falta de los tribunales de lo contencioso-administrativo, eran los tribunales ordinarios los llamados a dar esa tutela.<sup>6</sup>

Como sea, la experiencia política chilena indica que hasta antes de 1970 la administración del Estado no había representado un verdadero peligro para los derechos de los ciudadanos, específicamente para la propiedad de los medios de producción, sin embargo, aun si pensamos que los jueces ordinarios eran competentes bajo la carta de 1925 para conocer del contencioso-administrativo, es deber indicar que el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) no contenía ninguna vía procesal adecuada para hacer frente, con cierta urgencia, a una violación de derechos, sino que únicamente existían los interdictos posesorios o juicios sumarios, que tutelaban exclusivamente el hecho de la posesión de bienes inmuebles. La alternativa habría sido utilizar el juicio ordinario y quizá intentar, dentro de él, una medida cautelar innominada que autoriza el artículo 298 del CPC, sin embargo, tanto en el pasado como hasta hoy, esas medidas cautelares innominadas se han utilizado mínimamente, debido a una reticencia tanto de los abogados como de los jueces.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Véase Soto Kloss, E. "Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia", en *Revista de Derecho Público*, No. 21-22, 1977, pp. 233-249.

<sup>7</sup> Juan Carlos MARÍN atribuye la escasa utilización en Chile de las medidas cautelares innominadas a su prácticamente nula regulación legal, al escaso tratamiento doctrinal y a la falta total de una jurisprudencia configuradora de la institución. Cfr. MARÍN, J. C. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 465 y 466.

Por otra parte, utilizar las vías ordinarias habría significado solicitar la tutela a un juez de letras, con posibilidad de apelar ante una Corte de Apelaciones, y sólo vía casación llegar ante la Corte Suprema. Con la regulación que finalmente se le dio al recurso de protección en el acta constitucional No. 2 de 1976 se atribuyó esa competencia a los tribunales superiores de justicia. La explicación para encomendar en definitiva a esos tribunales el conocimiento del recurso de protección, y no a los jueces de base, era que se necesitaba de un tribunal de mayor categoría y conocimiento jurídico, puesto que ese órgano contaría con facultades muy amplias para otorgar el amparo requerido.<sup>8</sup> Un juez de letras significaba un tribunal unipersonal y con poca experiencia en el ejercicio jurisdiccional, por lo que no era adecuado para ejercer tan amplias facultades.

Más allá de ser absolutamente cuestionable esta explicación técnica sobre el sentido de alterar radicalmente el cuadro de competencias de nuestros tribunales de justicia, creo que hay una justificación política en esta decisión. En efecto, como se trataba de hacer frente a una administración del Estado activa (el gobierno socialista de Salvador Allende), que intentaba profundizar en un proceso de socialización de los medios de producción, ya sea mediante expropiaciones, intervenciones, requisiciones o tomas materiales de bienes, es plausible suponer que era más apropiado que fueran los tribunales superiores de justicia los encargados de controlar la actividad administrativa. Era especialmente relevante que la Corte Suprema controlara los actos de la administración por medio de un recurso ordinario, como lo es la apelación, y no mediante un recurso extraordinario y de derecho estricto como lo es el recurso de casación en el fondo, que le daba poco margen de maniobra y la imposibilidad de conocer de cuestiones fácticas. La Corte Suprema debía tener la última palabra en la tutela de los derechos fundamentales, con la posibilidad de conocer además ampliamente de la cuestión debatida, en este sentido, era conveniente que figurara como tribunal de apelación (tribunal de hechos y de derecho) y no de casación (tribunal de derecho).

Era muy relevante encargar a la Corte Suprema la tutela de los derechos fundamentales vía apelación, porque ésta, en los primeros años de la década de los setenta, se había manifestado en un par de ocasiones contrariando al gobierno socialista.<sup>9</sup> Para la oposición política conservadora era importante contar con el

<sup>8</sup> Así lo manifestó en Comisionado Ortúzar en la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución. Véase este punto en SOTO KLOSS, E. *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 45.

<sup>9</sup> Véase, a modo de ejemplo, el Acuerdo de la Corte Suprema del 12 de abril de 1973, bajo la presidencia de don Enrique Urrutia Manzano enviado al presidente de la República. En ese acuerdo el Pleno de la Corte Suprema representa duramente al presidente de la República la actitud asumida por el intendente de Santiago, al no despachar la fuerza pública para desocupar una propiedad agroindustrial, como lo había ordenado un tribunal de justicia.

apoyo de la Corte Suprema en la defensa de la propiedad de las empresas y otros derechos.

La atribución de la competencia para conocer de las pretensiones de protección a tribunales superiores de justicia y, por otra parte, el hecho de no dar espacio a un contradictorio en él denotan una impronta elitista y autoritaria en la institución que ampara los derechos de las personas en el derecho chileno. La catalogamos de elitista en el sentido que arrancó la competencia del juez que debía ser naturalmente competente –el juez de letras– para dárselo a los tribunales superiores de justicia, que son aquellos que se encuentran territorialmente más alejados de las necesidades y el sentir del ciudadano común. ¿Cómo se justifica que un ciudadano de Punta Arenas, la zona más austral de país, tenga que apelar ante un tribunal de Santiago (a 2000 kilómetros de distancia) una decisión de un tribunal de justicia que no ha dado tutela a sus derechos fundamentales? Eso se acerca bastante a la denegación de justicia. Está claro que sólo pueden apelar y sustentar adecuadamente su defensa ante la Corte Suprema quienes tengan los medios económicos para hacerlo, para el resto, el acceso a la justicia sólo es un *flatus vocis*.<sup>10</sup>

Es autoritario porque el diálogo procesal fue desterrado casi absolutamente de él, haciendo de las cortes de apelaciones un juez inquisidor con amplios poderes para llevar adelante el proceso y encontrar por sí toda la verdad.

Especial gravedad reviste el hecho que este tribunal elitista y autoritario, como lo es el de protección, haya desplazado a los jueces civiles de base en el conocimiento y fallo de las disputas entre particulares, asimismo, se ha constituido en el tribunal administrativo por antonomasia.

En definitiva, podemos concluir que el recurso de protección nació bajo determinadas coordenadas políticas (de guerra fría en el plano local), hoy en día completamente diferentes. Si ello es así, ¿no será aconsejable normalizar nuestra tutela jurisdiccional de urgencia de los derechos fundamentales encomendando tal misión a los jueces civiles y a los jueces que controlan ordinariamente a la administración del Estado? Los procesos civiles y los administrativos, si cuentan con adecuadas medidas cautelares, podrían dar una mejor tutela a los derechos fundamentales que la que están otorgando hoy en día en Chile los tribunales superiores de justicia vía recurso de protección.

<sup>10</sup> Se podrá decir que en los países que tienen un amparo de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional (Alemania, España, etcétera) sucede lo mismo que en Chile. Sin embargo, hay una gran diferencia, ya que en los países que tienen el amparo constitucional de derechos fundamentales, éste funciona subsidiariamente a las vías ordinarias, por lo que el ciudadano habrá podido obtener previamente tutela del tribunal de base, con la posibilidad de apelar de su decisión ante la Corte de alzada respectiva, es decir, se trata de dos instancias ante tribunales que le son a ese ciudadano territorial y económicamente accesibles. Luego le queda la vía más lejana de la casación y al final la vía ante el Tribunal Constitucional.

## 5. El recurso de protección como tutela de urgencia

En materia de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, la doctrina nacional y comparada adopta por lo menos tres tipos de actitudes en relación con la procedencia de medidas de urgencia, la más común en el medio jurídico chileno es la que sostiene que, tratándose de derechos fundamentales, dicha tutela debe darse por medio de un proceso constitucional urgente de tipo cautelar.<sup>11</sup> El amparo de derechos fundamentales ante las cortes de apelaciones viene a ser prácticamente la única posibilidad eficaz de dar tutela jurisdiccional al titular del derecho fundamental vulnerado.

Otro sector de la doctrina chilena señala que no es posible dar tutela adecuada a los derechos fundamentales mediante un proceso urgente como lo es el recurso de protección.<sup>12</sup>

Una tercera posición proviene del derecho comparado, se trata de una posición intermedia. Podemos incluir en ésta la tesis del profesor español Ignacio Díez-PICAZO, quien sostiene que la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales puede otorgarse vía proceso de urgencia, como un proceso de tipo sumario, pero nada impide que el proceso ordinario dé una adecuada tutela a tales derechos. Lo esencial en este último caso será que se dicten dentro de esa vía ordinaria las medidas cautelares que aseguren la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, de tal modo, los derechos fundamentales pueden pero no deben, necesariamente, tutelarse vía tutelas de urgencia.<sup>13</sup>

Lo que debe ser analizado con más detalle es si una tutela de urgencia como el recurso de protección permite asentar jurisprudencia sobre derechos fundamentales. A eso me referiré a continuación.

### *A) Urgencia y seguridad jurídica en la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales*

Gastón GÓMEZ, en Chile, ha planteado que los derechos fundamentales que reciben tutela por medio del recurso de protección no son meros derechos subjetivos, como los que habitualmente tutela la jurisdicción común u ordinaria, sino

<sup>11</sup> Por todos véase CEA, J. L. *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, 1999, pp. 41 y 42; 162 y 165.

<sup>12</sup> Véase GÓMEZ, G. *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Ediciones Universidad Diego Portales-Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2005, pp. 19 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. Díez-PICAZO, I. "El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo", en OLIVA DE LA, A. y Díez-PICAZO, I. *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 132 y ss.

que corresponden a derechos públicos subjetivos, lo que significa que tienen una dimensión pública, se trata de posiciones jurídicas que corresponden a todo ciudadano, así, la tutela jurisdiccional de este tipo de derechos no puede tener sólo un alcance o valor individual para quien recurre. “Ello sería lesionar la finalidad pública y racional —es decir, igualitaria y discernible— que subyace a la Constitución”.<sup>14</sup> Y agrega que “tal vez debemos invertir la manera de pensar el problema y decir: se ampara o tutela en el Recurso de Protección a un individuo lesionado en una posición consagrada por un enunciado constitucional que confiere un derecho fundamental”.<sup>15</sup> Todo ello se traduciría en que las decisiones judiciales sobre derechos fundamentales no pueden tener una naturaleza cautelar provisional, puesto que se desvanece la dimensión pública e institucional de los derechos fundamentales.

Por el contrario, a juicio de GÓMEZ, estas decisiones judiciales han de gozar de grados significativos de invariabilidad en el tiempo. Desde luego la sentencia dictada a tales efectos debe producir efectos de cosa juzgada material, de lo contrario sería imposible construir una dogmática constitucional.

Agrega que si se trata de tutelar urgentemente los derechos fundamentales, para ello están las vías ante la jurisdicción común, que en el fondo eso es lo que ha estado haciendo el recurso de protección, se ha comportado relativamente bien, como una vía ordinaria o común más, por lo tanto, si se trata de tutelar derechos fundamentales es necesario —agrega GÓMEZ— crear otro tipo de procedimiento jurisdiccional que permita efectivamente crear una dogmática constitucional de los derechos fundamentales. Dicho procedimiento debería proceder contra todos los poderes públicos, incluido el Poder Judicial, siendo el Tribunal Constitucional<sup>16</sup> el órgano natural para conocer de un procedimiento de este tipo.

Las violaciones a derechos de las que se ha hecho cargo el recurso de protección en estos últimos casi treinta años, a juicio de GÓMEZ, deben tener una respuesta expedita por parte de los tribunales de justicia comunes, para ello —propone— deberían mejorarse las medidas precautorias, o crearse una especie de *référé* francés o acciones de tipo *Injunctions* del derecho inglés, en tanto que para las cuestiones administrativas, agrega, deberían crearse tribunales administrativos con competencia para conocer de ellas.<sup>17</sup>

En esta parte, agrega Gastón GÓMEZ, el recurso de protección fue mal diseñado, puesto que al día de hoy no ha logrado clarificar si es un sustituto de la

<sup>14</sup> GÓMEZ, G. *Derechos fundamentales y recurso de protección*, cit., p. 21.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 57.

jurisdicción común o es derechamente una acción constitucional para la tutela de derechos fundamentales.<sup>18</sup>

Se puede concluir, de lo expuesto por GÓMEZ, que la tutela de derechos fundamentales no puede realizarse vía procesos de urgencia, sin embargo, el autor no expresa qué tipo de procedimiento debería ser creado por el legislador para que el Tribunal Constitucional otorgue una verdadera tutela a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, Eduardo Aldunate propone una visión diferente del significado del recurso de protección, que es la de un procedimiento urgente cautelar. Su tesis<sup>19</sup> sostiene que en la práctica este recurso constitucional no se ha comportado como un procedimiento cautelar, sino que resuelve en la mayoría de los casos el fondo del asunto debatido con un carácter definitivo. De este modo, señalaba años atrás el mismo autor, la judicatura ordinaria termina en muchos casos por formular una norma constitucional secundaria que se incorpora al orden jurídico,<sup>20</sup> y como es fácil de comprender, poco o nada tiene que ver todo aquello con la tutela cautelar. Agrega que aunque esto no fuera así, es decir, reconociendo que en algunos casos haya podido actuar como un mecanismo cautelar,<sup>21</sup> especialmente en los conflictos entre particulares, entonces dicho recurso actúa violando dos pilares fundamentales del Estado de derecho, como son el debido proceso y el principio de responsabilidad.

La violación del debido proceso, a su juicio, se explica porque en los conflictos entre particulares el asunto debatido en el recurso de protección se trata de una acción u omisión de un particular que, supuestamente, ha perturbado, amenazado o privado a otro sujeto del legítimo ejercicio de sus derechos, en otras palabras, ello se puede explicar señalando que el ejercicio de la libertad de un particular produce los efectos que se pretenden enervar mediante el recurso, y si la Corte de Apelaciones acoge la pretensión de protección, el tribunal dispondrá una medida que se dirigirá contra la libertad del recurrido, por lo que esa libertad será amagada sin contradictorio, sin término probatorio y, en definitiva, sin un periodo de discusión que permita una adecuada defensa de las libertades y derechos del recurrido que la Corte de Apelaciones ha calificado de arbitrarias

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>19</sup> Cfr. ALDUNATE, E. "La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. xx, 1999, pp. 239 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. ALDUNATE, E. "Interpretación constitucional y decisión política", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. xv, 1993-1994, p. 59.

<sup>21</sup> No voy a discutir en esta sede si el recurso de protección tiene o no naturaleza cautelar. Negando la naturaleza cautelar me he pronunciado en varios trabajos anteriores. Por todos véase mi trabajo: "El recurso de protección como proceso de urgencia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, No. 2, 2004, pp. 285-287.

o ilegales,<sup>22</sup> lo cual viola tanto el derecho al debido proceso del recurrido, cuyo ejercicio de su libertad ha sido cuestionada, como —a juicio de este autor— el principio de responsabilidad, puesto que el recurso transgrede la lógica tradicional del Estado de derecho, que consiste en atribuir a los ciudadanos, en principio, una libertad ilimitada, que sólo encuentra sus límites cuando expresamente los ha previsto el ordenamiento jurídico, que en este caso los articula como responsabilidad emergente para el infractor de una disposición.

Las Cortes de Apelaciones, en cuanto al recurso de protección, a juicio del profesor de Valparaíso, funcionan contra este principio de responsabilidad, ya que se encargan, en muchos casos, de prevenir el mal uso de la libertad, restringiéndola, por lo que en muchos casos funciona en la lógica del Estado de policía antes que un Estado de derecho.<sup>23</sup>

Para hacer compatible el recurso de protección con el respeto del debido proceso y el principio de responsabilidad, ALDUNATE propone una particular comprensión de la función cautelar del recurso, se trata de que asuma la función que cumple el hábeas corpus, donde el tribunal no hace “un examen de fondo sobre la vigencia final del derecho amagado, sino de la forma en que se produce una perturbación, privación o amenaza del mismo, y la situación en la que debe quedar el titular del mismo para defenderlo”.<sup>24</sup> Por tanto, se trata de darle a la Corte de Apelaciones el poder para mantener un status quo, de decidir —expresa— un “atrás sin golpes” del boxeo, para que los involucrados en una controversia puedan solucionarla luego por los medios jurídicamente idóneos.<sup>25</sup>

De lo señalado por ALDUNATE, podemos deducir que no es necesario realizar los cambios que propone Gastón GÓMEZ. No sería necesario crear procedimientos de urgencia ante los jueces comunes, así como tampoco un procedimiento especial que permita construir una dogmática de los derechos fundamentales, sino que la urgencia cautelar la darían las cortes de apelaciones con los recursos de protección y la seguridad jurídica, lo que se lograría por medio de las decisiones judiciales de los jueces comunes de base con los procedimientos ordinarios o los que el legislador disponga.

Respecto a estas propuestas, hay que señalar que el recurso de protección chileno no nació para dar una tutela a los derechos fundamentales de los ciudadanos en el marco del valor seguridad jurídica, sino que lo hizo, fundamentalmente, para dar tutela urgente a un derecho patrimonial como lo es el derecho de propiedad, cuya caracterización estaba y sigue estando más o menos bien de-

<sup>22</sup> Véase ALDUNATE, E. “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, *op. cit.*, p. 239.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>25</sup> *Idem*.

finida por nuestro derecho, así como por la cultura jurídica chilena y comparada. Con el tiempo, y alejándose del fin político por el cual fue inicialmente diseñado, comenzó a ser utilizado para dar tutela a otros derechos fundamentales cuyos contornos no están precisados por el ordenamiento jurídico ni por la cultura jurídica,<sup>26</sup> y fue a partir de ese momento que la utilización de este instrumento comienza a generar problemas en nuestro sistema jurídico, ya que son los jueces, en muchas situaciones, los que configuran particularmente, bajo un procedimiento de urgencia muy breve, el contenido de esos derechos fundamentales.

El recuso de protección, tal como se encuentra regulado al día de hoy, sólo se muestra parcialmente apropiado a la hora de tutelar derechos patrimoniales como el de propiedad,<sup>27</sup> sin embargo, no resulta propicio como vía general de tutela de derechos fundamentales.

A mi modo de ver, para que los derechos fundamentales puedan tutelarse correctamente es indispensable una doble mediación. En primer lugar, se requiere que el legislador especifique o colme el ámbito material de los derechos fundamentales, esa función, dentro de un Estado constitucional de derecho, debe ser realizada por el legislador democrático y no por los jueces, como sucede actualmente con el recurso de protección.<sup>28</sup> Como ejemplo de esto podemos ver lo que ha sucedido en materia del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 No. 8 de la CPR). Desde los primeros años de vigencia de la Constitución de 1980 eran los jueces de protección quienes definían lo que había de entenderse por medio ambiente y su contaminación. Después de 1994, fecha de promulgación de la Ley de Bases del Medio Ambiente, comienzan a darse conceptos normativos (legales y reglamentarios) acerca de estos temas, que son los que, en definitiva, configuran el derecho fundamental en cuestión. A mi juicio, desde 1994 en adelante hay más posibilidades de dar protección jurisdiccional a este derecho fundamental en el marco de un Estado constitucional de derecho, con respeto del valor seguridad jurídica.

En segundo lugar, se requiere una mediación en el sentido de que el legislador entregue a los jueces comunes de base la competencia para conocer de las solicitudes de tutela de los derechos fundamentales, la cual puede realizarse por las vías ordinarias existentes o las ordinarias que predisponga el legislador a tal efecto. Ahora bien, si realmente concurren los presupuestos del *fumus boni iuris*

<sup>26</sup> Andrés JANA señala que en los derechos fundamentales el núcleo relativo al interés protegido por el derecho es muy difuso, especialmente cuando esos derechos inciden sobre relaciones entre particulares. Cfr. JANA, A. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 66.

<sup>27</sup> No voy a cuestionar en esta sede si el derecho de propiedad es un verdadero derecho fundamental, cuestión a la que ya me referido en otras oportunidades. Véase mi libro *Temas de derecho procesal constitucional*, Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2003, pp. 84 y 85.

<sup>28</sup> Véase JANA, A. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 69.

y *periculum in mora*, deberán crearse instrumentos cautelares específicos o un poder cautelar general en manos de los jueces que permita conservar el derecho, mantener el status quo o incluso anticipar la decisión acerca del fondo. Todo ello supone introducir reformas tanto a la Constitución como a determinados cuerpos legales. Esa modificación constitucional y legal significa suprimir la competencia de las cortes de apelaciones para conocer del recurso de protección (artículo 20 de la CPR), traspasando esa competencia a los jueces de letras y a los tribunales que conozcan del contencioso-administrativo, atribuyéndoles específicos instrumentos de tutela de urgencia, cautelar o no cautelar. Ésa es la propuesta que a mi modo de ver normaliza de mejor modo el sistema de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales en el derecho chileno. Tiene, claro está, el inconveniente de la irrealidad política que supone modificar la Constitución.

Si atendemos al criterio del realismo político, hay posibilidades de cambiar el funcionamiento del recurso de protección, las cuales no implican modificaciones constitucionales ni legales. Eso pasaría por asumir una posición cautelar más restringida del recurso, que lo visualiza sólo como un instrumento capaz de mantener un status quo. En este caso, el Recurso de Protección jamás se pronunciaría sobre cuestiones de fondo sobre el derecho fundamental amagado, sino sólo un pronunciamiento formal, como alternativa a la autotutela, acerca de cómo se ha producido una vulneración del derecho, se trata del “atrás sin golpes” que propone Aldunate. Como no hay pronunciamiento respecto al fondo, si el interesado quiere obtener una respuesta jurisdiccional, en ese sentido, deberá recurrir a las vías que el ordenamiento jurídico disponga, que, a falta de otras, será hoy en día el procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil (artículo 3o.).

Esta interpretación, si bien no permite solucionar el problema de la alteración de competencias que supone hacer de las Cortes de Apelaciones tribunales de primera instancia y de la Corte Suprema un tribunal de apelación, sí puede solucionar los otros problemas que se han denunciado en este trabajo. No obstante, la seguridad jurídica reclama otras medidas. Hará falta una mayor coordinación entre los tribunales de justicia con competencias para tutelar los derechos fundamentales.

#### *B) Derechos fundamentales y seguridad jurídica*

Cualquiera que sea la solución que se adopte, según el análisis efectuado precedentemente, hace falta, adicionalmente, un instrumento que permita construir una dogmática clara sobre los derechos fundamentales. A mi juicio, las decisio-

nes sobre el contenido de los derechos fundamentales deberían ser unificadas bajo la dirección del Tribunal Constitucional, esta tarea de unificación de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales debería ser hoy en día tarea del Tribunal Constitucional y no de la Corte Suprema,<sup>29</sup> porque se necesita crear un proceso ante el Tribunal Constitucional tipo amparo constitucional, que es la vía utilizada en países como España para “asegurar el sometimiento de los jueces y los tribunales ordinarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.<sup>30</sup> Hablamos de algo similar a una casación constitucional.<sup>31</sup>

Se podría idear no una casación por violación de la Constitución, que daría lugar a miles de recursos al año y, por tanto, sobrecargaríamos innecesariamente al Tribunal, sino, en esta materia, un recurso de casación en caso de violación de la doctrina del Tribunal Constitucional; un “recurso de casación para la unificación de la doctrina constitucional”. En este caso, el Tribunal Constitucional estaría facultado para anular las sentencias de la judicatura ordinaria (de la Corte Suprema fundamentalmente) que violen su doctrina en materia de derechos fundamentales, sólo así estaremos en condiciones de construir una verdadera dogmática constitucional de los derechos fundamentales.

Son estas las propuestas que permitirían dar tutela urgente a los derechos fundamentales pero valorando la seguridad jurídica. ■

<sup>29</sup> En este sentido, esta propuesta coincide parcialmente con lo sostenido por Eduardo Soto Kloss en cuanto a que en materia de amparo de derechos fundamentales se hace indispensable unificar las decisiones de los tribunales de justicia. Este autor plantea que dicha labor le corresponde a la Corte Suprema, la que debe figurar como Supremo Tribunal de Justicia de la República y no como un mero tribunal de instancia. Sin embargo, sostengo que hoy en día la unificación jurisprudencial y, por ende, la seguridad jurídica, se garantizan de mejor modo si la unificación jurisprudencial se le encomienda al Tribunal Constitucional y no a la Corte Suprema. En materia de justicia constitucional, el Supremo Tribunal de Justicia de la República debe ser el Tribunal Constitucional. Para la tesis de Eduardo Soto Kloss remito a su libro *El recurso de protección...*, *cit.*, p. 302.

<sup>30</sup> ARAGÓN, M. “Problemas del recurso de amparo”, *La reforma del recurso de amparo*, en PÉREZ TREMPES, P. (coord.), Instituto de Derecho Público Comparado-Universidad Carlos III de Madrid-Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 160.

<sup>31</sup> En la doctrina española se discute si el amparo constitucional funciona con una lógica casacional. Manuel ARAGÓN participa de esa posición, ya que ve en el Tribunal Constitucional al máximo intérprete de los derechos fundamentales, con facultades para casar y revisar las sentencias de la jurisdicción ordinaria. *Cfr.* ARAGÓN, M. “Problemas del recurso de amparo”, *op. cit.*, pp. 148 y ss. Otros autores no concuerdan con esta caracterización. Carles VIVER I PI-SUNYER señala que el amparo no está actuando en el derecho español como un recurso de casación o de revisión universal, con duplicación de actividades judiciales sino que sólo funciona parcialmente con ese carácter tratándose del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 Constitución española), pero no respecto de los demás derechos. *Cfr.* VIVER I PI-SUNYER, C. “Diagnóstico para una reforma”, en PÉREZ TREMPES, P. (coord.), *La reforma al recurso de amparo*, Instituto de Derecho Público Comparado-Universidad Carlos III de Madrid-Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 31 y ss. Francisco RUBIO Y LLORENTE señala que el amparo no tiene como razón de ser la fijación de la doctrina constitucional, aunque efectivamente también es instrumento para ello. Su objeto principal es la protección de los derechos fundamentales restableciendo en su ejercicio a aquel que se vio privado de él. Por ello, la lógica de la anulación y la posterior retroacción puede ser útil en algunos casos para dar tutela al derecho amagado, pero en otros supuestos no lo será. Cuando se trate de dar tutela a derechos fundamentales sustantivos por regla general el reenvío al juez ordinario no se muestra como una medida adecuada para restablecer al amparado en su derecho. *Cfr.* RUBIO LLORENTE F. “El recurso de amparo constitucional”, en VARIOS AUTORES, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 166.