ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales

Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales

Noviembre de 2006

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile
Página web: www.cecoch.cl / E-mail: cecoch@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:
Dr. Juan Antonio Rock Tarud.
Rector de la Universidad de Talca. Chile. jrock@utalca.cl

DIRECTOR:
Humberto Nogueira Alcalá.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. nogueira@utalca.cl

SUBDIRECTOR:
Jorge Precht Pizarro.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Público, Magíster en Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. jorgeprecht@gmail.com

CONSEJO EDITORIAL NACIONAL

Eduardo Aldunate Lizana.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. ealdunat@ucv.cl

Andrés Bernasconi Ramírez.
PH. D. Universidad de Boston. Instituto de Políticas Públicas.
Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile. abernasconi@nab.cl

Raúl Bertelsen Repetto.
Magister en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector Universidad
de los Andes. Santiago. Chile. tribunalconstitucional@entelchile.net

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.
tribunalconstitucional@entelchile.net

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Norte. La Serena. Chile. cazor@ucn.cl

Miguel Ángel Fernández.
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de las
Universidades de los Andes. Pontificia Universidad Católica de Santiago y
Universidad de Talca. Santiago. Chile. mafernande@cb.cl

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho.
Universidad Diego Portales. Chile. emiliopfeffer@pfeffer.cl

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad
de Derecho de la Universidad Arturo Prat. Iquique. Chile. jortapia@unap.cl

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile. Santiago. Chile.
zdc@zdcabogados.cl

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Carlos Ayala Corao.
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Presidente de la Comisión Andina de Juristas. Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caracas. Venezuela. cayala@cjlegal.net

Paulo Benavides.
Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad federal do Ceará-UFC. Doctor Honoris causa de la Universidad de Lisboa. Fundador y Director de la Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales. Fortaleza. Brasil. pbonavides@ultranet.com.br

Eduardo Cifuentes Muñoz.
Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santa Fe de Bogotá. Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Bogotá. Colombia. ecifuentes@uniandes.edu.co

Jorge Carpizzo.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. México. jcmjur@servidor.unam.mx

Francisco Eguiguren Praeli.
Profesor de Derecho Constitucional y Director Magíster en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. eguiguren@speedy.com.pe

Francisco Fernández Segado.
Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España. fdezsegado@der.ucm.es

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.
Profesora de Derecho. Universidad Rafael Landivar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala. ccolmenares@asies.org.gt

Luca Mezzetti.
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine. Italia. mezzetttiluca@yahoo.it

Pablo Pérez Trems.
Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III. Magistrado del Tribunal Constitucional español. Madrid. España. pperez@der-pu.uc3m.es / ptrems@tribunalconstitucional.es

Néstor Pedro Sagüés.
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario. Argentina. nestorsagues@arnet.com.ar

Bases de datos en que figura la Revista Estudios Constitucionales:
www.latindex.unam.mx
http//biblioteca.utalca.cl

Correo electrónico: cecoch@utalca.cl

Editado y distribuido por
EDITORIAL LIBROTECNIA
Bombero Salas 1369, Of. 408. Santiago • Chile
Fonofax: (56-02) 6967076
www.librotecnia.cl / info@librotecnia.cl

Estudios Constitucionales, Año 4 N° 2, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2006
La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno
Lautaro Ríos Álvarez; páginas 109 a 134

LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

The constitutional action of protection in the chilean legal code

Lautaro Ríos Álvarez *

RESUMEN

En este artículo se intenta una descripción del Recurso de Protección (R.P.), insertándolo tanto en el contexto latinoamericano como en el ordenamiento jurídico chileno. Se describen sus características procesales y su tramitación tanto en primera como en segunda instancia. Y se incluye una visión crítica del actual R. P., considerando aspectos constitucionales, funcionales y procesales orgánicos, terminando con las conclusiones obtenidas.

PALABRAS CLAVE

Acciones constitucionales. Acción de protección de derechos fundamentales.

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile. Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. estudiorios@entelchile.net Recibido el 30 de agosto y aprobado el 15 de septiembre de 2006.

ABSTRACT

In this article tries a description of the R. P., inserting it so much in the Latin-American context as in the Chilean legal code. Its characteristics are described you process them and their so much processing in first as in second instance. And a critical vision of the present R.P is included. considering functional, constitutional aspects and you process them organic, finishing with the conclusions obtained.

KEY WORDS

Constitutional actions. Action of protection of right fundamentals.

1. INSERCIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN EN NUESTRA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

Durante más de 150 años las Constituciones Políticas chilenas proveyeron un elenco de amplio espectro en la declaración de los derechos de las personas. Sin embargo, uno solo de estos derechos –la libertad personal– contaba con una acción de rango constitucional –el hábeas corpus– para amparar los eventuales agravios a este derecho, quedando el resto de ellos a la intemperie.

Curiosamente, en varias naciones latinoamericanas se habían instituido acciones procesales de mayor amplitud en cuanto a los derechos amparados, sin que nuestro Poder Constituyente derivado pareciera advertirlo. Curiosamente también el R.P. nació en el curso de un régimen autoritario que lo incluyó en una legislación de rango constitucional aunque impuso notorias cortapisas para poder ejercitarlo en los estados de excepción constitucional en que vivió el país en casi todo el curso de ese régimen.

Restablecida la democracia, el R.P. emergió en toda su estatura y su vigor y hoy constituye una de las acciones que se hacen valer con mayor frecuencia para la defensa de un amplio catálogo de derechos fundamentales.

Razón tenía el Acta Constitucional Nº 3 (D.L. Nº 1.552, D.O. de 13-IX-76) que lo instituyó, al señalar en su expresión de motivos:

"10º Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección".

1.1. *Concepto del R.P.* Podemos definir el R.P. como una acción procesal instaurada por la Constitución, cuyo carácter informal y sumarísimo permite al afectado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales –que le agravien en el legítimo ejercicio de cualquiera de los derechos que la Carta especifica– para recurrir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual queda habilitada para decretar las medidas que estime necesarias con el fin de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado.

1.2. *Su trascendencia.* Con todo, cualquiera definición –por completa que sea– no alcanza a describir el formidable aporte que el R.P. ha venido a representar en el resguardo judicial de los derechos fundamentales o –lo que viene a ser lo mismo– el inexplicable vacío que ha logrado subsanar en ese campo.

En efecto, antes de crearse esta acción especial, la defensa de bienes jurídicos de tanta trascendencia como la vida, la honra o la inviolabilidad del hogar –por citar algunos– quedaba entregada a las vías procesales ordinarias o especiales, casi siempre demasiado lentas o insuficientes para otorgar un resguardo enérgico y oportuno al derecho conculcado, dirigido a suprimir el agravio y a restablecer prontamente su ejercicio legítimo.

1.3. *Precedentes en el constitucionalismo latinoamericano.* La necesidad de proveer un remedio rápido y eficaz a los derechos individuales, en casos de abusos flagrantes o inminentes, ha germinado con mayor extensión y originalidad en el suelo americano que en el europeo.

En el entorno latinoamericano destaca, por su larga trayectoria, el amparo mexicano, instaurado en el Acta de Reforma de 1847 a la Constitución de 1824.[1] Este recurso –que abarca tantas y tan complejas materias procesales, que es objeto de una cátedra especial– se concede "por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales"; y se resuelve por sentencia que sólo puede proteger a los individuos particulares o personas naturales que lo hubieren solicitado, si procediere, "sin hacer una declaración general respecto de la ley o el acto que lo motivare".

También posee perspectiva histórica el "mandato de segurança" –o mandato de seguridad– brasileño, proveniente de la Carta de 1880, que estuvo originalmente confundido con el hábeas corpus en una disposición que concedía el recurso a toda persona "que sufra o se halle en inminente peligro de sufrir vio-

[1] El amparo mexicano, de espectro mucho más amplio y complejo que nuestros recursos de amparo y protección, está actualmente consagrado en los arts. 103 y 107 de la C. Pol. de 1917.

lencia o coacción por ilegalidad o abuso de poder". A partir de la Carta de 1946, ambos institutos fueron separados y así coexisten en la actual Constitución de Brasil de 1988, que lo concede "para proteger un derecho neto y cierto, no amparado por el 'hábeas corpus' o el 'hábeas data', cuando el responsable de la ilegalidad o abuso de poder fuere autoridad pública o agente de una persona jurídica en ejercicio de atribuciones de Poder Público".[2]

Especial referencia merece el amparo argentino, tanto por su gestación como por su contenido. En efecto, el amparo argentino[3] es obra de la jurisprudencia de los tribunales, siendo su mérito adicional el hecho de haber nacido carente de fundamento expreso en la Constitución de 1853. Su origen proviene de la posición innovadora sustentada por la Corte Suprema Federal de Justicia en los casos Ángel Siri (1957) y Samuel Kot S.R.L. (1958). En este último caso, la Corte –al decir del profesor Néstor Sagüés[4]– sintetizó magistralmente su doctrina en el siguiente texto: "...siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido, por la rápida vía del recurso de amparo".

Expandida esta doctrina jurisprudencial que había contado con el resuelto apoyo de la cátedra, ella fue plasmada en la Ley Federal Nº 16.968 del año 1966, cuyo art. 1º prescribe que "La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión *de autoridad pública* que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícitas o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus".[5]

Finalmente, esta acción obtuvo digno aposento en el art. 43 de la Carta, por la gran reforma constitucional de 1994.

Puede advertirse un notorio parentesco o, al menos, una idéntica fisonomía entre nuestro recurso de protección y el amparo argentino emergente en la juris-

[2] El "mandato de segurança" está establecido en el art. 5º numeral LXIX de la Constitución brasileña de 1988. El hábeas corpus se regula en el numeral anterior del mismo artículo.

[3] El amparo argentino corresponde a nuestro R.P.; y el hábeas corpus del país hermano, a nuestro Recurso de Amparo.

[4] Sagüés, Néstor Pedro. "La Ley Federal sobre Acción de Amparo en la República Argentina", *Revista de Ciencias Sociales,* Edeval, Nº 13, 2º semestre, Valparaíso, 1978.

[5] La acción de amparo contra actos de autoridad pública, fue regulada por la Ley Federal Nº 16.986, del año 1966, y complementada por la Ley Nº 17.454 que la extendió contra actos de particulares.

prudencia judicial de ese país a partir de 1957 y legislado con una década de anterioridad al nuestro.[6]

2. CARACTERÍSTICAS PROCESALES DEL R.P.

Si hubiera que caracterizar el R.P. en nuestro ordenamiento jurídico, habría que especificar los distintos planos en que se revela su extraordinaria valía.

2.1. *Amparo especial a determinados derechos.* El vigor jurídico de los derechos públicos subjetivos no radica tanto en su *declaración* en la Carta Fundamental ni en las *garantías* que resguardan su cabal ejercicio, sino principalmente en la *tutela* que ante cualquier agravio –así sea en grado de amenaza– pueda recabarse de los tribunales de justicia, guardianes naturales de tales derechos.

El R.P. constituye la tutela judicial por excelencia de cada uno de los derechos fundamentales protegidos por esta acción.

2.2. *Rango constitucional.* El R.P. se inscribe entre las escasas acciones procesales instituidas directamente por la Constitución Política; y, por ello, está dotado de la supremacía normativa, de la estabilidad y de la aplicación preferente, que son cualidades propias de la Carta Fundamental. Además, el R.P. dispone de una estructura procedimental, diseñada en el art. 20 de la Constitución, que incluye sus efectos.

2.3. *Ventajas procesales.* En agudo contraste con los lentos, rituales e interminables procedimientos ordinarios –y también, a veces, con procedimientos sumarios que tardan años en afinarse– el R.P. tiene un procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio.

Informalidad. Sin llegar a ser oral, el R.P. puede redactarse en papel simple, o en un acta levantada en la Secretaría del tribunal y, aun, puede interponerse a distancia, por telégrafo o por télex. Puede presentarse por el afectado o por otro a su nombre, sin requerir éste poder de aquél; no necesita patrocinio de abogado ni intervención de procurador.[7] Resulta difícil concebir mayor informalidad en el ejercicio de una acción de tanta importancia.

Carácter inquisitorio. En lo tocante a la prueba, y aun cuando el procedimiento no contempla una fase ni un período probatorio, su carácter inquisitivo se

[6] Como se sabe, nuestro R.P. se estableció por vez primera en el art. 2º del A.C. Nº 3 de 1976 (D.L. Nº 1.552).

[7] Ver el Nº 2º del Auto Acordado de 24 de junio/92 (D.O. del 27-VI-92), en adelante, "el A.A.".

refleja en el deber del tribunal de primera instancia de indagar los actos u omisiones denunciados, su talante arbitrario o ilegal y el agravio que ellos puedan haber producido al legítimo ejercicio del derecho invocado por el recurrente. Esta información, así como todos aquellos antecedentes que digan relación con el asunto, son requeridos por el tribunal ordenando que la persona o entidad a quien se atribuye el acto u omisión agraviante, remita a la Corte el informe y los antecedentes referidos dentro del plazo breve y perentorio que se le señale.

De esta manera, el recurrente tiene oportunidad de probar su derecho, así como el acto u omisión agraviante y su origen, al presentar su recurso y hasta antes de la vista de la causa; y aquél de cuyo obrar se pide protección, lo tiene al emitir su informe y también hasta antes de dicha vista.

La E. Corte Suprema, en cambio, oficiando como tribunal de segunda instancia, tiene la facultad indagatoria –sea para entrar al conocimiento de la apelación, o bien, para mejor acierto del fallo– de poder solicitar, a cualquiera persona o autoridad, los antecedentes que considere necesarios para tales efectos.[8]

Acerca del grado de convicción que el tribunal pueda adquirir en esta fase inquisitiva, es oportuno señalar que el mérito probatorio de todos los antecedentes y pruebas que se alleguen o el resultado de las diligencias y trámites que se produzcan, será apreciado *en conciencia* por el tribunal.[9]

Lo cual quiere decir que éste queda liberado de la fuerza vinculante de las normas que regulan el valor comparativo de los medios de prueba; pero no lo queda de su obligación de justificar con criterio libre, pero racional –es decir, en forma convincente– los hechos y las circunstancias que le servirán de base para estimar o rechazar el Recurso, no bastando para ello la consabida frase ritual "...que apreciando en conciencia las pruebas rendidas, el tribunal da por establecido... etc.".[10]

Unilateralidad. Debe señalarse, como carácter particularísimo del R.P., su unilateralidad. El R.P. existe para restablecer el imperio del derecho y *dar al agraviado* la protección debida. Lo cual no requiere la existencia ni la presencia de contraparte, ya que ninguna prestación se pide contra nadie.[11]

[8] Ver Nos 3º, 5º y 8º del A.A.

[9] Ver el Nº 5 del Auto Acordado.

[10] Al respecto, ver *R.D.J.,* t. LXXVI, 2ª p., secc. 4ª., pp. 332 y ss. Cons. 4º y 5º. Ver también *Gaceta Jurídica* Nº 67, p. 30.

[11] En R.P. Rol 184-86 I.C. Valpso., a favor de un estudiante de la U. de Valparaíso previamente secuestrado y torturado, se pidió protección a su vida y seguridad, no pudiendo determinarse a los autores de los actos agraviantes. Esta unilateralidad manifiesta no fue obstáculo para tramitar el Recurso y obtener la protección solicitada.

El procedimiento del R.P. es unilateral porque está establecido en beneficio del titular de esta acción y en resguardo de sus derechos sin otra consideración, respecto del agresor, que requerir su informe como un tercero ajeno al proceso.

Naturalmente, lo anterior no obsta a que el responsable del acto u omisión agraviante –respecto del cual se solicitarán ordinariamente medidas protectoras– se haga parte en el recurso y pueda ejercer, desde ese instante, los derechos procesales que incumben a quienes invisten tal carácter, tales como alegar, suspender la vista de la causa, o interponer recursos contra la sentencia definitiva.[12]

Procedimiento breve y concentrado. Uno de los méritos más apreciables del R.P. consiste en estos caracteres de su procedimiento.

Éste consta de tres fases en la primera instancia: la admisión del recurso, la inquisitiva y la de decisión.

Producido el acto u omisión agraviante de un derecho fundamental protegido, el agraviado dispone del plazo fatal de quince días corridos para ejercitar la acción que nos ocupa. Presentado el recurso, el tribunal examina si reúne los requisitos de admisibilidad –plazo, titularidad de la acción, existencia de un derecho protegido y de un acto u omisión agraviante de ese derecho– y, en caso afirmativo, inicia su tramitación, concluyendo así la primera fase.[13]

La fase inquisitiva está destinada a la verificación de los requisitos de procedencia y de estimación del recurso. Su duración dependerá de la vía "más rápida y efectiva" que el tribunal elija para recabar el Informe y los antecedentes que debe proporcionarle el supuesto agraviante y del "plazo breve y perentorio" que le señale para remitirlos a la Corte. Ésta pueda prescindir del informe y de los antecedentes señalados si no los recibe en la oportunidad debida.[14] Esta fase puede prolongarse por dos medios: la disposición de trámites indispensables y previos a la vista de la causa y la dictación, antes del acuerdo, de medidas para el mejor acierto del fallo.[15]

La fase de decisión, a partir del estado de acuerdo, es muy breve; tanto el tribunal de primera como el de segunda instancia disponen del plazo fatal de cinco días hábiles para fallar el R.P. o la apelación, en su caso, desde que la

[12] La necesaria condición de parte para ejercitar estas facultades procesales se desprende de los Nos 4º, 6º y 9º del A.A. Ver, también, sentencia C.S. 4-VIII-1980, *Fallos del Mes* Nº 261, p. 235.
[13] Ver Nº 1º y Nº 3º, frase inicial del A.A.
[14] Ver el Nº 3º del A.A.
[15] Ver Nos 5º y 8º del A.A.

causa se halle en estado. Este plazo se reduce a dos días cuando el Recurso ha recaído en el derecho a la vida y a la integridad de la persona, en la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, en la libertad de expresión o en el derecho de reunión.[16]

El procedimiento en segunda instancia es aun más breve y concentrado, por la inexistencia de una fase inquisitiva y por el conocimiento ordinario del recurso "en cuenta preferente", que debe darse dentro de cinco días desde que sea ordenada, toda vez que la vista de la apelación ha pasado a ser excepcional.[17]

Oportuno es recordar, por último, que siempre la vista del Recurso goza de tratamiento preferente, mediante su agregación extraordinaria a la tabla de la Sala que corresponda.[18]

Amplitud del procedimiento del R.P. Con esta calificación queremos señalar que, a diferencia de los procedimientos contenciosos, en que la competencia y el espacio de movilidad del juez quedan acotados por las acciones y excepciones de las partes, por la calificación jurídica que ellas hacen de los hechos y hasta por las normas aplicables que invocan, en el R.P. –supuestas su admisibilidad y procedencia– el único límite del juez está en su sujeción a las finalidades de esta acción procesal que consiste –como ya hemos dicho– en restablecer el imperio del derecho (fin social) y asegurar al agraviado la protección debida (fin personal).

El tribunal puede adoptar todas y cualesquiera clase de medidas tendientes a estos objetivos, aunque no aparezcan establecidas en ningún código ni hayan sido solicitadas por el recurrente.

Éste puede equivocar la calificación jurídica de los hechos u omisiones agraviantes, y el juez corregirla, siempre que éstos hayan sido acreditados debidamente. Puede errar en la individualización del derecho que cree lesionado y, por ende, en la cita de la disposición constitucional aplicable, y el juez enmendarlas, siempre que aparezca claramente comprometido un derecho constitucionalmente protegido del recurrente.

Estas conclusiones arrancan tanto del sentido y espíritu de los arts. 5º inc. 2º y 20 de la Constitución Política, como de la finalidad esencialmente tutelar de los derechos fundamentales protegidos por este último precepto, encomendada

[16] Ver el Nº 10 del A.A.
[17] Ver el Nº 7º del A.A.
[18] Ver Nº 3º inc. 2 y Nº 7º del A.A.

con tal elevado rango normativo a los tribunales superiores de justicia. Así también se manifiesta en abundante jurisprudencia.

Carácter provisorio de la sentencia.[19] No cabe duda que la resolución que decide un R.P. tiene el carácter de una sentencia definitiva; no sólo por aplicación analógica de la definición que de éstas nos da el art. 158 inc. 2º del Código de Procedimiento Civil, sino porque así se desprende de los Nos 5º y 6º del Auto Acordado sobre la tramitación de este Recurso.

Sin embargo, el efecto de la cosa juzgada que emana de ella es sólo de naturaleza formal, en presencia de la parte final del primer inciso del art. 20 de la Carta Fundamental, que previene que el R.P. y lo que la Corte decida a su respecto es "sin perjuicio de los demás derechos que (el agraviado) pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes".

El efecto formal de la cosa juzgada impide que pueda deducirse un nuevo R.P. si, con respecto al primero, existe la consabida triple identidad de persona, de cosa pedida y de causa de pedir.[20]

Pero precisamente por tratarse de un procedimiento de emergencia, carente de un período de prueba y de un principio contradictorio, en que se trata de proteger o restablecer el statu quo preexistente a la agresión que lo origina, impidiendo a un tiempo la autotutela jurídica y la violación flagrante o inminente de un derecho probado y protegido, la Constitución ha debido dejar a salvo el derecho de discutir el fondo de la cuestión que ha motivado el recurso, o su rechazo, en un juicio de lato conocimiento o por otra vía administrativa o jurisdiccional que sea procedente.

En resumen, la sentencia firme en este proceso no produce cosa juzgada material o substancial sino, simplemente, cosa juzgada formal; y así puede concluirse que es provisoria, como toda solución de emergencia.[21]

[19] Este mismo carácter le asignó el profesor José Bernales Pereira en un Informe en Derecho solicitado por la 2ª. Comisión Legislativa del Régimen Militar, cit. por Sergio Lira Herrera en su interesante obra *El Recurso de Protección,* Santiago, 1990, p. 136.

[20] Ver R.P. Schacht y Cía. en *R.D.J.,* t. LXXVIII, 2ª p., secc. 5ª., pp. 126 y ss.

[21] No obstante, dando fe de que en Chile lo que más perdura son las soluciones provisorias, don Enrique Paillas Peña, en *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado,* Ed. Jurídica, Santiago, 1990, p. 89, afirma no conocer ningún caso en que, acogido un R.P., se haya intentado de contrario un procedimiento ordinario para dejar sin efecto lo fallado por aquél.

3. REGULACIÓN PROCESAL DEL R.P.

3.1. *Habilitación constitucional del A.C. Nº 3: los A.A. de la Excma. Corte Suprema.* Una vez establecida la naturaleza, los caracteres y el diseño breve y concentrado del procedimiento, estamos en situación de analizar las reformas introducidas al Auto Acordado (A.A.) original, de 29-III-1977 de la Excma. Corte Suprema mediante los Autos Acordados del mismo Tribunal de 24 de junio de 1992 y de 4-V-1998, que incorporaron importantes modificaciones al primero.

No está de más recordar aquí que el Auto Acordado de 29 de marzo de 1977 –que estableció el procedimiento del RP. instituido en el art. 2º del Acta Constitucional Nº 3 de septiembre de 1976– tuvo habilitación constitucional expresamente otorgada a la Corte Suprema para dictarlo. El inciso segundo del mismo artículo prescribió: "La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso".

Con todo –y pese a la clara habilitación de rango constitucional señalada– se criticó en su momento a la Excma. Corte por haberse excedido en su cometido al limitar el ejercicio de esta acción imponiéndole un plazo breve de prescripción extintiva –o de caducidad– de quince días corridos, y establecer eventuales sanciones administrativas que aun podrían recaer en funcionarios de la Administración del Estado no dependientes de la línea jerárquica de los tribunales de justicia; todo lo cual –y sin perjuicio de otros reparos de menor importancia– excedía notoriamente el encargo de reglar la tramitación del recurso.[22]

No obstante el hecho de que la Constitución de 1980 derogó el Acta Constitucional Nº 3,[23] la regulación procesal de esta acción permaneció incólume.

[22] Ver Schiessler Quezada, Guillermo. "Algunas Cuestiones Relativas al R. de P.", en *Rev. de Derecho de la Univ. Católica de Valparaíso,* vol. VI, 1982, pp. 353 y ss.

[23] El texto actual del art. 20 de la Constitución, después de la reforma de la Ley Nº 20.050, de 2005, es el siguiente:
"El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el art. 19 números 1º, 2º, 3º inc. 4º, 4º, 5º, 6º, 9º inc. final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inc. 4º, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
"Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8º del art. 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

Motivación del A.A. de 1992. Los motivos que impulsaron a la E. Corte para abordar, de oficio, la modificación del procedimiento original del R.P., fueron exteriorizados en los fundamentos del Auto Acordado de 1992, y son:

A) La evidencia de que el R.P., en los tres lustros transcurridos hasta entonces, desde su entrada en vigencia, "se ha consolidado como una acción jurídica de real eficacia para la necesaria y adecuada protección jurisdiccional de los derechos y garantías individuales sujetos a la tutela de este medio de protección constitucional", y

B) La constatación de un uso "cada vez más creciente del mismo y por ende un progresivo aumento del volumen de ingreso de estos recursos en las Cortes de Apelaciones del país y, por consiguiente, también de esta Corte Suprema por la vía de la apelación de la sentencia recaída en estas causas".

Finalidades perseguidas. También se expresan allí *los objetivos* que se persiguen con tales modificaciones:

– "obtener una mayor expedición en su tramitación y despacho final";

– "conferir a los agraviados mayor amplitud y facilidad para la defensa de las garantías constitucionales que les fueren conculcadas";

– "simplificar la tramitación del recurso de apelación ... de manera que esta Corte pueda conocer y resolver con mayor prontitud dicho recurso"; y

– "evitar que el alto ingreso de apelaciones en los R.P., agregadas a las otras materias que también deben figurar extraordinariamente en las tablas de las diversas Salas de la E. Corte, retarde su conocimiento y fallo, así como la postergación de los demás recursos y causas de la tabla ordinaria.[24]

El A.A. de 4-V-1998 pretendiendo subsanar las dudas que presentaba la impugnación de la inadmisibilidad declarada por el tribunal al interponerse el R.P. y, al mismo tiempo, modificar la interposición y el conocimiento de la apelación, introdujo importantes modificaciones al procedimiento; a todas las cuales nos referimos a continuación.

3.2. *Tramitación del R.P. en primera instancia y sus innovaciones*. De los factores motivantes y de las finalidades perseguidas para modificar el procedimiento, cabía esperar reformas más substanciales; las cuales confiamos en que, en un futuro cercano, sean abordadas por el legislador con el concurso de las Universidades y de los propios Tribunales de Justicia.

[24] Para la motivación y objetivos, ver parte considerativa del A.A. de 1992.

Con todo, las innovaciones introducidas tienen el mérito destacable de ser, algunas de ellas, el resultado de la jurisprudencia de los tribunales superiores, y todas ellas, soluciones prácticas que agilizan el procedimiento, aunque no siempre mejorándolo en su vocación garantista.

Nos referiremos, a continuación, en el orden en que ellas aparecen en los ordinales del Auto Acordado refundido y vigente, a las innovaciones que nos parecen más relevantes en la tramitación del R.P. en primera instancia.

Forma de computar el plazo del recurso. Bajo el texto original, el plazo de 15 días corridos para interponer el recurso, se contaba secamente desde la fecha en que se había "cometido el acto" o "incurrido en la omisión" que motivaba el recurso.

Alguna jurisprudencia llegó a ser drásticamente restrictiva. En los casos de actos continuados o reiterados, consideró el primero de ellos para el cómputo del plazo, aun cuando hubiera evidencia que la actuación injustamente perjudicial continuaba vigente al interponerse el recurso.[25] En situaciones de violación de derechos provenientes de la aplicación de un acto administrativo dictado con anterioridad a las actuaciones lesivas, a veces se tomó en consideración la fecha de emisión de tal acto, sin entrar a considerar la falta de conocimiento o de comunicación del mismo al agraviado.[26]

La materia adquiría especial importancia en el caso de actos administrativos que no se notifican a los terceros posteriormente agraviados por sus efectos materiales y, aún más, cuando tales efectos lesivos no pueden advertirse inicialmente, como ocurre frecuentemente en la construcción de obras amparadas en los correspondientes permisos de edificación que adolecen de infracción a las normas urbanísticas o producen a los vecinos perjuicios que se manifiestan mucho después de extinguido el plazo, si éste se cuenta desde la fecha del permiso.

Así pues la jurisprudencia fue evolucionando progresivamente, sea exigiendo la comunicación efectiva del acto lesivo como requisito previo para iniciar el

[25] Así ocurrió en el R.P. Hamel, Fallo del 13-XII-1978, de la I.C. de Valparaíso. Ver comentario de E. Soto Kloss en *El recurso de Protección.* Ed. Jurídica, Santiago. 1982, p. 256.

[26] Ver Cons. 4º y 5º del fallo I.C. de Concepción en R.P. Misael Pinto del 6-I-88 confirmado por la Excma. C.S. el 17-III-88, que contiene la siguiente doctrina: Como los actos administrativos producen efectos jurídicos de inmediato, el plazo para interponer el R. de P. empezó a correr el 20-XI-86 (fecha del acto) aunque el recurrente haya tenido conocimiento de su dictación con mucha posterioridad (!). Ver transcripción del fallo en Pamela Verdugo Johnston: *El R. de P. en la Jurisprudencia.* Ediar-Conosur, Santiago. 1988, pp. 128 y ss.

cómputo del plazo del recurrente afectado por el mismo;[27] sea formulando la teoría del "conocimiento cierto de los hechos" como presupuesto de la iniciación del plazo para presentar el recurso: teoría cuya bondad consiste en permitir que el R. de P. cumpla su finalidad garantista, evitando en esta forma la frustración injusta del agraviado.[28]

La bondad de esta teoría –así como su extensión jurisprudencial a numerosas situaciones similares– indujo probablemente a la Excma. Corte a modificar el Nº 1 del A.A. de 1977, cuyo correspondiente en el AA. de 1992 señala que deberá interponerse "dentro del plazo fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos".

Ciertamente, el nuevo texto transcrito disminuye la drástica consecuencia extintiva del breve plazo concedido para la interposición del Recurso, cuando el acto o la omisión motivante no ha llegado de inmediato al conocimiento del afectado; y alienta, a este respecto, la interpretación proclive a la admisibilidad del recurso.

Examen de admisibilidad del recurso. La nueva redacción del numeral 2º del Auto Acordado vigente, prescribe lo que sigue: "Presentado el recurso el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de sus integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisible desde luego por resolución someramente fundada, *la que no será susceptible de recurso alguno*, salvo el de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día".

Si bien es cierto que esta disposición tiende a evitar la tramitación de recursos improcedentes –sea por su extemporaneidad o por su manifiesta falta de funda-

[27] Ver R. de P. Rojars Bascur, de la I. C. de Concepción, fallo del 31-X-80, confirmado por la C.S. el 25-XI-80- en *R.D.J.,* t. XXXVII, 2ª parte, secc. 1ª, p. 109, y el comentario de E. Soto K., *op. cit.,* p. 258.

[28] Ambos propósitos se manifiestan en el fallo del R. de P. Sucesión Ducci Claro, I.C. de Valparaíso, del 26-XI-79, en que se accionó a raíz del movimiento de tierras en un predio de aquélla, por la Constructora Desco. El sentenciador señala que "es difícil fijar con exactitud el momento o fecha del acto de privación, perturbación o amenaza, y se aviene más con la naturaleza de los hechos producidos concluir que el instante inicial, para el cómputo del término contemplado en el A.A., es aquel en que los afectados han tomado conocimiento de esos hechos, que no se consuman en un único instante y son claramente de tracto sucesivo". Añade el fallo que "El Tribunal deja constancia que prefiere, en la especie, este alcance del término para recurrir de protección porque conduce a que el sistema ideado por el constituyente tenga reales y prácticos efectos". Ver comentario de E. Soto K., *op. cit.,* p. 257.

mento– no nos parece aceptable la negación de todo recurso en contra de una resolución que pudiera ser arbitraria y que, en ese caso, dejaría al recurrente en completa indefensión frente a ella.

Agregación del Recurso en la tabla del día subsiguiente. Aunque parezca un detalle irrelevante haber cambiado la agregación extraordinaria de la causa en la tabla del día siguiente (A.A. de 1977) por el día subsiguiente al de recepción del Informe (A.A. en actual vigencia), este detalle permite al recurrente disponer de un plazo prudencial para hacerse cargo del examen de la documentación –a veces copiosa– que remita a la Corte el recurrido y de los argumentos que éste invoque en su Informe de rigor.

En la situación anterior, el recurrente disponía sólo de horas para examinar los antecedentes y la oposición al recurso que debía rebatir al día siguiente, en circunstancias que –a menudo, en los casos complejos– el recurrido había solicitado y obtenido la ampliación generosa del plazo concedido por la Corte para informar.

La modificación señalada, sin ir en desmedro de la brevedad del proceso, permite una posición más desahogada del titular del recurso para defender su derecho.

Orden de no innovar. Esta importante institución procesal, que no figuraba en el A.A. de 1977, rinde pleitesía al afán literalista de un buen número de nuestros jueces.

En innumerables casos, y no obstante su necesidad imperiosa para asegurar la suerte del recurso, los tribunales se resistieron a decretar esta medida, u otras de similar efecto, por la simple razón de que ellas no estaban expresamente consultadas en dicha regulación. Como argumento concluyente de la improcedencia de la orden de no innovar en el R. de P., alegaban que un tribunal sólo tiene las facultades que expresamente se le conceden; y que, además, no se podía dar igual trato al titular de un recurso que contemplara dicha garantía procesal, que al titular de otro en que ella estaba ausente.

No parecían advertir estos jueces que la habilitación para disponer cualquier medida cautelar del resultado del R. de P. está contenida en el propio art. 20 de la Constitución, norma infinitamente más amplia y de mayor rango que el Auto Acordado de 1977.

En efecto, es dicho artículo 20 el que autoriza y ordena a la Corte de Apelaciones adoptar, *"de inmediato las providencias que juzgue necesarias"* para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado.

"De inmediato" quiere decir "que suceda en seguida, sin tardanza" (R. Acad.); también significa "sin mediatez", en este caso, de sentencia ni de ningún otro trámite intermedio. "Las providencias que juzguen necesarias" significa cualquier clase de providencias; y, si caben las definitivas, con mayor razón proceden las cautelares que tienden a posibilitar la eficacia de aquéllas y la protección efectiva del agraviado.

Seguimos creyendo que la facultad atribuida al juez por el Nº 3, cuarto párrafo, del A.A. vigente sobre la tramitación de esta acción, consistente en poder decretar orden de no innovar cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, es menos amplia y omnicomprensiva que la que otorga, con supremo rango normativo, la propia Constitución. Sin embargo, la introducción de esta facultad evita toda vacilación al respecto.

La condición de parte en el Recurso. No es que en esta importante materia se hayan introducido modificaciones substanciales. Pero la nueva regulación permite perfilar más nítidamente el rol eventual de "parte" del recurrido[29] y sus prerrogativas procesales.

Como ya señalamos, este procedimiento es unilateral y no requiere de contraparte; pero puede derivar en bilateral si las personas, funcionarios u órganos del Estado afectados por el Recurso –es decir, los "recurridos"– deciden "hacerse parte" en el mismo.[30]

Carece de interés examinar la condición de "parte" del recurrente, porque ambos roles se confunden. No hay recurrente de protección que no sea parte en su propio recurso.

En cambio, sólo desde el momento que el recurrido se hace parte deja de ser tercero en el proceso y adquiere los derechos y cargas propios de esa condición. Veamos cuáles son éstos.

En primer lugar, sólo cuando el recurrido se hace parte tiene el derecho a suspender la vista de la causa, en las condiciones que para "la otra parte" especifica el Nº 9 del A.A.

En seguida, sólo "los recurridos que se hubieren hecho parte" en el recurso –y el recurrente, por supuesto– serán notificados personalmente o por el estado diario de la sentencia definitiva.

[29] La clara diferenciación entre "recurrido" y "parte" (recurrida) se desprende con claridad de los Nos 4º y 6º del A.A.

[30] Ver el Nº 4º del A.A.

Y como sólo las partes pueden deducir recursos y tales recursos tienen plazos a contar de la notificación de la resolución que los motiva, sólo el recurrido que se ha hecho parte –además del recurrente– puede apelar de la sentencia definitiva de primera instancia. Así se desprende de los principios generales del Derecho Procesal y del Nº 6 del A.A.

En cuarto lugar, sólo el recurrido-parte puede designar abogado para que le patrocine y alegue por él tanto en primera como en segunda instancia, si se ordena traer el recurso en relación en esta última. Así se desprende del Nº 7 y del Nº 9 del A.A. cuando se refieren a "la otra parte" y a "los abogados de las partes".

Nos ha parecido conveniente poner en relieve la diferente situación del recurrido cuando decide hacerse parte porque, bajo la vigencia del A.A. de 1977 pudimos advertir, a veces, un trato indiferenciado entre ambos roles, permitiéndose, por ejemplo, alegar el recurso o apelar de la sentencia al recurrido que no se había hecho parte.[31]

Ampliación del plazo para emitir el fallo. En el sistema original, el plazo fatal para fallar era distinto, según se tratara de "las garantías constitucionales" contempladas en los Nos 1, 3, inc. 4º, 7, 12 y 19, inc. final, del art. 1º del Acta Constitucional Nº 3, o el recurso se refiriera a "las demás garantías"[32] señaladas en el art. 2º del Acta, en el que fue instituido el Recurso de Protección.

En la primera situación el plazo para fallar el recurso era de veinticuatro horas (!); en la segunda, era de tres días; ambos plazos se contaban desde que la causa estuviera en estado de dictar sentencia.

El A.A. en actual vigencia amplió, con prudencia y criterio práctico, estos plazos verdaderamente fatales para resolver tan delicadas materias; las que, a veces, para mayor dificultad, se embrollan en gruesos expedientes. Eliminó, además, del listado de suma urgencia, el derecho a la libre iniciativa particular en la ejecución de acciones de salud, inscrito en el derecho a la salud, en que la actual Constitución protege con esta acción el derecho de cada persona a elegir el sistema de salud –estatal o privado– al que desee acogerse.[33]

[31] En la posición correcta, ver s. C.S., *Fallos del Mes* Nº 261, p. 235, citado por Pamela Verdugo, *op. cit.,* p. 49.

[32] Nuevamente cabe señalar una impropiedad de la terminología jurídica que regía en la C. Pol. de 1925, pero que precisamente modernizó el A.C. Nº 3 que el A.A. estaba implementando. En lugar de "garantías", la actual sistematización distingue entre "derechos" (facultades subjetivas), "garantías" (medios establecidos para asegurar el respeto y la eficacia de los derechos) y "recursos procesales" (acciones que permiten requerir la intervención de la Justicia para tutelar los derechos y sus garantías). De allí la sistematización –ver epígrafe– de los Caps. I y II del A.C. Nº 3 y el lenguaje preciso –"derechos y garantías"– del art. 20 de la C. Pol. vigente.

[33] Ver art. 9º, inc. final, C. Pol., en relación con el art. 20.

Actualmente, el plazo para dictar sentencia en el R.P., es de cinco días hábiles a contar desde la fecha en que la causa se halle en estado. Pero, tratándose del derecho a la vida y a la integridad de la persona, del derecho a ser juzgado por el juez natural y no por comisiones especiales, de la libertad de expresión y del derecho de reunión, el fallo debe emitirse dentro del segundo día hábil desde que la causa quede en estado de sentencia; plazo breve, este último, pero no angustioso como el anterior, que resulta perfectamente justificable por la importancia de los derechos concernidos y la urgencia de otorgarles un amparo judicial oportuno.

Ampliación del plazo para apelar. Una de las reformas más apreciadas por las partes y para los fines del R.P. es la que se refiere al plazo del recurso de apelación de la sentencia definitiva de primer grado. El texto del actual Nº 6º del A.A. vigente dispone: "La apelación se interpondrá dentro del término fatal de cinco días hábiles, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, *y deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulen al Tribunal".*[34] Como se recordará, el plazo para apelar, en la regulación anterior, era apenas de veinticuatro horas.[35]

Tan importante pareció esta reforma a la Excma. Corte, que la menciona expresamente en la parte considerativa del Auto Acordado de 1992, como un medio destinado a conferir a los agraviados "mayor amplitud y facilidad para la defensa de sus derechos conculcados" y la estima aconsejable porque la ampliación del término "de este modo guarda correspondencia con el plazo que en la normativa general común se confiere para deducir este recurso".

En resumen, el Nº 6 del A.A. contiene tres importantes reglas, a saber:

A) Especifica que la sentencia definitiva de primer grado deberá notificarse tanto a quien hubiere deducido el recurso como a los recurridos que se hubieran hecho parte en él;
B) Amplía a cinco días hábiles el plazo de 24 horas que antes tenía el recurso de apelación;
C) Exige, como requisitos de este recurso, que éste contenga los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulen al Tribunal.

[34] Ver el Nº 6º del A.A.

[35] El plazo de hora resultaba difícil de determinar cuando la sentencia se notificaba por el Estado Diario. Y como eran "horas corridas", esto obligaba a verificar a última hora del día sábado, en la Secretaría de la Corte, si se había notificado el fallo. Innumerables apelaciones quedaron, así, fuera de plazo.

La reforma del plazo también ha venido a subsanar una situación caótica. Cuando el agraviado por la sentencia quedaba fuera del plazo para apelar, no siendo aquélla susceptible de otro recurso jurisdiccional,[36] recurría de queja.

Sin perjuicio de advertir la monstruosidad jurídica –no infrecuente, por cierto– de utilizar un recurso de la vía disciplinaria con fundamentos y fines jurisdiccionales, se daba en estos casos la curiosa anomalía de tramitar un recurso que sólo corresponde al agraviado por una actuación judicial, en circunstancias que resulta difícil concebir como agraviado a quien, al no deducir apelación en contra del fallo, se le debe considerar, más bien, conforme con lo resuelto.[37]

3.3. *Tramitación del R.P. en segunda instancia.* Otra reforma, a la cual la Excma. Corte atribuye especial importancia y que, además, ha originado una interesante discusión académica,[38] dice relación con el conocimiento del recurso de apelación.

Como se sabe, los tribunales colegiados resuelven los asuntos de que conocen, en cuenta o previa vista de la causa; y esta última forma de conocimiento supone –entre otros trámites– la colocación de la causa en tabla o su agregación extraordinaria a ella, la posibilidad de alegarla y de suspender su vista.

En el sistema anterior, tanto en primera como en segunda instancia los R.P. se conocían y resolvían *previa vista del recurso*.

"El alto ingreso de causas de esta especie [...] agregadas a las otras materias, que también deben figurar extraordinariamente en las tablas de las diversas Salas de este Tribunal –señala la Excma. Corte en el A.A. de 1992– retarda su conocimiento y fallo, y produce al mismo tiempo postergación y demora en la vista y resolución de los demás recursos y causa de la tabla ordinaria."

De allí que la Excma. Corte haya resuelto simplificar la tramitación en segunda instancia en la siguiente forma: "Recibido los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal ordenará *dar cuenta preferente* del recurso en algunas de las Salas indicadas en el art. 99 del Código Orgánico de Tribunales, según proceda, la cual, si lo estima conveniente o se le solicita con funda-

[36] Ver el Nº 9 del A.A. de 1977, reproducido por el Nº 12 del A.A. de 1992.

[37] A pesar de lo dicho, se dio el caso de recursos de queja acogidos contra sentencias no apeladas. Ver fallo C.S. del 26-VI-86. *Gaceta Jurídica* Nº 61, p. 20, cit. por Pamela Verdugo, *op. cit.,* p. 49.

[38] Ver el artículo de los Profs. Enrique Evans de la Cuadra y Eugenio Evans Espiñeira, "Constitución y Autos Acordados" en "El Mercurio" de Santiago del 22-XI-93 y la contestación del Prof. Alejandro Silva Bascuñán en el mismo diario, del día 18-XII-93, bajo el mismo título.

mento plausible, podrá ordenar traerlo 'en relación' para oír a los abogados de las partes, en cuyo caso se agregará extraordinariamente el recurso a la tabla respectiva de la misma Sala".[39]

Es cierto que la nueva modalidad agiliza notablemente el conocimiento y fallo del recurso de apelación que –en el sistema anterior– a menudo tardaba meses en lograr su vista. Sin embargo, no nos parece coherente con la naturaleza garantista de esta acción, privar –por regla general– al apelante, de la posibilidad de alegar el recurso en el momento culminante de su conocimiento como es el de su decisión en la instancia suprema, con la circunstancia agravante de que el fallo de segunda instancia es insusceptible de todo recurso procesal.

3.4. *La condena en costas y su procedencia.* Es ésta, a mi juicio, una excelente innovación del A.A. de 1992; ya que, en ausencia de norma expresa y por una deformación generalizada del criterio para encarar las costas, éstas se consideran como un castigo o sanción; y, por lo mismo, ningún tribunal se atrevía a condenar en costas en ausencia de norma expresa habilitante.

Por idéntica razón –que, obviamente, no compartimos– algunos han creído descubrir en la norma del Nº 11º del A.A. –que faculta a las Cortes, "cuando lo estimen procedente", para "imponer la condenación en costas"– otro motivo de inconstitucionalidad del Auto Acordado, fundándose en que sólo se puede establecer una sanción por ley, lo que también resulta discutible, atendida su naturaleza procesal.

Las costas obedecen a un principio elemental de justicia retributiva. Obedecen al principio del justo resarcimiento. Al sujeto, titular de un derecho, que ha debido litigar para defenderlo o recuperarlo, no se le puede disminuir –como dice Chiovenda– el contenido patrimonial de su derecho, sustrayendo de éste el costo de su defensa. Las costas compensan ese desmedro económico y su negación resarcitoria constituiría una injusticia.

Sea como fuere, por éstas o por mejores razones, la Excma. Corte resolvió establecer la facultad de los tribunales para imponer la condenación en costas "cuando lo estimen procedente".

Esta última frase contiene un espacio demasiado abierto de discrecionalidad que, en un afinamiento futuro de esta norma, sería conveniente acotar.

[39] Ver el Nº 7 y parte considerativa –párrafo penúltimo– del A.A.

Pero como la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino la libertad de decidir con un criterio racional y justo lo que no se encuentra sometido a reglas expresas, creemos oportuno sugerir algunos criterios, atenidos al hilo conductor del principio resarcitorio.

Así, será procedente la condena en costas a favor del recurrente cuando, acogiéndose el R.P., aparezca claramente que la conculcación del derecho invocado, ha carecido de fundamento o justificación aceptable; cuando el acto agraviante sea manifiestamente contrario a derecho o irrazonable; cuando la omisión motivante del Recurso haya privado al recurrente de algún atributo del derecho protegido; y siempre, en segunda instancia, cuando en ella obtenga como apelante la revocación o la modificación favorable del fallo denegatorio de primer grado.

Será procedente la condena en costas a favor del recurrido que se hizo parte, siempre que aparezca de manifiesto que el Recurso carecía de fundamento o justificación razonable; o resulte evidente que se ha pervertido la naturaleza y finalidad propias del Recurso, utilizándolo para otros fines, tales como obtener información reservada mediante el Informe de rigor y el requerimiento de "todos los antecedentes" que hace el tribunal, o para favorecer otras situaciones ventajosas para el recurrente o para terceros ajenos al recurso y, en fin, cuando el tribunal adquiera la convicción de que el Recurso se utilizó maliciosamente para amedrentar o inhibir o entorpecer la actuación legítima de una autoridad pública o de un particular, siempre que –en todos estos casos– el Recurso haya sido rechazado. Nos queda una razonable duda acerca de si procede la condena en costas a favor del recurrido que no se hace parte. Tal vez la duda provenga de la deformación profesional consistente en creer que las costas son carga de una parte en beneficio de la otra.[40] En cualquier caso, el Nº 11 del A.A. no distingue y, por lo tanto, no es lícito eliminar esa alternativa.

4. LAS REFORMAS PENDIENTES

Conforme al generalizado propósito de hacer más accesible y expedito el R.P. y de conferir mayor amplitud y profundidad a la dignificación de la vida humana, que constituye la finalidad última del Recurso, cabría proponer numerosas reformas.

4.1. *Reformas constitucionales.* Las de iniciativa del constituyente exceden el marco de este trabajo y sólo las dejaremos enunciadas con las siguientes preguntas:

[40] Ver arts. 138, 141, 142, 144 y 145 del C. de P.C.

– ¿Cómo es concebible que en una sociedad humanista, que pretende asegurar a sus integrantes su mayor realización posible (art. 1º C.P.R.), se excluya del R.P. al *derecho a la educación* en circunstancias que ésta –según la misma Constitución– "tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida"? En otras palabras, ¿puede la Constitución negar un recurso efectivo para proteger un derecho esencial e inseparable de la realización de la persona, que la propia Constitución alienta y declara como un deber del Estado?

Lo mismo podría decirse del *derecho al trabajo* y de la dignificación de la persona mediante su ejercicio, con respecto a un derecho que ni siquiera está contemplado en la Constitución, requisito previo para ampararlo con este Recurso. Resulta sorprendente constatar que la Constitución que nos rige en democracia no haya sido capaz de incorporar un derecho que el régimen autoritario bajo el cual se creó el R.P. consagraba en el art. 1º Nº 20 de la A.C. Nº 3.

He aquí, pues, dos tareas para el constituyente.

4.2. *Reformas procesales.* En el ámbito de las reformas al procedimiento del R.P., pueden apuntarse como necesarias: a) el estudio del plazo del recurso, notoriamente breve y limitante si consideramos que se trata de un plazo de prescripción extintiva de una acción que, al extinguirse, priva al derecho que el constituyente quiso proteger, de su mejor instrumento de protección; b) la limitación del plazo para informar, que a veces se prolonga mucho más allá del plazo del recurso; c) la radicación del recurso en el primer sorteo de Sala, a fin de evitar la elusión de su vista con trámites, a veces, innecesarios o reiterativos; d) la limitación de los trámites previos, que debieran ordenarse, en su totalidad, en una sola resolución y tener un plazo máximo de cumplimiento; e) similar limitación del plazo de las medidas para mejor resolver, de modo que se deba prescindir de ellas si no se cumplen oportunamente; f) la prohibición de paralizar o suspender la tramitación de un R.P. por medidas dictadas en otros procedimientos; g) la reglamentación del desistimiento del recurso cuando el recurrido se haya hecho parte; y h) la modificación de la competencia relativa, materia a la cual pasamos a referirnos.

4.3. *Reforma de la competencia relativa.* A diferencia de lo que ocurre con el Recurso de Amparo, en que el tribunal competente para conocerlo es "la magistratura *que señale la ley*", no cabe duda que el R.P. debe interponerse ante "la Corte de Apelaciones respectiva", lo que revela la trascendencia que el constituyente quiso darle.

Ahora bien, todos los Autos Acordados sobre el procedimiento del recurso, señalan como "Corte respectiva" a aquella "en cuya jurisdicción se hubiere co-

metido el acto o incurrido en la omisión arbitraria e ilegal"... que cause agravio al recurrente (Nº 1 del A.A. vigente).

En otras palabras, bajo una óptica procesal contenciosa, se mira esta acción como una demanda, al recurrido como un demandado y se sigue la regla general de la competencia relativa conforme a la cual es Juez competente para conocer de una demanda el del domicilio del demandado.[41]

Pero el Recurso no es una demanda ni el recurrido es un demandado y hasta, eventualmente, puede no existir recurrido puesto que se trata de un procedimiento unilateral, como establecimos en su oportunidad. Cabría, entonces, hablar más bien de un interesado que requiere la intervención del juez en un asunto en que no existe contienda entre partes.[42] Y, en tales circunstancias, sería oportuno recordar que en los asuntos no contenciosos es juez competente el del domicilio del interesado.

Con todo, no es la existencia o inexistencia de contienda lo que distingue esencialmente al R.P. Este fue ideado y construido para brindar protección inmediata a una persona dañada en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental por un ilícito que desarticula el orden jurídico, el que se debe restablecer brindándole el debido resguardo al afectado.

Por lo que resulta evidente que el sujeto a quien el constituyente brinda protección es al titular del recurso y no al recurrido, que es el que, eventualmente, ocasiona el agravio.

Este recuento de características tan obvias del Recurso pudiera parecer superfluo; pero no lo es si se concede importancia a la determinación del tribunal competente.

En efecto, tratándose de un recurso procesal y ante la circunstancia de que el agraviado tenga su domicilio en un lugar que no corresponda a la jurisdicción de la Corte en la cual se infirió el agravio –acto u omisión arbitrario o ilegal– se brinda mejor protección al derecho conculcado y a su titular, otorgando competencia a la Corte del domicilio de éste que a la del lugar del agravio, que ordinariamente corresponde al domicilio del agraviante.

[41] Ver el art. 34 del C.O.T.
[42] Ver el art. 817 del C. de P.C.

Y esa "mejor protección" consistirá (a) en el acceso más directo y expedito a la justicia, (b) en la "mayor amplitud y facilidad para la defensa de las garantías constitucionales que les fueron conculcadas" a los agraviados[43] y (c) en la disponibilidad del proceso que –más que a nadie– interesa al sujeto y destinatario de la protección.

No existe ninguna razón valedera, en un país de tan larga geografía como es Chile, para preferir el tribunal del lugar donde se produce el agravio al tribunal del domicilio del que lo sufre, en circunstancias de que el recurso se concede para proteger a éste.

Por lo demás, en una situación similar de protección preferente, el legislador no tuvo reparos –aun tratándose de un juicio contradictorio– para revertir la regla de la competencia relativa. En efecto, en la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, es juez competente para conocer las demandas sobre alimentos deducidas por el cónyuge o por los hijos menores, el de la residencia del alimentario; es decir, del demandante.[44]

La reforma de la competencia relativa del tribunal de primera instancia, además del principio de justicia procesal que lo anima, podría significar dos beneficios adicionales: a) terminaría con el pernicioso efecto del centralismo administrativo sobre la I. Corte de Santiago, y b) permitiría un reparto más equitativo y saludable del ingreso de recursos entre todas las Cortes del país.

Una de las causas de la saturación de R.P. que afecta a la I. Corte de Santiago proviene del hecho de que todos los Ministerios, Direcciones Generales de Servicios y la mayoría de los órganos de la Administración Central tienen sus sedes dentro de la jurisdicción de esa Corte.

La reforma de la competencia no sólo repartiría los Recursos que reconocen origen en actos u omisiones de la Administración, conforme al domicilio de los afectados a lo largo del país sino que, esta misma circunstancia, permitiría un progresivo conocimiento y expedición del resto de las Cortes en una materia que, por obra de esta absurda centralización, les priva del manejo y solución de los problemas contencioso–administrativos cuyo volumen crece cada día y que la justicia ordinaria debe prepararse para abordar adecuadamente.

[43] Este objetivo figura entre los fundamentos del A.A. de 1992 de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

[44] Ver el art. 3º de la Ley Nº 14.908.

5. CONCLUSIONES

Cierto es que las conclusiones de un estudio debe extraerlas el lector. No obstante lo cual, a modo de resumen, formulamos las siguientes:

5.1. El R.P. representa el mayor progreso de nuestra dogmática jurídica. Tiene valiosos precedentes en el Derecho Público de México, Brasil y Argentina. Y nace como una extensión del Recurso de Amparo (Hábeas Corpus) a otros derechos distintos de la libertad personal.

5.2. El mayor mérito del R.P. consiste en dotar, con el más alto rango normativo, de tutela judicial superior, a los derechos y garantías que protege.

5.3. El R.P. se caracteriza por su informalidad; su unilateralidad; su brevedad y concentración; su carácter inquisitorio; su amplitud protectiva y su provisoriedad.

5.4. Las normas de procedimiento del R.P. se han dictado mediante Autos Acordados de la E. C. Suprema; no obstante, que se trata de una regulación que es materia de ley y que debiera –más temprano que tarde– abordar el legislador.

5.5. Entre las innovaciones introducidas al procedimiento original cabe destacar: el cómputo del plazo para deducir el Recurso, su examen de admisibilidad, su agregación a la Tabla del día subsiguiente, la perfilación del recurrido como "parte" y sus derechos, la ampliación del plazo para dictar sentencia, la ampliación del plazo para apelar, la simplificación del procedimiento en segunda instancia, y la condena en costas y su procedencia.

5.6. Quedan importantes reformas pendientes a objeto de cumplir cabalmente las finalidades del recurso, en el centro de las cuales está la dignificación de la existencia humana.

5.7. Entre las que importan una reforma de la Constitución, destacan la incorporación del derecho a la educación a los derechos protegidos por el R.P. y la instauración en la C. Pol. del derecho al trabajo y su dignidad, como paso previo a la necesidad de protegerlo en una sociedad humanista.

5.8. Entre las reformas procesales se señala un listado de ocho materias necesitadas de regulación para hacer el procedimiento más ágil y expedito.

5.9. Finalmente, se postula la reforma a la competencia relativa del tribunal encargado de conocer esta acción, postulándose como tal el del domicilio del agraviado; lo que implicaría brindar a éste la protección procesal querida por el constituyente al facilitar su acceso a la justicia y a la disponibilidad del proceso, amén de otras ventajas distributivas dentro del Poder Judicial.

En resumen, tanta es la trascendencia y necesidad del R.P., que si éste no hubiera sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por el constituyente de 1976 y recogido por el de 1980, tendría que haber sido creado por la jurisprudencia de nuestros tribunales, al menos, en la fase de retorno al Estado Constitucional de Derecho en el que se presume que estamos viviendo.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Fuentes Olmos, Jessica. *El Derecho de Propiedad en la Constitución y la Jurisprudencia.* Edit. Jurídica Conosur Ltda. Santiago. 1998.

Lira Herrera, Sergio. *El Recurso de Protección.* Imprenta Alborada. Santiago. 1990.

Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador). *Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina".* Ed. Universidad de Talca. Talca. 2000. Se recomiendan los siguientes artículos sobre el tema: Humberto Nogueira Alcalá, "El Derecho de Amparo o Protección de los Derechos Humanos, Fundamentos Esenciales en Chile: Evolución y Perspectivas"; Lautaro Ríos Álvarez, "Delimitación del Recurso de Protección frente a otras Acciones Constitucionales Protectoras de Derechos Fundamentales"; Emilio Pfeffer Urquiaga, "Naturaleza, Características y Fines del Recurso de Protección"; Guillermo Bruna Contreras, "Los Autos Acordados de la Corte Suprema sobre el Recurso de Protección".

Pedro Aberasturi. "La Acción de Amparo en Argentina. Evaluación y Perspectivas".

Paillas Peña, Enrique. El Recurso de Protección ante al Derecho Comparado. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1990.

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

Verdugo Johnston, Pamela. *El Recurso de Protección en la Jurisprudencia.* Ediar Conosur. Santiago. 1988.

Artículos de revistas:

Sagües, Néstor Pedro. "La Ley Federal sobre Acción de Amparo, en la República Argentina", *Revista de Ciencias Sociales,* Univ. de Valparaíso, Edeval, Valparaíso. 1978.

Ríos Álvarez, Lautaro. "El Recurso de Protección y sus Innovaciones Procesales", *R.D.J.,* tomo 91, Nº 1, 1ª parte, Santiago. 1994.

Ríos Álvarez, Lautaro. El principio constitucional de la Función Social de la Propiedad*", R.D.J.,* tomo LXXXIV – Nº 2, Santiago, 1987, 1ª p., pp. 57 a 73.

Mohor Abuauad, Salvador. "El Recurso de Protección", *Gaceta Jurídica* Nº 44, Santiago. 1984.

Saenger Gianonni, Fernando. "La lenta agonía del recurso de protección*", Revista Chilena de Derecho Universidad Católica de Chile,* número especial, Santiago. 1998.

Schiessler Quezada, Guillermo. *"*Algunas cuestiones relativas al recurso de protección", *Revista de Derecho* Universidad Católica de Valparaíso Nº 6, Valparaíso. 1982.

Schiessler Quezada, Guillermo. "Inadmisibilidad del recurso de protección por interposición extemporánea", *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso* Nos 26/27, Valparaíso. 1985.

Soto Kloss, Eduardo. "Recurso de Protección y Amparo de los Derechos*", Revista de Derecho Univ. Finis Terrae* Año II Nº 2, Santiago. 1998.