

EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN PROYECTO DE LEY DE ACCIONES PROTECTORAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*The action of protection in the project of
Statute on Actions to Protect Fundamental Rights*

Francisco Zúñiga Urbina¹
Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad Diego Portales
zdc@zdcabogados.cl

RESUMEN: El artículo se refiere al recurso de protección de derechos fundamentales, comenta el proyecto de ley sobre la materia e inscribiéndose en una concepción garantista, defiende los avances que en la materia significa el mencionado proyecto.

PALABRAS CLAVE: Acción de protección, proceso de amparo de derechos fundamentales y medidas cautelares.

ABSTRATC: The article refers to fundamental rights protection action, comments the project of statute on the matter and using a garantist conception, it defends the advances in the subject that the mentioned project means.

KEY WORDS: Protection action, fundamental rights protection process and caution rules.

¹ Licenciado en Derecho. Abogado de la Universidad de Chile. Postgrado en Derecho Público y Comparado, Universidades Autónoma y Complutense de Madrid y postgrado en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Artículo recibido el 27 de junio de 2007, aprobado el 22 de agosto de 2007.

I. PROLEGÓMENOS

En este artículo abordaré sintéticamente algunos aspectos del proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales en tramitación en la Cámara de Diputados, a la luz de una matriz teórica o dogmática garantista, matriz que probablemente hizo posible cuajar por un grupo de profesores y abogados un proyecto de esta envergadura, siguiendo un enfoque metodológicamente pragmático, recogiendo la orientación propuesta por Bobbio en esta materia, que se pregunta por los derechos fundamentales (derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales) y su adecuada garantía constitucional, y no por el origen y fundamento metapositivo de los derechos; cuestión apasionante pero que pertenece a otras áreas disciplinarias.²

El proyecto de ley, empleando una técnica legislativa que hace reciente camino en el *iter legis* de la ley, aborda un tratamiento sistemático de las acciones protectoras en general y del recurso o acción de protección en particular, identificado en cada artículo o precepto a través de un epígrafe la materia regulada, todo lo cual contribuye a un legiferar pedagógico. Asimismo, en el título preliminar y título I se consagran las principales reglas funcionales y orgánicas atinentes a este recurso.

De este modo, el proyecto de ley define el recurso o acción de protección, identifica, siguiendo la previsión del Constituyente, el tribunal, la legitimación procesal, el plazo para accionar, la admisibilidad, medidas cautelares como la suspensión del acto recurrido, la prueba a rendir y sus reglas, sentencia, costas, apelación de la sentencia y su trámite, y notificaciones. Así el proyecto de ley viene a poner fin a una verdadera y patente inconstitucionalidad material y competencial producida con motivo de la regulación infraconstitucional e infralegal del procedimiento del recurso de protección, a través de autos acordados dictados por la Corte Suprema en ejercicio de su potestad administrativa (superintendencia directiva, correccional y económica de los tribunales de la nación) como cabeza del Poder Judicial, y apelando a una lejana y dudosa habilitación “constitucional” que arranca del Acta Constitucional N° 3, de 1976, y que en todo caso es inconciliable con la definición básica de la forma política del Estado como república democrática recogida en el artículo 4° de la Constitución vigente. Consecuencialmente, el Congreso Nacional y el Gobierno como “colegislador” recuperan para sí un ámbito de su competencia legislativa, y somete al Poder Judicial al principio de legalidad en la instrucción de esta muy central acción cautelar.

Con todo no podemos obviar, la generalizada crítica en la doctrina y en el sentido común forense a algunos problemas que presenta nuestro recurso de protección, no muy distintos a los problemas del amparo de derechos fundamentales en América Latina, a saber: la “elefantiasis” del recurso producto de su empleo “abusivo” en la

² BOBBIO, Norberto: *El problema de la guerra y las vías de la paz* (trad. J. Binaghi), Edit. Gedisa, Barcelona, 1992, en especial cap. IV sobre el “Presente y Futuro de los Derechos del Hombre”, pp. 129-155.

actividad forense acicateada por la doctrina jurisprudencial de la “propietarización de los derechos personales” y eficacia horizontal y vertical *erga omnes* de los derechos fundamentales, el paralelismo procesal entre el proceso de amparo y los procedimientos judiciales ordinarios y especiales, la emergencia del recurso de protección como un sucedáneo del contencioso administrativo anulatorio carente de una Judicatura especializada, entre otras notas caracterizantes del status quo del proceso de amparo de derechos. Tal status quo ha conducido a la racionalización o “jibarización” creciente el recurso de protección por obra de la Corte Suprema a través de autos acordados y de una jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de admisibilidad discrecional y de limitada tutela judicial, que han llevado a algunos autores a describir este status quo como de “agonía” de la acción constitucional.

Es menester subrayar en esta parte preliminar de nuestra exposición que el proyecto de ley aborda algunas cuestiones prácticas capitales en lo concerniente al recurso de protección, a saber: naturaleza del recurso, plazo de interposición y su carácter preclusivo, admisión del recurso y su reglamentación, equilibrio, formalización y desformalización del recurso, prueba y regla apreciación de ésta (regla de la sana crítica), alcance de las medidas cautelares (conservativas e innovativas), sentencia, costas y su cumplimiento, apelación y su examen, entre otros.

En esta ocasión abordaremos, comentando oportunamente la preceptiva del proyecto de ley, algunas de estas cuestiones capitales: naturaleza de la acción y del proceso de amparo de derechos fundamentales, sentencia y cosa juzgada formal, medidas cautelares y orden de no innovar, y sentencia.

Otros temas sustantivos del recurso de protección no son resueltos en el proyecto de ley, ya que están ligados a la práctica forense y jurisprudencia acerca del recurso, como son el paralelismo procesal entre el recurso y las vías procesales ordinarias y especiales impugnatorias y de tutela judicial de derechos subjetivos por una parte, y la funcionalidad del recurso como sustituto o sucedáneo del contencioso administrativo anulatorio, por otra parte.

Finalmente, se hace necesario abordar la justificación dogmática de un ley de acciones protectoras de derechos fundamentales, en una cultura jurídico pública que requiere de una buena dosis de garantismo, que abra la Jurisdicción Constitucional orgánica al amplio campo de la Jurisdicción Constitucional de la libertad, constituido por las acciones que instauran procesos de amparo, es decir de control de eficacia de derechos fundamentales.

En las conclusiones, simplemente acometemos la tarea de unir los hilos de un abordaje de cuestiones prácticas capitales del recurso de protección con la necesidad de renovar nuestra cultura jurídica, para que el sistema de garantías constitucionales propio de la Jurisdicción Constitucional de la libertad, haga posible un Derecho de la Constitución, tanto en su vertiente de derecho objetivo como de derechos subjetivos públicos o derechos fundamentales.

II. RECURSO DE PROTECCIÓN Y PROCESO DE AMPARO DE DERECHO FUNDAMENTALES

1. Recurso de Protección como acción de tutela

El recurso de protección es una acción que incoa un proceso de amparo de raíz constitucional, de naturaleza cautelar especial o principal, extraordinario y sumarísimo, de tutela de derechos fundamentales frente a toda conculcación antijurídica (acción u omisión ilegal o arbitraria). Esta garantía jurisdiccional de **“tutela diferenciada”**³ de derechos fundamentales ante la Judicatura o Poder Judicial, no es una creación ex novo del constituyente de 1980 o del Acta Constitucional N° 3, sino que emparenta con un homónimo: el recurso de protección de garantías individuales que existió en Chile hasta 1875, fecha en que se promulga la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, y por cierto emparenta con la acción de amparo de gran tradición en América (México, Venezuela, Costa Rica, Argentina y en Brasil); sea como creación constitucional (la “fórmula Otero” en México desde 1848) o jurisprudencial (Argentina, a través de las sentencias de la Corte Suprema en los casos de Angel Siri de 1957 y de Samuel Kot S.R.L. en 1958).⁴

En términos conceptuales el recurso de protección es una acción, que pone en movimiento un proceso de amparo de raíz constitucional, de naturaleza cautelar principal de derechos fundamentales; en que la tutela diferenciada deriva de la naturaleza de los derechos públicos subjetivos con reconocimiento constitucional y del tipo de garantía procesal o jurisdiccional, consagrada para su tutela específica. La técnica de los derechos públicos subjetivos (Jellinek) confieren un poder jurídico a las personas con un contenido jurídico subjetivo específico frente al Estado y los poderes sociales, que desde una posición de poder lesionan derechos subjetivos, lo que exige de garantías extraordinarias, sin perjuicio remedios ordinarios de tutela jurídica.⁵

En atención a la naturaleza cautelar especial o principal de la función jurisdiccional expresada en el proceso de amparo constitucional de derechos, que aunque se discute como categoría autónoma (“proceso cautelar”), existe un amplio acuerdo en la doctrina italiana y de lengua española, en identificarla como un momento de la jurisdicción que se expresa diferenciada en sus caracteres a los procesos de declaración o cognición y de ejecución.⁶

³ CAPPELLETTI, Mauro: *Proceso Ideologías, Sociedad*, EJE, Buenos Aires, 1974, pp. 520 y siguientes.

⁴ LINARES QUINTANA, Segundo: *Acción de Amparo. Estudio Comparado con el juicio de Amparo de México y el mandato de Seguridad de Brasil*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960. Idem: sobre antecedentes del amparo en Chile, FRANCISCO ZÚNIGA U.: “Recurso de Protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX”, *Gaceta Jurídica* N° 198, 1996, pp. 7-14.

⁵ ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. E. Garzón V. y R. Zimmerling), Edit. CEC, Madrid, 1993, pp. 173-266.

⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1980.

Los presupuestos del “proceso cautelar” son: la existencia de un derecho indubitado o probable, es decir, teñido de verosimilitud, que se expresa en el aforismo latino “*fumus boni iuris*” (humo de buen derecho), el peligro de un daño jurídico que requiere de una providencia urgente de corrección, que se expresa en el aforismo latino “*periculum in mora*”, agregándose la fianza y la pendencia del proceso principal.⁷

En razón de lo expuesto, la mayoría de la doctrina procesalista italiana (Chiovenda, Liebman, Carnelutti) distinguió entre “proceso definitivo”, que “sirve inmediatamente a la composición de la litis o para el desenvolvimiento del negocio...” y “proceso cautelar”, es decir, aquel que “en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)”.⁸ Así es una *opinio communis* de la doctrina procesal itálica e hispánica señalar como notas características de la cautela, las siguientes: instrumental, temporalidad y anticipación de la ejecución.⁹

De esta manera, el recurso de protección integrante de nuestra Jurisdicción Constitucional de la libertad (Cappelletti) configura una acción-proceso de naturaleza cautelar, pero autónoma, principal, no instrumental o accesoría a un proceso de declaración o ejecución definitivo. Tales caracteres de autonomía y principal son propios de todo proceso de amparo constitucional, categoría en la que también corresponde integrar al recurso de amparo y al recurso de amparo económico. Este último recurso de amparo económico, con muchas matizaciones puede ser caracterizado como proceso cautelar, aunque la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores y cierta doctrina lo asimilan a una acción de tutela en proceso cautelar análoga al recurso de protección, lo que a nuestro juicio es teóricamente de difícil justificación.¹⁰ Con todo la más reciente jurisprudencia de amparo económico desde 1999 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha restringido el contenido de la sentencia en esta sede al efecto declarativo, lo que incide en su racionalización o jibarización.

De esta suerte, nuestra garantía de amparo, el recurso de protección tiene como méritos procesales los siguientes: un procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio.¹¹ Tales méritos o caracteres del recurso de

⁷ CALAMANDREI, Piero: *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Librería El Foro S.A. Buenos Aires, 1996, pp. 40 y ss.; Idem “Embargo y Cautela en el Proceso Civil chileno”, *Gaceta Jurídica* N° 157, 1995, pp. 7-25, y TAVOLARI O., Raúl: “Protección constitucional y Cautela Judicial”, *Gaceta Jurídica* N° 148, 1992, pp. 7-29.

⁸ CARNELUTTI, F.: *Derecho Procesal Civil*, Ejea, 3° vol., tomo I, Buenos Aires, 1973, p. 86.

⁹ RAMOS, Francisco: *Derecho Procesal Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 2 tomos, 1986, tomo 2, p. 949. Idem: CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Edit. Civitas S.A. Servicios Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1991, pp. 32 y ss. Esta autora consigna como características de las medidas cautelares: instrumentalidad, provisionalidad, urgencia, funcionalidad de las medidas cautelares y homogeneidad con las medidas ejecutivas y jurisdiccionalidad.

¹⁰ EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Acciones Cautelares de la Libertad Económica*, Temas de Derecho, año XI, 1 y 2, 1996, pp. 49-61.

¹¹ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: “El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales”, *Gaceta Jurídica* N° 171, 1994, pp. 7-25.

protección se incardina en la noción misma de “proceso” y de “proceso cautelar”, ya que estos conceptos designan instrumentos de tutela de derechos¹² en concreto la “tutela diferenciada” de derechos fundamentales (Cappelletti), que tiene su razón de ser última en el resguardo de la libertad constitucional en un Estado de Derecho.¹³

Para cerrar esta precisión conceptual, sólo cabe agregar que la analogía del recurso de protección y del recurso de amparo es completa, ya que se trata de una acción-proceso que expresa una función de Jurisdicción Constitucional, que “...instaura un proceso autónomo de naturaleza pública, por forma y por contenido; tiene carácter de urgencia para el pronto restablecimiento del orden jurídico perturbado o amenazado; se dirige a impugnar actos u omisiones arbitrarios o ilegales que lesionen derechos fundamentales expresamente previstos en la norma constitucional, sea que emanen de autoridades o de simples particulares; deja a salvo los demás derechos que el perjudicado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes; los tribunales llamados a conocer de esta acción deben adoptar todas las medidas conducentes para la protección del afectado; y el titular de ella pueden ser personas que carezcan de entidad jurídica, atendido los vocablos en “ el que” con que se inicia el precepto citado (art. 20)”.¹⁴

A continuación se hace necesario reproducir fragmentariamente los artículos que comentaremos con motivo del alcance que tiene esta acción de tutela y el proceso de amparo de derechos fundamentales en el proyecto de ley:

Artículo 50: Naturaleza y objeto del recurso de protección.

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1, 2, 3 inciso 4°, 4, 5, 6, 9 inciso final, 11, 12, 13, 15, 16, en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso 4, 19, 21, 22, 23, 24 y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del número 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

¹² COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1957, pp. 148 y ss.

¹³ LINARES QUINTANA, S.: *Acción de Amparo*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pp. 21-37, 67-71. Idem BIELSA, Rafael: *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1958, pp. 265-304.

¹⁴ PEREIRA ANABALÓN, H.: ob. cit., p. 355; ídem TAVOLARI O., R.: *Recurso de Amparo. Habeas Corpus*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

Artículo 52: Legitimación procesal activa.

Cualquiera persona afectada ilegal o arbitrariamente en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, o cualquier persona en su nombre, aun cuando no tenga poder, ni cuente con patrocinio de abogado, podrá interponer el recurso de protección. También se encontrarán legitimados para interponerlo, en las mismas condiciones, por las asociaciones o agrupaciones que carezcan de personalidad jurídica.

Artículo 53: Plazo para accionar.

El recurso de protección se podrá interponer mientras subsista la amenaza, perturbación o privación ilegal o arbitraria en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental amparado por el recurso y hasta treinta días después que hayan cesado los efectos directos respecto de agraviado tratándose de ilícitos continuados.

Cuando el recurrente hubiere interpuesto recursos administrativos establecidos por la ley, el plazo referido, se contará desde la notificación de la resolución que los decidiere o si hubiere mediado silencio administrativo.

Artículo 54: De la interposición del recurso de protección.

El recurso de protección se interpondrá por escrito, por cualquier medio, pudiendo en casos urgentes interponerse verbalmente, levantándose el acta respectiva por la secretaría del tribunal competente.

En dicho recurso deberá constar el nombre y apellido del solicitante o de la persona que lo represente y domicilio; la persona a favor de quien se recurre, con su nombre y apellido, y domicilio si se conociere; especificación de la autoridad, funcionario, persona o entidad contra quien se recurre o los datos que permitan identificarlo si fuere posible, la relación de los hechos que motivan la protección; las normas jurídicas en que se funda y la identificación del derecho lesionado, el objeto perseguido con el recurso y las peticiones concretas que se solicitan al tribunal.

En el acto de interposición del recurso de protección, el recurrente acompañará los antecedentes de que disponga para fundar el protección pedida.

Artículo 59: Derechos de terceros.

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

A su vez, quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso, podrá apersonarse e intervenir en él como coadyuvante del recurrente o del recurrido. En ambos casos esta intervención deberá realizarse antes de la dictación del decreto que ordene traer los autos en relación.

De la preceptiva reproducida que está recogida en el proyecto de ley en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, podemos extraer algunos comentarios críticos, a saber:

a) El artículo 50 se limita a reproducir el artículo 20 de la Constitución Política de la República (C.P.R.), que claramente define al recurso de protección como una acción de tutela que instaura un proceso de amparo de naturaleza cautelar especial, principal y autónoma, de derechos fundamentales.

b) El artículo 52 confiere legitimación procesal activa a quien posee interés directo, negando la posibilidad de una acción popular, ya que está unida la acción al legítimo ejercicio de un derecho fundamental (y titularidad se sobreentiende) que goce esta tutela diferenciada. El mismo precepto reconoce legitimación procesal a las asociaciones sin personalidad jurídica, criterio admitido por la jurisprudencia en esta sede desde muy temprano, y que abre el recurso a derechos de titularidad colectiva. Congruente con lo anterior el artículo 59 admite que terceros con interés directo, sean derechos o “interés legítimo” (legalidad subjetiva y legalidad objetiva) puedan hacerse parte en el recurso, apersonamiento que puede ser de tercero, de la recurrente o de la recurrida, con antelación al decreto de autos en relación.

c) El artículo 53 establece un plazo para interponer el recurso de protección de 30 días, superando la perentoriedad del actual plazo de 15 días (ampliado reciente merced una reforma al auto acordado a 30 días) fijado en el auto acordado del rubro de la Corte Suprema, pero conservando el carácter de plazo preclusivo. Lo verdaderamente nuevo es solidificar un criterio jurisprudencial lábil en orden a reconocer la antijuridicidad como una condición, de suerte que el plazo comienza a correr o computarse desde su cesación.

d) El inciso segundo del artículo 53 establece una regla muy útil, que evita los perniciosos efectos del criterio jurisprudencial de la Corte Suprema acerca del plazo de interposición del recurso de protección asentado en el caso de la Thunderbird con Superintendencia de Casinos de Juego (S.C.S. de 31 de mayo de 2006, Rol N° 1715-2006) que debilita o anula la potestad de contraimperio de la Administración con motivo de la interposición de recursos administrativos de la Ley N° 19.880 (artículo 54 inciso. 2°).

2. Cosa Juzgada en el proceso de amparo de derechos fundamentales

De lo expuesto podemos colegir que la **sentencia recaída en un recurso de protección sólo goza de autoridad de cosa juzgada formal**, (artículo 158, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil y N° 5 del Auto Acordado de Tramitación del recurso de 1992), dado que el *decisum* es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” (art. 20 de la Constitución Política de la República). En cuanto a la cosa juzgada este es un concepto capital del Derecho Procesal que designa aquella “propiedad de ciertos actos estatales mediante la cual no son modificados, en ningún caso, por actos de la misma especie o lo son bajo determinadas circunstancias, nada más”¹⁵ o lo que es lo mismo “...la

¹⁵ MERKL, Adolf: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Edit. Revista de Derecho Privado, 1935, p. 263.

autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”.¹⁶

Ahora bien, la cosa juzgada tiene una **función negativa** que se traduce en el aforismo *non bis in idem*, es decir, la preclusión de un ulterior juicio sobre el mismo objeto o litigio, reflejo del efecto consuntivo, de raíz romana de la *lis contestatio*; es decir, se configura como excepción, y **función positiva** consistente en la vinculación en los jueces respecto de un fallo futuro.¹⁷

De esta manera, la cosa juzgada admite el distingo de formal y material. **La cosa juzgada formal** es el efecto de ciertos actos jurisdiccionales (sentencias definitivas e interlocutorias), coincide con la preclusión de las impugnaciones contra la misma (F. Ramos); el tránsito de la “*res iudicium reducta*” a la “*res iudicata*”. De suerte que, la cosa juzgada formal es el presupuesto necesario de la cosa juzgada material que añade a la inimpugnabilidad, la nota capital de “inmutabilidad” (E.J. Couture). “De ello cabe deducir —señala el ilustre procesalista español V. Fairén Guillén— que la cosa juzgada formal se refiere al interior del proceso (de un proceso determinado) y la cosa juzgada material se refiere a las relaciones de ese proceso ya resuelto, de vincular a otro proceso en curso, efecto exterior al primer proceso”.¹⁸

Luego, no nos cabe duda que el efecto de la sentencia en sede de recurso de protección es la autoridad de **cosa juzgada formal**, dado que teóricamente el tribunal sentenciador debe restablecer el status quo, el imperio del derecho subjetivo lesionado; dejando a salvo las cuestiones de lato conocimiento que pudieran suscitarse en el recurso, y que se ventilarán en sede de juicio ordinario o juicios especiales, o de recursos administrativos, si los hubiere.

La cautela de los derechos fundamentales es instrumental y provisional, para salvar la emergencia dañosa (*periculum in mora*) que afecte un derecho fuerte en apariencia o probable (*fumus boni iuris*).

En este punto cabe hacer notar nuestra diferencia de opinión con las tesis expuestas por el administrativista Eduardo Soto K., quien recurre a un artificioso distingo para analizar la cosa juzgada formal y material: “1. Si se acoge el R.P. (recurso de protección) pensamos que debe verse si se trata de un R.P. en que el origen del agravio es un acto u omisión de la Administración o de un particular”. De esta suerte, si se acoge el R.P. por un acto de la Administración y el Tribunal restablece el imperio del derecho, la nulidad del acto, en la forma ritual “dejar sin efecto”, tendría autoridad de cosa juzgada material, dado que la nulidad no podría ser discutida en otro proceso. Si se trata de

¹⁶ COUTURE: ob. cit., p. 401.

¹⁷ RAMOS, F.: ob. cit., p. 679; ídem PEREIRA A., Hugo: *La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1954, pp. 79-84, pp. 161 y 55.

¹⁸ FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina General del Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, pp. 515-516.

una omisión antijurídica de la Administración, el administrativista E. Soto., señala que la orden actuar y del modo que la ley señale no podría ventilarse en otro proceso. En cambio si se acoge el R.P. por acción u omisión antijurídica de otro particular, la sentencia persigue mantener el statu quo vigente y proteger la apariencia de derechos, por lo que su autoridad sería de cosa juzgada formal. Por otra parte, para el autor comentado en la sentencia de protección que rechaza la pretensión del recurrente debe hacerse un nuevo distingo. En primer lugar, si el agravio proviene de la Administración, la sentencia tendría autoridad de cosa juzgada material, dado que es óbice para impugnar por otra vía la antijuridicidad del acto, generando triple identidad de partes, objeto pedido y causa de pedir; pero no produce dicha cosa juzgada respecto de las causas o juicios donde se ventile el mismo asunto en juicio de lato conocimiento. En segundo lugar, si el agravio proviene de un particular, la sentencia desestimatoria del recurso no produciría autoridad de cosa juzgada material, dado que persisten las “otras acciones” a ventilarse en los tribunales ordinarios según procedimiento de lato conocimiento.¹⁹ De cierta forma, si aceptáramos la cosa juzgada material en la sentencia que acoge la impugnación de un acto u omisión antijurídica de la Administración, este efecto material es demostración elocuente de la “perversión” y “elefantiasis” del recurso de protección, que se erige en sucedáneo del contencioso administrativo.

Para concluir, en este apartado es menester destacar que el análisis de cierta jurisprudencia en sede de protección tiene una dificultad axial; el sentenciador en su *decisum*, en algunos casos incursiona en cuestiones de lato conocimiento. Nuestra doctrina en materia de sentencia en sede de protección, o sostiene la naturaleza cautelar del proceso y el efecto de cosa juzgada formal de la sentencia (L. Ríos A., H. Pereira A, R. Tavolari O.), o niega tal carácter y matiza en relación al efecto de cosa juzgada (E. Soto), o simplemente es vacilante.²⁰ Pero nuestra jurisprudencia de manera consistente se ha pronunciado por la naturaleza cautelar de la acción-proceso y el efecto de cosa juzgada formal de la sentencia (Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de abril de 1981, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXVIII, N° 2, sección quinta, pp. 126-132; Sentencia I. Corte de Santiago de 10 de diciembre de 1990, en *Gaceta Jurídica* N° 126, p. 51 y Sentencia de Excma. Corte Suprema de 24 de enero de 1991, en *Gaceta Jurídica* N° 127, p. 20).

Por su especial valor se reproducen los fundamentos 9° y 10 de la Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de 21 de abril de 1981: 9° “Que la cosa juzgada excluye, como ya se ha dicho, todo posible debate y decisión sobre aquello mismo que ha sido resuelto jurisdiccionalmente. Según las palabras de Chiovenda ella impide “no sólo una resolución contraria a la precedente, sino simplemente una nueva resolución sobre lo que ya ha sido juzgado” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, p. 447) y tal opinión es compartida por la mayoría de los autores modernos de derecho pro-

¹⁹ SOTO KLOSS, Eduardo: *El Recurso de Protección*, Edit, Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

²⁰ PAILLÁS, Enrique: *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, Edit. Jurídica de Chile, 1990, pp. 74 y ss. y pp. 89-91.

cesal. Ugo Rocco destaca que “los órganos jurisdiccionales no sólo tienen la facultad o potestad de no juzgar, cuando ya han juzgado una vez, sino que también la obligación jurídica de no juzgar una cuestión que ya haya sido objeto de un juicio anterior entre los mismos sujetos” y de aquí deriva una “prohibición a los órganos jurisdiccionales de prestar su actividad jurisdiccional de cognición cuando hayan desplegado ya una vez y agotado esa misma actividad” (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, pp. 335 y 336). Jaime Guasp. por su parte, y dentro de su concepción del proceso como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, sostiene que una vez que una pretensión ha sido satisfecha, en uno o otro sentido, por el poder jurisdiccional –lo que ocurre cuando ella ha sido recogida, examinada y resuelta por el órgano competente– no hay por qué ocuparse nuevamente de ella, pues la reproducción del litigio en tal hipótesis carecería, en realidad, de causa jurídica que la justificase, concluyendo que “la pretensión que ha sido examinada en cuanto al fondo, por el órgano jurisdiccional, está ya, *eo ipso* satisfecha y no hay razón para que, interpuesta nuevamente, tenga que ser recogida, examinada y resuelta otra vez (*Derecho Procesal Civil*, tomo I, p. 556); 10° “Que considerada de este modo, la **cosa juzgada** como un efecto vinculante para los futuros jueces, derivado de una sentencia que se ha hecho indiscutible e inmutable, no existen razones valederas para privar de tal efecto procesal a los fallos dictados en recursos de protección como el presente. Por el contrario, el artículo 20 de la Constitución Política de 1980 al establecer el recurso de protección sienta, implícitamente, el principio de la cosa juzgada respecto a esta acción al expresar que su ejercicio es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”, o sea, en otras palabras, deducida y resuelta una acción de protección lo único que subsistirá serán otras acciones o derechos que pudieran corresponder al recurrente, pero no le asistirá el derecho de repetir o renovar nuevamente un recurso de protección que, como sucede en este caso, ya fue debatido y fallado con anterioridad”.

Otro fallo atingente a la materia, de sólida factura de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de diciembre de 1996, señala: “2) Que si bien la **cosa juzgada** es un concepto unitario, la doctrina y los tratadistas admiten diversas clasificaciones, interesando la que distingue entre cosa juzgada formal y cosa juzgada substancial. La primera es aquella que produce efectos dentro del proceso en que se dictó, mas no fuera de él. En otras palabras, sólo hay inimpugnabilidad de una decisión judicial firme dentro del proceso en que se dictó, sin perjuicio de poder revisarse lo resuelto en un proceso posterior. La segunda es aquella que produce efectos dentro y fuera del proceso en que se dictó la resolución, además de inimpugnabilidad de la decisión judicial; también hay irrevocabilidad de lo resuelto, que no puede ser modificado o dejado sin efecto en procesos futuros con la sola excepción de las circunstancias que permiten la interposición del recurso de revisión. 3°) Que la acción de protección no tiene por objeto determinar la titularidad del derecho del recurrente, lo que es propio de una acción de lato conocimiento” (*Gaceta Jurídica* N° 198, 1996, pp. 65-68).

Finalmente, la última sentencia comentada se hace cargo de la opinión de los Abogados Juan Manuel Errázuriz G. y Jorge Miguel Otero A., en su Memoria de Prueba:

Aspectos Procesales del Recurso de Protección (p. 198) dicen: “Esta acción tiene por única finalidad restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al afectado, sin entrar a pronunciarse con carácter inamovible respecto de la titularidad del derecho cuyo ejercicio se ha conculcado. La acción de protección ampara a quien aparece a *prima facie* como titular de un derecho cuyo ejercicio se priva, perturba o amenaza. Es por ello que el ofensor podrá accionar con posterioridad ante el tribunal competente para que se declare con carácter inamovible la titularidad del derecho que reclama ser dueño o poseedor. En consecuencia, en cuanto a la titularidad del derecho cuyo ejercicio ha sido conculcado, la sentencia de protección sólo **produce cosa juzgada formal**, pero no produce cosa juzgada material, desde el momento en que la titularidad reclamada puede ser objeto, con posterioridad, de un proceso contradictorio y de lato conocimiento”.

De esta suerte, si reconocemos en el recurso de protección una acción-proceso de amparo de derecho de naturaleza cautelar, es perfectamente posible afirmar la existencia de cosa juzgada formal en las sentencias dictadas en esta sede.

Del mismo modo, Calamandrei, que niega la existencia de un poder cautelar integrante de la potestad jurisdiccional, como categoría autónoma (*tertium genus*) reconoce que las medidas cautelares producen una autoridad de cosa juzgada peculiar, descartando la idea del fallo condicional (Vassalli) o fallo hipotético (Chiovenda), es decir, el fallo produce una “relación a término”, la eficacia de la cual está destinada a cesar *ex se* en el momento en que entre en vigor la providencia principal. “El fallo cautelar –indica Calamandrei–, como declaración de certeza de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la medida cautelar pedida, es en sí definitivo..., pero es temporal la regulación que se constituye a base de tal declaración definitiva. Se podría decir, en suma, que el fallo cautelar es una declaración definitiva de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes, para obtener la constitución *ope iudicis* de una regulación jurídica a término, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta la emanación del fallo principal” (ob. cit., p. 94).

A *fortiori* la sentencia recaída en el recurso de protección, en un proceso de amparo constitucional de derechos subjetivos públicos, adquiere autoridad de cosa juzgada formal, ya que se trata de un proceso principal de tutela de derechos, cuyo acto jurisdiccional de término es impugnabile en esta sede, pero no empece a las pretensiones declarativas o ejecutivas que podían ventilarse en procedimientos ordinarios.

El proyecto de ley que comentamos adscribe a esta tendencia en orden a identificar a la cosa juzgada formal como el efecto o autoridad propia que la sentencia firme en sede de protección adopta.

Finalmente, en esta materia se hace necesario esbozar un breve comentario relativo al artículo 71 del proyecto de ley y la regla sobre cosa juzgada de que se reviste a la sentencia recaída en sede de protección; para lo cual es menester reproducir el precepto:

Artículo 71: Efectos de cosa juzgada formal.

La sentencia firme de protección producirá efectos de cosa juzgada formal respecto al derecho o garantía objeto del proceso, sin perjuicio de los demás derechos o acciones que puedan hacer valer las partes por la vía ordinaria o de lato conocimiento ante los tribunales competentes.

El mencionado artículo 71 del proyecto de ley, da cuenta de un criterio jurisprudencial y doctrinal muy asentado relativo a la autoridad de cosa juzgada formal de que goza la sentencia de protección, que deja a salvaguardia los “demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” tal como lo expresa el inciso 1º del artículo 20 de la Constitución. Sin embargo, como lo hemos admitido en otro lugar cuando el recurso de protección opera como un sucedáneo del contencioso administrativo de anulación, la sentencia estimatoria que deja sin efecto el acto administrativo singular se agota en sí, pasando a transformarse en cosa juzgada material. En consecuencia la regla del artículo 71 carece de la flexibilidad necesaria para dar cuenta del rico abanico de conflictos que se heterocomponen por esta vía.

3. Órdenes de no Innovar y Sentencia en el Recurso de Protección

La prohibición de innovar u orden de no innovar es una típica medida de naturaleza cautelar que en la acción-proceso de amparo constitucional (recurso de protección) se puede adoptar con carácter instrumental y provisional. La orden de no innovar (ONI) se puede diferenciar de la simple suspensión, dado que, como observa J. Escriche, la regla general es que durante la litispendencia ninguno de los litigantes pueda innovar, esto es, hacer mudar de estado o enajenar de modo alguno.²¹ La orden de no innovar, no sólo implica un no hacer, sino que afecta al acto causa del agravio o conculcación de derechos impidiendo que produzca sus efectos mientras en sede de protección se resuelve sobre su juridicidad.²² Para el procesalista R. Tavolari O.: “la divergencia entre la orden de no innovar y suspensión radica (...) en la marcada condición conservativa de la primera y un tinte innovativo, en la segunda, todo lo cual resulta en mayores o menores efectos *ex nunc* y *ex tunc*, diríamos, conforme a los términos tradicionales en nuestro léxico forense, en la posibilidad de producir efectos retroactivos o no. En síntesis, se trata de la mayor o menor amplitud de tales efectos que, en esencia a ambos institutos, cuya condición cautelar es indesmentible, como se desprende de ofrecer ambos las características y modalidades de la cautela jurisdiccional y de regularse por su estatuto” (ob. cit., p. 23). De la manera expuesta la orden de no innovar puede perfectamente asumir la forma de cautela innovativa, concediéndosele efectos constitutivos, por lo que se anticipa a la sentencia definitiva. Difícilmente, puede aceptarse que la orden de no innovar tenga efecto de cosa juzgada, dado que con la sentencia

²¹ ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia*, Librería de la V. de Ch. Bouret, París, México, 1911, pp. 1191-1192.

²² SOTO KLOSS, E.: *El Recurso de Protección*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 242 y ss.

definitiva firme que restablece el imperio del derecho se agotan sus alcances (pendencia), por lo que sigue siendo reconducida a la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

La mentada orden de no innovar configura una típica medida cautelar, accesoria al proceso principal de amparo de derechos, cuya finalidad es la anticipación de la tutela mientras dura el proceso y sujeto a sus resultados, ya que el derecho aparente o probable requiere de cautela ante el peligro de daño jurídico, generalmente derivado del retraso de una decisión jurisdiccional definitiva (Calamandrei). De esta suerte, se produce la aparente paradoja de superposición de proceso cautelar: uno principal otro accesorio; con presupuestos procesales comunes, en que la instrumentalidad y provisoriedad de la segunda (orden de no innovar) es completa. En la orden de no innovar la investigación acerca de la apariencia de un derecho es una cognición sumaria que se limita a un “juicio de probabilidades y de verosimilitud” (Calamandrei).

En relación al peligro de que el derecho aparente no sea satisfecho, la cognición sumaria esta dirigida a obtener “dentro del mismo procedimiento cautelar y antes de que se dicte la providencia principal, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer del daño inherente a la no satisfacción del mismo”.²³

Resulta en este punto necesario abordar el comentario de la preceptiva del proyecto de ley acerca de órdenes de no innovar, medidas cautelares y sentencia, para lo cual es menester reproducir fragmentariamente las normas concernidas, a saber:

Artículo 60: Suspensión provisional del acto reclamado.

Admitido a trámite el recurso de protección la Corte de Apelaciones respectiva podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la suspensión provisional del acto impugnado o la medida cautelar que estime apropiada para asegurar la tutela judicial.

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

En cualquier estado de la causa la Corte podrá dejar sin efecto la suspensión provisional o medida cautelar decretada, expresando el fundamento de su resolución.

Artículo 68: De la sentencia.

El tribunal debe pronunciar la sentencia definitiva respecto de la protección solicitada dentro del plazo quinto día hábil desde que la causa queda en estado de fallo.

²³ CALAMANDREI, P.: *Introducción...*, ob. cit., pp. 77 y ss.

La sentencia se notificará personalmente o por el estado a la persona que hubiere deducido el recurso y a los recurridos que se hubieren hecho parte en él.

Artículo 69: Pago de costas.

Toda sentencia judicial que acoja la acción de protección condenará a la parte agravante al pago de las costas del proceso, reservándose su liquidación para la ejecución de la sentencia.

Si la acción de protección fuere desistida por el recurrente o rechazada por el tribunal, éste condenará al demandante de protección al pago de las costas solamente en el caso que se estimare fundadamente que incurrió en una acción temeraria y el recurrido se hubiere hecho parte en el recurso.

Artículo 70: Cumplimiento del fallo.

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

Si no se cumple el fallo dentro del plazo de quinto día hábil o el que fije el tribunal, desde la notificación de la sentencia firme, el Presidente de la Corte respectiva se dirigirá al superior jerárquico del funcionario o autoridad respectiva para que haga cumplir la sentencia y solicitará la apertura del respectivo procedimiento administrativo disciplinario contra el funcionario afectado, además de requerir al Ministerio Público a fin de que inicie el procedimiento penal correspondiente por desacato.

Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles por los daños y perjuicios ocasionados o la responsabilidad penal que proceda conforme al derecho común.

Artículo 72: Recurso de apelación y tribunal competente.

La sentencia definitiva de primera instancia y la que declare inadmisble el recurso serán apelables ante el tribunal que las dictó para ante la Corte Suprema dentro del plazo de quinto día a contar de su notificación. Estos recursos que serán someramente fundados y se concederán en el sólo efecto devolutivo.

Artículo 73: Trámite y fallo del Recurso de Apelación.

Interpuesta la apelación, el tribunal elevará los autos dentro del día hábil siguiente, quedando las partes citadas a segunda instancia. La sala de la Corte Suprema que corresponda, señalará la fecha para la vista de la causa, siguiendo estrictamente el orden de ingreso de los respectivos recursos, oyendo los alegatos de las partes y resolviendo la causa, todo ello dentro del plazo máximo de cinco días hábiles.

Para los efectos expositivos de este breve comentario crítico del proyecto de ley en lo relativo a la cautela y la sentencia, desagregaremos éstos siguiendo el orden de la preceptiva:

a) El artículo 60 no sólo se refiere a la suspensión provisional del acto reclamado, sino a todas las medidas cautelares (medidas conservativas e innovativas) que el tribunal de la instancia “estime apropiada para asegurar la tutela judicial”. Esta aparen-

te “discrecionalidad” para la cautela instrumental y provisoria del tribunal, se ve racionalizada en el inciso segundo que describe amplias hipótesis en función de derechos lesionados, pero circunscrita a la medida de cautela conservativa de suspensión provisional del acto reclamado. No se oculta al observador agudo la fuente de problemas que se abre con estas reglas. En todo caso el amplio rango de estas medidas cautelares están en armonía con la definición misma de la acción de protección y el tipo de proceso que se incoa, todo lo cual está en concordancia con las disposiciones comunes recogidas en los artículos 17 y 18 del proyecto.

b) El artículo 68 establece un plazo de quinto día hábil desde que la causa quede en estado, plazo perentorio y “fatal”, para dictar sentencia, y la regla consolidada de notificación personal o por el estado. Nuevamente el observador agudo se percató de los problemas que arrastra un plazo perentorio y “fatal” incompleto, y las argucias dilatorias a que puede dar origen la práctica tribunalicia y forense.

c) El artículo 69 establece una severa regla sobre pago o condenación en costas, que deviene en cuasi sanción accesoria al recurrido agravante perdidoso, y en cambio obliga a la Corte correspondiente a calificar la temeridad del recurrente perdidoso para igual condenación.

d) El artículo 70 establece una muy necesaria regla acerca del cumplimiento del fallo de protección, fijando una amplia fuente de responsabilidad administrativa disciplinaria y fuente de responsabilidad penal, con indicación de procedimientos, frente al incumplimiento dentro del plazo preceptivo del fallo, rigidez de la regla y plazo causantes probablemente de más de un problema práctico.

e) Finalmente los artículos 72 y 73 del proyecto relativos a la apelación, por una parte la desformalizan al exigir que el recurso de apelación sea someramente fundado, y por otra parte establece reglas para su pronta substanciación por la Corte Suprema previa vista de la causa, oyendo los alegatos de los abogados de las partes. La regla general de examen del recurso de apelación en cuenta contenida en el Auto Acordado del rubro ha sido modificada en el reciente Auto Acordado de 25 de mayo de 2007, de suerte que, se ordenará dar cuenta preferente del recurso en la Sala que corresponda, “la cual si lo estima conveniente, se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, evento en el cual el recurso se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala que corresponda” (Nº 7). Esto significa que la Corte Suprema de algún modo vuelve sobre sus pasos restableciendo en parte un principio de oralidad en segunda instancia. Sin embargo, a la luz del proyecto de ley que hace preceptivo el examen de la apelación previa vista de la causa, el observador agudo deberá dar cuenta de un complejo problema, ya que la apelación deberá ser fallada dentro del plazo de 5 días hábiles, lo que somete a la Corte Suprema a un itinerario o pie forzado, lo que es agravado por la especialización de las salas.

III. RECURSO DE PROTECCIÓN Y GARANTISMO

En segundo orden de materias se hace necesario un breve *excursus* acerca de la matriz teórica garantista que inspira el proyecto de ley en general y la preceptiva del recurso de protección en particular; matriz garantista que está llamada a renovar nuestra cultura jurídica. Adicionalmente esta matriz garantista permite una aproximación metodológica pragmática a los derechos fundamentales, desde sus garantías confiándole centralidad a la Jurisdicción Constitucional de la libertad.

En cuanto al galicismo “garatismo” o “garantista” estos términos se sitúan en el corazón del constitucionalismo contemporáneo en sus vertientes liberal, democrática y social. De esta suerte, el “garatismo” —hace notar Ferrajoli— designa los límites y los vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de mayorías) y económicos (o del mercado), en el ámbito estatal e internacional—, para tutelar, persiguiendo el sometimiento a la ley y específicamente a los derechos fundamentales en ella establecidos, la esfera privada contra los poderes públicos y la esfera pública contra los poderes privados.²⁴

Contemporáneamente también Zagrebelsky en 1992 ha denominado al garantismo como “constitucionalismo avanzado”. Otros como Perfecto Andrés Ibáñez lo denominan como “constitucionalismo de contenidos”.²⁵ Hace muy poco tiempo Alberto dalla Vía en Argentina ha expresado, sobre el particular que, a su juicio el término “garatismo” no se vincula con algún movimiento esporádico sino con el universo de la tutela constitucional de los derechos como conjunto y sistema, que más bien proviene de una constante y paulatina evolución, con sus marchas y contramarchas, y los aportes de distintas vertientes. Desde esta cosmovisión genérica, el garantismo como tal encuentra fundamento en el contractualismo, que ha delegado desde la sociedad hacia el Estado, a través del pacto o contrato originario, el uso de la fuerza para garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Los instrumentos para tal fin son la ley y el orden, que es necesario asegurar desde la plena reconstrucción de un contrato social que hoy se encuentra en crisis.²⁶

Fácilmente se puede apreciar que “garatismo constitucional” es una expresión reciente. Se trata de una postura teórica para el estudio del orden jurídico que pretende superar las orientaciones normativistas o realistas, acrílicas o resignadas, respectivamente, y propias del positivismo y del realismo jurídico, entendidos “*lato sensu*”.

²⁴ Ver, en tal sentido la contribución de FERRAJOLI, Luigi, titulada “Garantías Constitucionales”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año 1, N° 2, Ed. Buenos Aires, 2000, p. 42. También del mismo autor *Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal* (prólogo de N. Bobbio), Edit. Trotta, 5ª edición, Madrid, 2001, en especial capítulos 13 y 14, pp. 851-957.

²⁵ Crf. SERRANO, José Luis: *Validez y vigencia*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, p. 14, nota 6.

²⁶ Ver, en tal sentido, DALLA VÍA, Alberto y su contribución “Las garantías en el derecho constitucional argentino”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año 1, N° 2, Ed. Buenos Aires, 2000, p. 38.

Bien destaca en este punto Ferreyra: “El paradigma que prevaleciera entre los máximos teóricos del positivismo jurídico durante el siglo XX consistió en el paradigma de la racionalidad formal, es decir en la comprensión de que la validez de la producción jurídica infraconstitucional se identificaba, sea cual fuere su contenido, con su existencia. Ello significa que la pertenencia de una disposición normativa a determinado ordenamiento jurídico viene determinada y por ende queda fijada en función del acatamiento de los principios y reglas constitucionales, que sólo programan los procedimientos para la elaboración normativa. El garantismo, basado en la disociación o diferenciación entre validez y vigencia, es decir entre existencia y significado, tendrá como nuevo paradigma para la teoría del Derecho la racionalidad sustancial”.²⁷

El paradigma del garantismo –señala Ferrajoli– no es otra cosa que la doble sujeción del Derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, o si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material.

Para la matriz teórica garantista la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, siendo una cuestión de subsunción o correspondencia de las formas de los actos productivos de disposiciones normativas, con las previstas por las normas formales sobre su producción, en particular, la Constitución. La validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción. El ordenamiento constitucional incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de diverso modo, limitan la actividad de los poderes constituidos del Estado, excluyendo o imponiendo, según el caso, determinados contenidos. La legitimidad de las decisiones de los poderes políticos estatales aparecerán así condicionadas, en los Estados constitucionales que posean Constitución rígida, no sólo por vínculos jurídicos formales respecto de la producción de los actos normativos, que fue la cualidad propia del positivismo jurídico. También por vínculos materiales que disciplinan el contenido de lo que ha de producirse, porque la producción subconstitucional sólo puede legitimarse mostrando su coherencia axiológica con la Ley Fundamental.²⁸

Insiste en este punto Ferreyra: “La Constitución escrita del Estado es un macromodelo normativo que, naturalmente, como es dable esperar de toda obra humana, experimentará intentos de modificación, quebrantamiento o transgresiones en su desarrollo. En última instancia es correcto suponer que por dicha razón, es justificable aseverar que la “constitución” del Estado democrático vale o valdrá, lo que valen o valdrían sus “Garantías”. Ni más, ni menos”.

²⁷ FERREYRA, Raúl Gustavo: *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 128-129.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías*, op. cit., pp. 20/22.

Luego, el sistema de garantías constitucionales tiene dos finalidades bien definidas: a) proteger y satisfacer los derechos fundamentales; y b) asegurar las formas jurídicas y políticas del Estado y su sistema de Gobierno adecuadas. La adopción de esta ruta teórica para el estudio del fenómeno jurídico-constitucional permitiría postular que el examen de las “garantías constitucionales” puede inscribirse bajo el título de “garantismo constitucional”, la que si bien es una conceptualización plausible, exige que se formulen las dos precisiones que siguen.

En suma, el garantismo posee una doble significación. Según destaca Ferreyra , estas son: “**Primero:** ‘garantismo constitucional’ es una significación ‘lato sensu’, postula conferir a la Constitución jurídica del Estado una posición de garantía de los derechos fundamentales, a través de los vínculos que impone a los poderes constituidos, para el desenvolvimiento de las funciones estatales. O sea, en este marco, la Constitución cumple una función de garantía. **Segundo:** aunque, también, ‘garantismo constitucional’ puede ser entendido como una perspectiva teórica para la construcción del discurso inherente al saber constitucional que, destaca el rol de las garantías constitucionales la centralidad para el funcionamiento del sistema que constituye su objeto de estudio: el orden constitucional. En consecuencia, ‘garantismo constitucional’, stricto sensu, es el estudio de los instrumentos de naturaleza defensiva de la suprallegalidad constitucional: las garantías constitucionales. O sea, en este marco, la Constitución es garantizada”.²⁹

La doble significación anotada pone de relieve un nuevo paradigma en la cultura jurídica en general y en el derecho público en particular, nuevo paradigma que aquilata en el surgimiento del Derecho Procesal Constitucional, que pasa por conciliar la racionalidad teórica y práctica, formal y material, de entender en definitiva que la Constitución es derecho, tanto en cuanto primera fuente formal del sistema y por ende de producción normativa, como también como subsistema normativo *iustfundamental vocado*, merced el sistema de garantías constitucionales, a un pleno imperio (validez y vigencia).

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión debemos reunir los hilos de esta exposición, dándoles una cierta coherencia con la matriz teórica garantista y el enfoque metodológicamente pragmático acerca de los derechos fundamentales y sus garantías subyacente a la elaboración del proyecto de ley comentado, destacando la esencial continuidad en cuanto a su dimensión procesal funcional y orgánica que posee la preceptiva del recurso de protección vaciada en la ley y no en fuentes infralegales, lo que obviamente reduce el campo a la innovación.

²⁹ FERREYRA, R. G.: ob. cit., p. 130.

Probablemente esta conclusión preliminar tiene estrecha relación con una lectura en general positiva acerca del recurso de protección en su dimensión procesal, y la constatación de que las cuestiones sustantivas acerca de esta acción son inabordables, ya que es la condena ex ante de toda acción imbricada en procesos de amparo de derechos fundamentales.

1. Hemos sostenido que el recurso de protección es una acción que instaura un proceso de amparo de tipo cautelar especial o principal, autónomo, extraordinario, unilateral, por regla breve y sumario para otorgar tutela a derechos fundamentales conculcados.

2. Se trata de una “tutela diferenciada” (Cappelletti), es decir, el proceso de amparo otorga tutela cautelar extraordinaria y urgente a derechos fundamentales del art. 20 C.P.R., que requieran de esta vía para su restablecimiento en cuanto a la titularidad y ejercicio, amagados por una acción u omisión ilegal o arbitraria (antijurídicas).

3. El recurso de protección en rigor no da lugar a un litigio, es decir, a una litis como la del proceso civil, sino un procedimiento de naturaleza “cautelar” sumario, sin contradictorio por regla, sin pruebas efectivas y sin garantías procesales propias de contenciosos de lato conocimiento, dado que restablece el imperio del derecho subjetivo, sin perjuicio de otras acciones y derechos. Con todo el recurso de protección puede devenir en auténticamente contencioso, lo que ocurre con mucha frecuencia, y en esta faz contenciosa, un procedimiento legal con las garantías del debido proceso legal son basales.

4. De esta manera, por la vía ejemplar el recurso de protección como un remedio procesal anulatorio de actos de la Administración, carece de las garantías procesales de un proceso administrativo declarativo o de lato conocimiento, poniendo a la Administración y al administrado en una situación de desigualdad procesal, que no condice con la garantía del “debido proceso legal” (art. 19, N° 3 inciso quinto C.P.R.).

5. El recurso de protección produce por regla sentencias con autoridad de cosa juzgada formal.

6. Finalmente recogiendo los hilos de esta exposición y comentario crítico del proyecto de ley, es menester señalar que subyace una lectura relativamente satisfactoria del recurso de protección como acción de tutela, pero se busca corregir defectos o prácticas jurisprudenciales o pretorianas lejanas del garantismo, como son las discrecionales admisibilidades, por una parte o la fijación de un plazo de interposición y reglas procedimentales a través de verdaderos reglamentos jurídicos contenidos en autos acordados de la Corte Suprema.

En nada modifica esta conclusión final acerca del recurso de protección, la reciente modificación al Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales de la Corte Suprema de 25 de mayo de 2007, que morigera

aspectos muy críticos de la reglamentación procedimental del recurso de protección, a saber: amplía el plazo de interposición de 15 días a 30 días, racionaliza el trámite de admisión, cuenta preferente del recurso de apelación en la Sala respectiva y posibilidad de trámite de previa vista de la causa.

En suma, es nuestro parecer que la preceptiva sobre el recurso de protección recogida en el proyecto de ley que comentamos, se inscribe en una perspectiva de *lege ferenda* razonablemente garantista y da cuenta de problemas prácticos que se decantan en el foro y jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Resta como broche de esta exposición y reconocimiento de una matriz teórica garantista evocar a Calamandrei, que en su discurso “Proceso y Justicia” (1950) apunta: “Todas las libertades son vanas si no pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio, si los jueces no son libres, cultos y humanos, si el ordenamiento del juicio, no está fundado, él mismo, sobre el respecto de la persona humana, el cual en todo hombre reconoce una conciencia libre, única responsable de sí, y por esto inviolable”.³⁰

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. E. Garzón V. y R. Zimmerling), Edit. CEC, Madrid, 1993.
- BIELSA, Rafael, *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1958.
- CALAMANDREI, Piero, “Proceso y Justicia”, en *Derecho Procesal Civil*, vol. III: “Estudios de Derecho Procesal Civil” (trad. S. Sentís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1973.
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Librería El Foro S.A., Buenos Aires, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso Ideologías, Sociedad*, Ejea, Buenos Aires, 1974.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Edit. Civitas S.A., Servicios Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1991.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957.
- DALLA VÍA, Alberto, “Las garantías en el derecho constitucional argentino”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año 1, N° 2, Buenos Aires, 2000.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia*, Librería de la V. de Ch., Bouret, París, México, 1911.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, “Acciones Cautelares de la Libertad Económica”, *Temas de Derecho*, año XI, 1 y 2, Santiago, 1996.
- FIAREN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.

³⁰ CALAMANDREI, Piero: “Proceso y Justicia”, en *Derecho Procesal Civil*, vol. III “Estudios de Derecho Procesal Civil” (trad. S. Sentís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1973, p. 220.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal* (prólogo de N. Bobbio), Edit. Trotta, 5ª edición, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, “Garantías Constitucionales”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año 1, N° 2, ed. Buenos Aires, 2000.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1980.
- LINARES QUINTANA, Segundo, *Acción de Amparo. Estudio Comparado con el juicio de Amparo de México y el mandato de Seguridad de Brasil*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.
- MERKL, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Edit. Revista de Derecho Privado, 1935.
- PAILLÁS, Enrique, *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, Edit. Jurídica, 1990.
- PEREIRA A., Hugo, *La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1954.
- RAMOS, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 2 tomos, 1986.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales”, *Gaceta Jurídica* N° 171, Santiago, 1994.
- SERRANO, José Luis, *Validez y vigencia*, Edit. Trotta, Madrid, 1999.
- SOTO KLOSS, E., *El Recurso de Protección*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982.
- TAVOLARI O., Raúl, *Recurso de Amparo. Hábeas Corpus*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- TAVOLARI O., Raúl, “Protección constitucional y Cautela Judicial”, *Gaceta Jurídica* N° 148, Santiago, 1992.
- ZÚÑIGA U., Francisco, “Recurso de Protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX”, *Gaceta Jurídica* N° 198, Santiago, 1996.