Oficio N° 26-2018.-

INFORME PROYECTO DE LEY 38-2017
Antecedente: Boletín N° 11.495-07.

Santiago, 31 de enero de 2018.

Mediante oficio N° 224/SEC/17, de fecha 21 de noviembre pasado, el Presidente del Senado, don Andrés Zaldívar Larraín, solicitó al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley para regular el recurso de protección y derogar la ley N° 18.971, que regula el recurso denominado de amparo económico. Lo anterior, debido a que el proyecto contiene normas que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. (Boletín 11.495-07).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de esta misma fecha, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Hugo Dolmestch Urra, Carlos Künsemüller Loebenfelder y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y señores Carlos Cerda Fernández, Manuel Valderrama Rebolledo y Arturo Prado Puga, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SEÑOR PRESIDENTE
ANDRÉS ZALDÍVAR LARRAÍN
H. SENADO
VALPARAÍSO

“Santiago, veintinueve de enero de dos mil dieciocho.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que mediante oficio N° 224/SEC/17, de fecha 21 de noviembre pasado, el Presidente del Senado, don Andrés Zaldívar Larraín, solicitó al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley para regular el recurso de protección y derogar la ley N° 18.971, que regula el recurso denominado de amparo económico. Lo anterior, debido a que el proyecto contiene normas que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. (Boletín 11.495-07).

Segundo: Que de acuerdo con lo reseñado en el proyecto, la regulación que en él se propone persigue dos objetivos. El primero es resolver la situación de inconstitucionalidad que, según la senadora, se configura por la regulación del recurso de protección mediante un auto acordado de la Corte Suprema. A su vez, se busca dotar a esta acción constitucional de una regulación moderna y eficaz. En este sentido, se estima por la proponente legislativa que es la ley la que debe regular materias como los plazos del recurso, la determinación de la competencia, los límites de la potestad cautelar y las sanciones por el incumplimiento de las resoluciones, entre otros aspectos.

Junto con incorporar referencias comparadas relativas a las acciones de tutela de derechos fundamentales, la iniciativa menciona dentro de sus aspectos más relevantes la regulación de los siguientes asuntos: legitimación activa, legitimación pasiva, tribunal competente, requisitos de admisibilidad, bilateralidad de la audiencia, plazos de presentación, efectos de la sentencia, cumplimiento de la sentencia, orden de no innovar, etc.

Un segundo objetivo del proyecto consiste en derogar la Ley N°18.971, que regula el recurso denominado de amparo económico, en atención a que tal normativa resultaría redundante al existir el recurso de protección que la propia iniciativa regula.

Tercero: Que han sido diversas las mociones que han propuesto regular el recurso de protección sobre las que ha recaído la opinión de esta Corte Suprema:

a) Proyecto de ley sobre la acción de protección de las garantías constitucionales (Boletín N° 2191-07; Oficio C. Suprema N° 1749-1998[1]).

Esta moción tuvo por fundamento que el Auto Acordado de 27 de junio de 1992, sería inconstitucional, por lo que con ella se buscaba subsanar este vicio e innovar en algunos aspectos derivados de la práctica y la naturaleza jurídica del recurso.

Con fecha 5 de octubre de 1998, esta Corte remitió el Oficio N° 1.749, con su opinión sobre la materia, expresando en resumen, que no se ajusta a la realidad acusar de inconstitucional el auto acordado, por cuanto éste fue dictado en ejercicio de las facultades del máximo tribunal. Igualmente, se consideró demasiado extenso el término de prescripción de la acción de 6 meses que contemplaba ese proyecto. Además, se expresó que más bien correspondía a un plazo de caducidad, sin consonancia con una acción de ejercicio inmediato y urgente. En cuanto a la apelación, el proyecto de ley preveía la vista de la causa en todos los casos, circunstancia que fue confrontada por la Corte Suprema con la "cuenta preferente" prevista en su Auto Acordado, tramitación consecuente con el aumento de los recursos de protección.

Este proyecto fue archivado en abril de 2004.

b) *Proyecto de ley acciones constitucionales de amparo o habeas corpus y de protección (Boletín N° 2809-07; Oficios C. Suprema N°s 3057-2002 y 177-2007).*

Con fecha 13 de diciembre de 2001 se remitió por parte de la Corte Suprema el Oficio N° 3057, que daba cuenta de la opinión del máximo tribunal.

Se señaló al respecto, que *"se hace imposible prestar su asentimiento, dado que en él se advierten serios inconvenientes tanto de forma como de fondo, al presentar vacíos y omisiones trascendentes y fundamentales…"*[2].

Además de las carencias señaladas, se reparó en disposiciones antagónicas, lo que hizo aún más complejo vislumbrar la voluntad del legislador.

En términos generales, el máximo tribunal concluyó que el proyecto requiere una reformulación, a efectos de elaborar un texto adecuado en atención a los fines propuestos por sus autores, y para el caso de su tramitación hizo presente la necesidad de considerar el Auto Acordado de la Corte Suprema.

Adicionalmente, con fecha 8 de junio de 2007 la Corte Suprema emitió el oficio N°177, respecto de una nueva consulta hecha por el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la H. Cámara

[1] Suscrito con fecha 5 de octubre de 1998.
[2] Oficio N°3057 de 13 de diciembre de 2001, Corte Suprema.

de Diputados en relación al proyecto de ley de la referencia. Sobre el particular el informe señaló que tampoco es posible informarlo en términos favorables al mantenerse "…muchas de las observaciones contenidas en el informe anterior sobre la misma materia legal".

Las observaciones aludidas refirieron, esencialmente, a la ampliación del plazo para recurrir, afectando la seguridad jurídica y el recargo en la labor de los tribunales civiles, de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema.

La mencionada iniciativa legal se encuentra en primer trámite constitucional, no registrando movimiento desde 2008.

c) Proyecto de ley que establece un procedimiento para la tramitación de la acción constitucional a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, y que deja sin efecto el Auto Acordado que indica (Boletín N° 4011-07; Oficio C. Suprema N° 101-2006[3]).

Con fecha 9 de agosto de 2006 se remitió por parte de la Corte el Oficio N°101, que daba cuenta de su opinión.

En primer lugar, el informe se refiere al Auto Acordado de 27 de junio de 1992, señalando que éste se dictó *"con estricta sujeción a derecho"* en virtud de sus facultades económicas.

En segundo lugar, expresó similares observaciones a las de los proyectos precedentes en materia de retardo evidente en la tramitación de las acciones de protección y al recargo en el trabajo de las Cortes de Apelaciones. Respecto del plazo de 6 meses para interponer la acción, se reiteraron las observaciones contenidas en el informe de 1998.

Este proyecto fue archivado en junio de 2009.

Cuarto: Que el Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas oportunidades[4] que la Corte Suprema goza de competencia constitucional y de la potestad normativa para regular el recurso de protección mediante auto acordado. En efecto, con argumentos de diversa naturaleza, ha declarado en reiteradas ocasiones que la Corte Suprema detenta legitimidad para dictar el Auto Acordado y que el texto del mismo es íntegramente consistente con la Constitución.

Así, ha reconocido que el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales ("Auto Acordado")

[3] Suscrito con fecha 9 de agosto de 2006.

[4] Véanse las sentencias Roles N° 783-2007, 990, 2007, 1009-2008, 1171-2008, 1251-2010, 1557-2011, 1812-2011, 1816-2011, 1817-2011, 1924-2011 y 2243-2011.

contenido en el Acta N°94-2015, de 17 de julio de 2015, tiene como antecedente directo el auto acordado de 29 de marzo de 1977, respecto del cual el primero es meramente un texto refundido.

Este auto acordado, se originó en razón de lo dispuesto por el Acta Constitucional Nº 3 de 1976, cuyo artículo 2 inciso segundo otorgaba al máximo tribunal la facultad (y el mandato) de dictar el Auto Acordado, usando los siguientes términos: "*La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso*". Como puede verse el citado cuerpo normativo, junto con crear el recurso de protección en nuestro sistema institucional, dispuso el deber de la Corte Suprema de regular su tramitación procesal.

La razón del constituyente de 1976 para radicar en la Corte Suprema esta competencia fue funcional: "*ya se sabe*" —sostuvo el presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución— "*lo que significa dejar entregada a la ley determinada materia: no se dicta la disposición legal y el precepto queda sólo como una mera declaración programática*"[5]. Y concluye el presidente de la Comisión: "*En virtud de esta inquietud, la Comisión Constituyente optó por entregar a la Excma. Corte Suprema la facultad de reglamentar el recurso de protección, mediante la dictación de un Auto Acordado*"[6].

Posteriormente, el constituyente de 1980 confirmó la solución adoptada por el constituyente de 1976. La discusión dada en el seno de la Comisión de Estudios de la Carta Fundamental (sesión 215) da cuenta de la idea de dejar indubitada la potestad del máximo tribunal de dictar autos acordados.

De esta forma, bajo el prisma constitucional y de acuerdo a lo expresado invariablemente por la jurisprudencia del tribunal del ramo, el Auto Acordado de esta Corte Suprema goza de una indiscutible legitimidad, siendo completamente congruente con nuestra Constitución.

Quinto: Que de forma adicional al argumento histórico, el reconocimiento directo de la facultad de la Corte Suprema de dictar autos acordados está contenido en el artículo 82 de la Constitución, que establece que el máximo tribunal "*tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación*". Esta norma consagra la autonomía normativa de la Corte Suprema, expresada a través de sus autos acordados.

---

[5] Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión Nº214, Intervención del comisionado Ortúzar Escobar, p. 19.
[6] Op.cit.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho –reiterando lo resuelto desde su sentencia Rol N° 783-07[7]- que en aspectos de funcionamiento en que "*el legislador no ha establecido normas o que expresamente la Constitución no le ha reservado a éste, el propio órgano puede autorregularse*", en la medida de que con ello no se contradiga normas legales ni menos de rango constitucional[8].

Desde esta perspectiva, en silencio de la legislación procesal, la Corte Suprema puede hacer efectiva la tutela de garantías impidiendo que las normas que consagran dichas garantías devengan en *irrelevantes* o *meramente programáticas*, dando aplicación al principio de inexcusabilidad (art. 76 inc. 2º, Constitución) mediante el deber de regular un procedimiento para dar efectividad a una acción cuando no lo ha hecho el legislador.

En resumen, esta potestad normativa autónoma de fuente constitucional asignada a la Corte Suprema se dirige a salvaguardar las garantías procesales básicas de derechos fundamentales, asegurando una pronta y cumplida administración de justicia —especialmente tratándose de procedimientos de urgencia, como el de protección—. La omisión del legislador no podría significar impedir a otro órgano constitucional ejercer funciones que le son propias.

Sexto: Que, naturalmente, lo anterior no es óbice ni denota la oposición de esta Corte Suprema a que el legislador proponga la regulación que hasta el día de hoy ha omitido. Resulta manifiesto que la iniciativa de ley en la materia en comento cae dentro del ámbito de las facultades consustanciales al Poder Legislativo. Sin embargo, lo anterior no importa desconocer que esta Corte ha regulado la tramitación del recurso de protección por vía de auto acordado con arreglo a una competencia que tiene constitucionalmente reconocida, como tampoco la posibilidad de que, al ser llamada a informar una iniciativa de ley en la materia conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Carta Fundamental, advierta deficiencias derivadas de imprecisiones e inconveniencias en el texto del proyecto.

El sentido de los párrafos previos es otro: relevar y situar en el lugar que corresponde a la Corte Suprema en el ejercicio de sus facultades conservadoras a los efectos de mantener la supremacía constitucional y el resguardo de los derechos fundamentales.

---

[7] Considerando vigésimo quinto.

[8] Véase STC, 18.08.11, Rol N° 1812 (1816-1817)-10, considerando 16. Misma argumentación encontramos en STC, 03.09.13. Rol N° 2243-2012.

Existen variados ejemplos que ponen en evidencia lo anterior. Entre ellos, resaltan los autos acordados dictados por la Corte Suprema para regular el recurso de amparo y el de inaplicabilidad, arbitrios que carecían de procedimiento y, por consiguiente, ameritaron que esta Corte los regulara conforme lo autorizan sus facultades conservadoras, con la consecuente utilidad para dar eficacia a tales institutos procesales. Similar proceder se observa en materia del reclamo de nacionalidad previsto en el artículo 12 de la Constitución Política de la República, respecto del que no hay procedimiento y en que el Poder Judicial ha actuado sin mayores dificultades por medio de la auto-regulación que ha dado en la materia la Corte Suprema con arreglo a sus facultades conservadoras. Así, también, en materia del reclamo constitucional previsto para toda persona que hubiera sido injusta o erróneamente privada de libertad, ha sido la Corte Suprema el órgano que, por medio de un auto acordado, ha definido un procedimiento que ha permitido decidir si el afectado tiene derecho a una indemnización. Ninguno de estos ordenamientos ha sido cuestionado de la manera que se hace respecto al recurso de protección, no obstante que tanto aquéllos, como éste, tienen un sentido semejante y obedecen al mismo fin principal: hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales.

Específicamente, en lo que se refiere al recurso de protección, el auto acordado que lo rige define y asegura cuestiones básicas de accesibilidad, así como aspectos que permiten a los tribunales superiores resolver ese tipo de acciones dentro de un marco caracterizado por el alto número en que son ejercidas.

Por lo que se ha venido expresando en los párrafos previos, no es posible aceptar el entredicho en que se intenta poner el resultado del necesario ejercicio de las facultades conservadoras por parte de la Corte Suprema, en cumplimiento de un mandato constitucional y de innegable trascendencia dentro de la jurisdicción.

Séptimo: Que en cuanto al detalle del proyecto, en su artículo 2° prevé la normativa aplicable al recurso de protección –la Constitución Política de la República y la ley, sin perjuicio de las facultades de la Corte Suprema.

En cuanto a la interpretación de los derechos tutelados, se contempla la incidencia de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin embargo, no es pertinente reducir la interpretación a los

tratados, puesto que en primer lugar ha de concurrirse a la propia Carta Fundamental y, seguidamente, a la ley.

Acerca de la apreciación de la prueba, el inciso segundo del artículo 4° del proyecto se prevé el estándar de la *sana crítica*, por lo que no se innova en lo que es la regulación del auto acordado de la Corte Suprema.

Octavo: Que en lo concerniente a la legitimación activa, el proyecto propone incorporar la tutela de derechos no sólo individuales, sino también colectivos. Esto, atendida la naturaleza de ciertos derechos (como el derecho un ambiente libre de contaminación) y basado en que ciertas vulneraciones no parecen tan gravosas como cuando se les considera desde un punto de vista colectivo, o bien las respuestas que se dan para la protección de derechos individuales no resultan del todo satisfactorias para los derechos colectivos. Junto con lo anterior, se estima que ambos derechos tienen el mismo peso, por lo que la protección que se les otorga debe ser equivalente, de lo contrario se incurre en arbitrariedades.

En razón de estas consideraciones, el artículo 6° del proyecto, al indicar a los legitimados activos para interponer esta acción, dispone:

"Artículo 6°.- Legitimados activos. Podrá interponer el recurso de protección:

1. El agraviado por el acto u omisión arbitraria o ilegal o cualquiera a su nombre, aun cuando no tenga poder ni cuente con patrocinio de abogado. En casos especialmente calificados, se podrá presentar recurso de protección en nombre y a favor de una persona incluso en contra de su propia voluntad.

2. Las personas jurídicas sin fines de lucro que promuevan el respeto y la defensa de los derechos humanos en el caso de agravio a derechos de incidencia colectiva en los cuales exista un interés difuso.

3. El Instituto Nacional de Derechos Humanos."

Noveno: Que la protección de intereses colectivos o difusos no es nueva en nuestra legislación. En efecto, la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, dispone en su artículo 50 que el ejercicio de las acciones que derivan de ella podrá realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores.

En dicha disposición se define a las acciones de interés individual como aquellas que se promueven en defensa de los derechos del consumidor afectado; las de interés colectivo como las que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores,

ligados con un proveedor por un vínculo contractual; y las de interés difuso las que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

A su vez, esta misma ley regula en un párrafo especial el procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. Su artículo 51 establece que este procedimiento se iniciará por demanda presentada por: a) el Servicio Nacional del Consumidor; b) una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su asamblea para hacerlo o, c) un número de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados. A su turno, el artículo 54 dispone que la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos *erga omnes* y que todos aquellos que hayan sido perjudicados por los mismos hechos podrán reclamar el cobro de las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que correspondan.

Es precisamente esta clase de regulación de la que el proyecto que se analiza carece. En efecto, éste se limita a consagrar la posibilidad de accionar en favor de intereses colectivos o difusos, pero sin establecer con claridad quiénes tendrán la legitimación para hacerlo ni cuáles serán los efectos de la sentencia.

En suma, la tutela de intereses colectivos o difusos en virtud del ejercicio del recurso de protección no encuentra debida consonancia con el tenor de la norma que lo estatuye. El artículo 20 de la Carta Fundamental precisa de un afectado –“el que”- vale decir de una persona que exhiba una garantía afectada asociada al restablecimiento del imperio del derecho que impetra.

Décimo: Que el artículo 6° sólo señala que tendrán legitimación activa para accionar en casos de agravio a intereses difusos o colectivos “*las personas jurídicas sin fines de lucro que promuevan el respeto y la defensa de los derechos humanos*”, sin especificar cómo se determina a estas personas, qué requisitos deben cumplir, a quiénes representarán, etc., a diferencia de lo que ocurre con la ley sobre protección de los derechos de los consumidores, que regula en detalle estas circunstancias.

La falta de regulación acerca de las características que deben presentar estas personas jurídicas sin fines de lucro genera el problema adicional de que no es posible determinar el colectivo al cual representa y a quienes afectará la sentencia, cuestión relevante puesto que en estos casos se rompe con el efecto

relativo de la misma y la cosa juzgada afecta a todos quienes se encuentren en la misma situación, hayan o no participado del juicio.

Como puede observarse de lo reseñado, la naturaleza y objetivos de esta acción de tutela tal y como está preceptuada actualmente en el artículo 20 de la Constitución, no hacen posible la adopción de la regulación propuesta en los términos concebidos en el proyecto.

Por otra parte, al establecerse únicamente en el numeral 1º la posibilidad de que el agraviado o cualquiera a su nombre interponga el recurso sin patrocinio de abogado, cabe la duda si la exención de patrocinio se aplica o no en general respecto de la interposición del recurso de protección, cualquiera sea la hipótesis de procedencia, o sólo cuando el agraviado u otra persona en su nombre deduce esta acción de conformidad al citado numeral.

Es también indefinida la inclusión del Instituto Nacional de Derechos Humanos, circunstancia que no hace posible emitir opinión.

Undécimo: Que desde un punto de vista constitucional -artículo 20- la propia definición del recurso de protección requiere de la existencia de un afectado por un derecho individual, circunstancias que necesariamente deben ser verificadas al examinar la procedencia del recurso de protección y determinar la pertinencia de la cautela pedida.

Por lo expresado en este motivo y en el que antecede, no es posible concordar con la regulación propuesta en la iniciativa que se revisa.

Duodécimo: Que sobre la legitimación pasiva, el proyecto incorpora la posibilidad de accionar en contra de actos arbitrarios o ilegales que provengan tanto de un órgano del Estado, de una persona, o de un grupo de personas. En este punto, el Mensaje aclara que al referirse a “grupos de personas” no lo hace tan sólo respecto a aquellos que cuenten con personalidad jurídica[9].

En este sentido, el proyecto reitera la indefinición en la que cae al referirse a los sujetos activos. Una vez más, nos encontramos ante la imposibilidad de definir a este “grupo de personas” y cómo es posible identificarlo al momento de accionar. Este punto es especialmente relevante puesto que, como ya se dijo, se requiere para precisar a quiénes afectará la sentencia que se dicte.

[9] Dice el Mensaje “Sobre la Legitimación Pasiva, creemos que el recurso de protección ha de proceder tanto respecto de actos arbitrarios o ilegales que provengan de un órgano del Estado o de una persona o grupo de personas. Respecto a este último sujeto (grupo de personas), pensamos que no debe limitarse el recurso a personas que gocen de personalidad jurídica. Por el contrario, también debe ser posible accionar contra los actos que vulneren los derechos humanos que provengan de grupos de personas que carecen de personalidad jurídica, dado que a final de cuentas se trata de conductas que transgreden y vulneran derechos.”.

Si por “grupo de personas” se quiere aludir sólo a la posibilidad de accionar en contra de múltiples demandados, no hace falta una mención expresa sino la aplicación de las reglas generales de litisconsorcio pasivo. Si en cambio, se quiere incluir a aquellas entidades sin personalidad jurídica, como se desprende del mensaje (tales como masas patrimoniales, comunidades o sociedades de hecho), podría ensayarse una redacción similar a la prevista en el numeral 3 del artículo 16[10] del Boletín 8197-07, que *Establece el Nuevo Código Procesal Civil*, y no incurrir en esta contradicción de utilizar la voz “grupos de personas” para referir justamente a entidades que carecen de personalidad.

Decimotercero: Que el proyecto consagra, también, la posibilidad de recurrir contra resoluciones judiciales que afecten derechos humanos, cuando aquellas se dicten en un procedimiento en el cual la persona afectada no ha sido parte del juicio por causas ajenas a su voluntad y mientras no exista otro medio idóneo para procurar la protección de sus derechos. De esta forma, se sigue una postura intermedia que lo que busca es evitar, por un lado, establecer una negativa absoluta para accionar en contra de resoluciones judiciales, y por otro, promover una apertura tal que permita recurrir contra todas ellas, desnaturalizando todo el sistema de recursos y jerarquías del Poder Judicial.

Según se señala en la propuesta, la postura intermedia que el proyecto consagra recoge la doctrina del profesor Nogueira Alcalá. En efecto, en su opinión “[q]uedan excluidas de la acción de protección la ley y las resoluciones judiciales, aun cuando hay algunas excepciones respecto de estas últimas, cuando ellas afectan a un tercero que no ha sido parte en el litigio y se ve afectado en sus derechos por la sentencia judicial[11]”.

En virtud de ello, el artículo 7° del proyecto dispone que el recurso “Procederá contra resoluciones judiciales sólo si el agravio es causado por una resolución que pone fin a un proceso o hace imposible su consecución, el afectado no pudo formar parte del mismo por causas que no le sean imputables, y no existe en el ordenamiento jurídico otro medio idóneo y rápido para procurar la protección de los derechos vulnerados.”.

Cabe destacar que, por regla general, la jurisprudencia ha establecido que el recurso de protección no procede contra resoluciones judiciales.[12]

---

[10] Dice esta norma: “Art. 16.- Capacidad para ser parte. Podrán ser partes en los procesos ante los tribunales civiles: 1°. Las personas naturales; 2°. Las personas jurídicas; **3°. Las masas patrimoniales, los patrimonios separados, las comunidades, las sociedades de hecho, y en general, las entidades sin personalidad jurídica**.”.

[11] NOGUEIRA, Humberto, “El recurso de protección en Chile”. p. 166.

[12] MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. 2010. Los Recursos Procesales. Chile, Editorial Jurídica. P. 417.

Este Tribunal, informando del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 2.809-07, por oficio N° 3057-2002, de 13 de diciembre de 2001, observó que:

"*ll) También permite que se recurra de protección contra resoluciones judiciales no emanadas de la Corte Suprema, convirtiendo esta acción de protección de derechos, en un medio de impugnación de resoluciones judiciales (artículo 35 letra c)".*

La redacción del artículo 7° es confusa, al no dar claridad respecto a que las situaciones que enumera al determinar la procedencia del recurso contra resoluciones judiciales, constituyen requisitos copulativos y no hipótesis aisladas unas de otras, apartándose de lo expresado en el mensaje que acompaña el proyecto; tampoco se indica si se incluye a las resoluciones que se encuentran firmes o ejecutoriadas.

Esta disposición producirá una alteración al régimen recursivo consagrado en la legislación procesal, sin perjuicio, en su caso, de los efectos que se pueden derivar en relación a la institución de la cosa juzgada.

Decimocuarto: Que en cuanto al procedimiento el artículo 3° dice:

"Principios. El Recurso de protección se regirá por los principios de bilateralidad de la audiencia, celeridad y oficiosidad.".

Al respecto, es necesario reiterar que la Constitución Política de la República no señaló la forma en que deberá tramitarse la acción de protección de garantías constitucionales, limitándose el artículo 20 de la Constitución a crear la acción, indicar las garantías protegidas y asignarle competencia en primera instancia a la Corte de Apelaciones respectiva.

En relación con el artículo 3° del proyecto, pareciera que la pretensión del legislador es enunciar cuáles son los principios básicos que definen la regulación de este procedimiento de urgencia. En términos generales se percibe que el proyecto que se analiza alude a lo largo de su articulado a muchos conceptos doctrinales que carecen de definición legal. En cuanto a los principios (bilateralidad, celeridad, oficiosidad), no indica qué significa cada uno de ellos, indefinición que en el futuro permitirá que se aleguen defectos jurídicos por su incumplimiento con consecuencias negativas para la consecución del objetivo de este recurso, cual es la tutela urgente de las garantías constitucionales que se estimen vulneradas.

i) Bilateralidad de la audiencia; consideración del recurrido como parte en el proceso e intervención de terceros interesados

Se ha dicho que 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)"[13] que se caracteriza por ser un procedimiento de urgencia, informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio. En lo que respecta a su carácter unilateral, se entiende que la acción de protección se dirige contra el Estado y frente al agresor, si se le conoce, no persiguiendo subordinar el interés ajeno al propio, participando entonces, el Estado, a través del órgano jurisdiccional, y el afectado[14]. Este carácter particularísimo del recurso de protección es una excepción al principio de bilateralidad de la audiencia, justificada en virtud de los fines de esta acción, que son restablecer el imperio del derecho y dar al agraviado la protección debida, lo cual no requiere de contraparte, ya que solamente se busca resguardar los derechos constitucionales, sin otra consideración[15].

El proyecto se limita a declarar el principio de bilateralidad de la audiencia como uno de los que regirá el procedimiento, sin conmensurar las implicancias que este reconocimiento podría tener, ni cómo conciliarlo con las características especiales que tiene la acción de protección en relación al resto de los procedimientos de nuestro ordenamiento jurídico.

A modo ejemplar, la consagración efectuada en el artículo acerca de la calidad de parte del recurrido, sin que exista un mayor desarrollo acerca de los derechos que como tal goza, podría dar lugar a alegaciones por parte de los recurridos que entorpecerían el procedimiento y lo extenderían innecesariamente, contrariando su naturaleza y obstaculizando el cumplimiento de sus fines. En este sentido, pareciera suficiente consagrar como derechos del recurrido la posibilidad de presentar informes (que operaran como un equivalente de la contestación de la demanda) y de solicitar alegatos, que constituyen las potestades más relevantes con las que cuenta y que no se oponen a la naturaleza del procedimiento.

Actualmente, en vista de que la figura de los terceros interesados se encuentra establecida dentro de las normas comunes a todo procedimiento, se

[13] ZUÑIGA, Francisco. 2007. El recurso de protección en proyecto de Ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales. Estudios Constitucionales [En línea]: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050204> [Consultado: 01 de diciembre de 2017]. p. 64.
[14] MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. 2010. Los Recursos Procesales. Chile, Editorial Jurídica. P. 416.
[15] NOGUEIRA, Alcalá. 2007. El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. En: Ius et praxis - Núm. 13-1. p. 18.

reconoce el derecho de éstos a intervenir en procesos especiales, como el recurso de protección[16]. Así, el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo de este Recurso, reconoce este derecho de los terceros, al disponer en su numeral 4° que:

"Las personas, funcionarios y Órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso".

Estos terceros, sin ser partes directas u originarias en el recurso, intervienen en él por tener un interés actual en sus resultados, pudiendo defender intereses armónicos o contradictorios con aquellos del recurrente.

En la misma línea, el artículo 8° del proyecto de ley dice: "Podrá hacerse parte del procedimiento todo tercero que tenga derechos emanados de la acción u omisión recurrida. También podrán hacerlo todos aquellos que tengan un interés legítimo en el resultado del proceso. La oportunidad para hacerse parte será antes de la resolución que ordene traer los autos en relación.".

No es conveniente la oportunidad para que los terceros se hagan parte como lo establece el proyecto, sino dejarla consagrada en términos amplios, como el Auto Acordado lo estatuye.

b) Notificación por cédula

El artículo 9° establece que las resoluciones que soliciten informes y la sentencia del recurso se notificarán por cédula, lo que podría ocasionar demoras indebidas en la tramitación.

En efecto, el carácter desformalizado del recurso de protección forma parte esencial de su caracterización como procedimiento de urgencia, permitiendo a los jueces decretar diligencias por las vías y en la forma que éstos consideren más idónea.

En relación a la solicitud de informes, la regulación actual establece que la Corte de Apelaciones respectiva los requerirá por la vía que estime más rápida y efectiva.

Dice el numeral 3° del Auto Acordado:

"3º.- Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ***ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva****, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se*

[16] ROMERO, Alejandro. Op. Cit. p. 19.

solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con éste, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso.

En los casos en que el recurrido sea un organismo público, bastará la notificación al jefe local del servicio o a su representante en el territorio jurisdiccional respectivo*.*

Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente, previo sorteo, en las Cortes de Apelaciones de más de una Sala.

Los oficios que fueren necesarios para el cumplimiento de las diligencias decretadas se despacharán por comunicación directa, por correo o por cualquier medio electrónico; a través de las Oficinas del Estado o por medio de un ministro de fe*. El Tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar.".*

En este sentido, establecer requisitos adicionales a este trámite –como es exigir notificación por cédula- retrasaría innecesariamente la gestión, por todo lo que implica su encargo a un receptor y que ésta la practique, y daría también la posibilidad al recurrido de ocultarse para evitar ser notificado, paralizando con esto el procedimiento.

Junto con lo anterior, esta exigencia obligaría al recurrente a incurrir en gastos que en la actualidad no existen, lo que contradice los fines del recurso y también el resto de la regulación, que permite que cualquier persona pueda deducirlo en nombre del afectado, sin necesidad de mandato[17], y que dicho recurso sea presentado incluso sin patrocinio de un abogado, en el entendido que no todas las personas están en condiciones de costearlo, aspecto que no debiese obstar a que las personas puedan reclamar de las vulneraciones en sus derechos fundamentales. El mismo principio debiese aplicar tratándose de las notificaciones.

[17] Dice el inciso primero del numeral 2° del Auto Acordado de la Corte Suprema: "El recurso se interpondrá por el afectado o **por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial**, por escrito en papel simple o por cualquier medio electrónico.". Similar regulación se propone en este proyecto de ley, cuyo artículo 6° numeral 1 dice: "Podrá interponer el recurso de protección: 1.El agraviado por el acto u omisión arbitraria o ilegal *o cualquiera a su nombre, aun cuando no tenga poder ni cuente con patrocinio de abogado*.". No podría ser de otra forma. Es la propia constitución la que autoriza al afectado a "ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva".

Por último, cabe señalar que el artículo 9° no es claro en señalar si la forma de notificación expedita y eficaz que las partes pueden señalar en su primera presentación reemplaza o no el deber de notificar la sentencia del recurso por cédula.

Decimoquinto: Que con respecto al plazo de 30 días para la presentación del recurso, la iniciativa incorpora la posibilidad de que éste se cuente desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión y hasta 30 días después del cese del agravio, o bien, desde que se tenga conocimiento cierto del mismo. Según la autora, es necesario extender el plazo cuando "la vulneración del derecho sea prolongada".

En virtud de estas ideas, el artículo 11 dispone lo siguiente:

"*Artículo 11.- Plazo de interposición.* *El recurso podrá interponerse desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión y hasta 30 días después del cese del agravio. De no haber sido conocido el acto o la omisión, el plazo se contará desde que se haya tenido conocimiento cierto del mismo."*

En este ámbito, si se contrasta esta norma con la del Auto Acordado, constituye una innovación la declaración expresa de que el cómputo del plazo pueda contarse desde el término del agravio en casos de afectación permanente. Es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema en ciertos casos ha reconocido esta posibilidad en sus fallos.

Dice el numeral 1° del Auto Acordado: "1º.- El recurso o acción de protección se interpondrá dentro del plazo fatal de treinta 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.".

Autores, como el mencionado en la cita, [18] efectúan una distinción relativa a las formas de computar el plazo según se trate de un hecho material, de un acto jurídico que se pone en conocimiento mediante su publicación o notificación, o de un acto jurídico que no se notifica o pública, distinciones que el proyecto no efectúa.

En el primero de los casos se indica que el plazo "se cuenta desde la ejecución del acto arbitrario. Si la perturbación es permanente, el acto se renueva y mantiene día a día, por lo que el plazo comienza a correr desde que se comete el último de ellos".[19] En tanto, en la segunda hipótesis el plazo se

[18] MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. Op. Cit, p. 419.
[19] Ídem.

cuenta desde la publicación o notificación, mientras que en la tercera éste se computa desde que el afectado tome conocimiento.

Es pertinente traer una vez más a colación lo observado por esta Corte Suprema, informando sobre este aspecto el proyecto de ley boletín 2809-07[20], al destacar la necesidad de resguardar la certidumbre jurídica. Allí se señala, que admitir la presentación de este recurso "mientras subsista la amenaza, perturbación o privación del legítimo derecho del afectado, y hasta 30 días después que hayan cesado sus efectos" es convertir el recurso de protección en una acción "prácticamente imprescriptible", lo que significa que "sólo no se puede accionar cuando ya no hay interés en hacerlo; y de hecho se puede actuar indefinidamente". "De esta forma desaparece la seguridad jurídica de los actos administrativos, de las acciones personales y reales, de los asuntos patrimoniales, etc., pues pueden ser impugnados por la vía de estas acciones titulares sin límites de tiempo, lo que lleva a un descalabro total de las relaciones y actividades susceptibles de protección".

Desde otra perspectiva, una vez causado el agravio, la tutela jurisdiccional ya no será oportuna.

Decimosexto: Que en cuanto a la sentencia y otras resoluciones, el proyecto contempla el establecimiento de un plazo para la dictación de la sentencia aplicable a todas las garantías resguardadas, y también el deber de la Corte de establecer en la sentencia un plazo de cumplimiento de la misma, en los siguientes términos:

"Artículo 18.- Sentencia. *El tribunal deberá dictar sentencia antes de quinto día desde que la causa haya quedado para estado de fallo. La sentencia debe cumplir los requisitos establecidos en el art. 170 del Código de Procedimiento Civil.*

Si la sentencia acoge el recurso, el tribunal podrá decretar todas las medidas que estime necesarias, idóneas y proporcionales para la protección de los derechos y la restitución del imperio del derecho, incluso si no hubieran sido pedidas por el solicitante. La sentencia establecerá el plazo en el cual la parte recurrida deberá cumplir lo ordenado, el cual no podrá exceder los 10 días. En caso de inminente e irreparable riesgo de los derechos protegidos, este plazo no podrá exceder de 48 horas. "

[20] Oficio 177-2007, de 8 de junio de 2007. P. 37.

En el entendido que esta regulación se establece con el único fin de otorgar una protección efectiva y oportuna a quienes han sido vulnerados en sus derechos, pareciera ser más recomendable otorgar al tribunal la posibilidad de determinar la forma en que se dará cumplimiento a lo dispuesto. Esto principalmente atendido que existen ciertos casos en los cuales el plazo máximo de 10 días no será suficiente para implementar las medidas dispuestas para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados y que, en términos generales, siempre será la Corte quién estará en mejores condiciones de determinar la forma más idónea de cumplimiento de acuerdo a las circunstancias particulares de cada causa.

Por su parte, el artículo 20 del proyecto de ley dice: "*La Corte de Apelaciones conservará la competencia de la ejecución del fallo hasta que esté completamente restablecido el derecho y eliminadas las causas del agravio*.".

Esta norma constituye una aplicación de las reglas generales de la competencia previstas en el Código Orgánico de Tribunales.

Finalmente el artículo 5° del proyecto, sobre el "cumplimiento de las resoluciones" dispone:

a) El deber de "toda autoridad, funcionario, persona natural o jurídica o grupo de personas" de cumplir sin dilación las resoluciones que el tribunal dicte en el procedimiento del recurso de protección (inciso 1°).

b) El incumplimiento o cumplimiento tardío que haga inútil o ilusoria la resolución acarreará las responsabilidades civiles, funcionarias, penales, y todas las otras que en derecho correspondan, debiendo el tribunal respectivo "remitirá al Ministerio público y, en su caso, al superior jerárquico de la autoridad o funcionario que incumpla, los antecedentes para que hagan efectiva su responsabilidad" (inciso 2°).

c) El deber del tribunal de imponer "por cada incumplimiento o cumplimiento tardío una multa a beneficio fiscal de 1 a 20 unidades tributarias mensuales a quienes las cometan, sean órganos del Estado, personas o grupos de personas" (inciso 3°).

d) La facultad para este mismo órgano de decretar también la suspensión de hasta 4 meses del cargo, con medio sueldo, al funcionario público que no cumpla o cumpla tardíamente una resolución del tribunal en este proceso (inciso 4°).

e) En casos urgentes, el tribunal podrá disponer directamente la intervención de la fuerza pública para restablecer el imperio del derecho. La notificación de esta

orden al encargado de la fuerza pública se hará por el medio más expedito posible (inciso 5°).

En el Auto acordado[21], (i) es facultativo para la Corte imponer al renuente alguna de las medidas que allí se indican; (ii) el catálogo de sanciones que se pueden imponer a la "persona, el funcionario o el representante o Jefe del Órgano del Estado" renuente es más amplio, incluyendo además de la multa y la suspensión en el cargo por hasta 4 meses, con medio sueldo, la amonestación privada y la censura por escrito; (iii) es inferior el techo del rango de multa, no pudiendo ésta exceder de 5 UTMs; y en lo que respecta al procedimiento, el auto acordado señala expresamente que dicha sanción será impuesta al renuente "oyéndolo o en su rebeldía", con lo que se asegura su derecho a ser oído[22], aspecto que no es considerado en la propuesta legal.

Decimoséptimo: Que en relación a la orden de no innovar, la propuesta busca ampliar el poder cautelar de las Cortes, ampliando las posibilidades que éstas tienen a la dictación de medidas cautelares en general, sin limitarse a ordenar la mantención de un determinado estado de cosas.

Siguiendo esta idea, el artículo 14 regula las medidas provisionales de protección en los siguientes términos:

"Artículo 14.- Medidas provisionales de protección. *Acogido a trámite el recurso, el tribunal podrá de oficio o a petición de parte establecer todo tipo de medidas provisionales de protección necesarias, idóneas y proporcionales para el resguardo de los derechos.*

Los órganos del Estado, las personas y los grupos de personas deberán cumplir sin dilación las medidas ordenadas por el tribunal. La dilación en el cumplimiento acarreará las sanciones establecidas en esta ley.

Las medidas mencionadas en este artículo podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en cualquier momento de oficio o a petición de parte. La discusión sobre las medidas provisionales de resguardo se tramitará como incidente y no afectará la tramitación normal del recurso.

---

[21] Dice esta norma: "15º.- Si la persona, el funcionario o el representante o Jefe del Órgano del Estado, ya tenga éste la calidad de titular, interino, suplente o subrogante, o cualquiera otra, no evacuare los informes o no diere cumplimiento a las diligencias, resoluciones y sentencias dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema ordenaren, conforme a lo establecido en este Auto Acordado, podrán éstas imponer al renuente, oyéndolo o en su rebeldía alguna o algunas de las siguientes medidas: a) amonestación privada; b) censura por escrito; c) multa a beneficio fiscal que no sea inferior a una unidad tributaria mensual ni exceda de cinco unidades tributarias mensuales; y d) suspensión de funciones hasta por cuatro meses, tiempo durante el cual el funcionario gozará de medio sueldo. Todo ello además de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir dichas personas.".

[22] La condición de rebelde supone la posibilidad previa reaccionar y ser oído.

Contra la resolución que establezca medidas provisionales de protección procederá la reposición con apelación en subsidio, que deberá ser presentada dentro de segundo día. La apelación se otorgará solo con efecto devolutivo".

El articulado se refiere a ellas como "medidas provisionales de protección", el mensaje que acompaña el proyecto habla de "medidas cautelares". De esta manera, si se entiende que éstas se encuentran incluidas dentro de esta última categoría, les serían aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil que las regulan, algunas de las cuales irían contra la naturaleza y fines del recurso.

A modo ejemplar, cabe mencionar la regulación contenida en el artículo 299 del CPC, que autoriza en casos graves y urgentes a los tribunales a conceder las medidas precautorias solicitadas aun cuando falten los comprobantes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama, **exigiendo caución** para responder por los perjuicios que puedan generarse y estableciendo su **cancelación** en caso de que no se renovaren conforme a lo dispuesto en el artículo 280[23] del mismo cuerpo legal.

Finalmente, cabe destacar que en jurisprudencia reciente, la Corte cuando adopta medidas en la dictación de las órdenes de no innovar, éstas no se limitan a mantener el *statu quo*.

La disposición en comento considera la procedencia del recurso de reposición con apelación en subsidio contra la resolución que establezca medidas de protección, pero no contempla recursos contra la resolución que las rechaza, o si corresponde, aquellas que las alza o modifica.

Decimoctavo: Que el artículo 10º, al regular el tribunal competente para conocer el recurso, incorpora la posibilidad de que éste sea interpuesto ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del recurrente, si éste así lo prefiere[24]. Al respecto, cabe hacer presente que una disposición de este tipo

[23] Artículo 280: Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados.
Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento.

[24] Dice el proyecto de ley: "Artículo 10°.- Tribunal competente. Será competente para conocer del recurso la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar de ejecución del acto o de ocurrencia de la omisión, o aquella correspondiente al domicilio del recurrente, a elección de este último.".
En su lugar el Auto Acordado dice en su numeral 1° "El recurso o acción de protección **se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, o donde éstos hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente**, dentro del plazo fatal de treinta 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.".

podría vulnerar el derecho a defensa del recurrido, especialmente si se trata de una persona natural carente de recursos. Por tanto, los casos en que nuestra legislación permite esta circunstancia constituyen situaciones excepcionales que deben encontrarse debidamente justificadas, como ocurre con las demandas de alimentos.

Por su parte, el artículo 12, al regular el contenido del recurso, establece una serie de requisitos que "[e]l recurso *deberá* contener", pero que no tienen ninguna relación con el examen de admisibilidad, por lo que cabe la duda respecto de su utilidad. En este caso, parecieran constituir meras recomendaciones para el recurrente. Con todo, llama la atención la gran cantidad de menciones que deben hacerse, exigencias que parecen incompatibles con la posibilidad de accionar sin el patrocinio de un abogado.

Decimonoveno: Que con respecto al examen de admisibilidad del recurso, el artículo 13 del proyecto de ley reza lo siguiente:

"***Artículo 13.- Admisibilidad***. *No será admitido a trámite el recurso de protección:*

a) cuando sea manifiestamente extemporáneo;

b) cuando no contenga una relación de los hechos en los que se funda, o los hechos en los que se funde no puedan ser un agravio a los derechos que establece el art.20.

La admisibilidad del recurso será vista en cuenta. La resolución que decrete la inadmisibilidad debe estar suficientemente fundada. No se podrá declarar inadmisible un recurso de protección solo por existir cualquier otra vía idónea para resolver el asunto.

Contra la resolución que declare inadmisible el recurso procederá la reposición con apelación en subsidio, que deberá ser presentada dentro de quinto día. La Corte Suprema conocerá esta apelación previa vista de la causa."

Al respecto cabe indicar que la letra a) del precepto, al utilizar la expresión manifiestamente, no repara en la circunstancia que los jueces siempre deben efectuar un análisis tanto de los hechos como de las normas aplicables al declarar la extemporaneidad

El párrafo segundo del numeral 2 del Auto Acordado de la Corte Suprema establece el examen de estos presupuestos en los siguientes términos:

"Presentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisible desde luego por resolución fundada, la que será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día. En carácter de subsidiario de la reposición, procederá la apelación para ante la Corte Suprema, recurso que será resuelto en cuenta.".

No parece recomendable que la Corte Suprema conozca la apelación contra la resolución que declare inadmisible el recurso *previa vista de la causa*[25], como establece el inciso final del artículo 13 del proyecto de ley[26].

Vigésimo: Que la Corte conoce de este recurso en cuenta, y lo hace previa vista de la causa, ordenando traer los autos en relación, (i) si lo cree conveniente, (ii) si así se le solicita por una de las partes con fundamento plausible o (iii) si todas las partes del proceso lo solicitan de común acuerdo)[27] [28]. Por lo demás, una facultad discrecional similar ha sido conferida por el legislador respecto de procedimientos de ordinario uso, como ocurre respecto de las cuestiones accesorias que se suscitan en el recurso de apelación (art. 220 CPC[29]); en materia de denuncias tributarias (art. 165 inciso segundo C. Tributario[30]); y de salud (art. 113 de la Ley N°18.933[31]), entre otros. Es más,

[25] El numeral 2° del Auto acordado dispone actualmente, en contra de la resolución que declara inadmisible el recurso de protección, la apelación ante la Corte Suprema, de forma subsidiaria a la reposición, "*recurso que será resuelto en cuenta*". En nuestra opinión, esta es una forma de conocimiento idónea para resolver respecto del cumplimiento de requisitos formales como es el plazo de interposición del recurso de protección y la mención de los hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República

[26] Dice este inciso: "*Contra la resolución que declare inadmisible el recurso procederá la reposición con apelación en subsidio, que deberá ser presentada dentro de quinto día.* ***La Corte Suprema conocerá esta apelación previa vista de la causa.***".

[27] Dice el numeral 7° del Auto Acordado de la Corte Suprema: "7º.- Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal 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".

[28] Llama la atención que el proyecto entre a regular la forma en que la Corte Suprema debe conocer en segunda instancia de esta resolución de inadmisibilidad y no lo haga respecto de la apelación de la sentencia definitiva que recae en el recurso de protección.

[29] "Art. 220 (445). Las cuestiones accesorias que se susciten en el curso de la apelación, se fallarán de plano por el tribunal, o se tramitarán como incidentes. En este último caso, podrá también el tribunal fallarlas en cuenta u ordenar que se traigan en relación los autos para resolver.".

[30] "La Corte de Apelaciones verá la causa en forma preferente, en cuenta y sin esperar la comparecencia de las partes, salvo que estime conveniente el conocimiento de ella previa vista y en conformidad a las normas prescritas para los incidentes.".

[31] El artículo 113 de la Ley N°18.933, en su inciso primero dice: "*En contra de las resoluciones o instrucciones que dicte la Superintendencia podrá deducirse recurso de reposición ante esa misma autoridad (…)*". El inciso tercero agrega que "En contra de la resolución que deniegue la reposición, el afectado podrá reclamar, dentro de los quince días

según el Código de Procedimiento Civil "[l]a apelación de toda resolución que no sea sentencia definitiva se verá en cuenta, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo de 5 días contado desde la certificación a que se refiere el artículo 200, solicite alegatos" (art. 199 CPC).

Como ha sostenido el Tribunal Constitucional, a propósito del numeral 7° de este Auto Acordado, la decisión de la Corte sobre la forma en que conoce de la apelación del recurso de protección "*no se trata de una potestad carente de parámetros, desde que la Corte Suprema, tribunal superior de la República, debe evaluar la conveniencia y proporcionalidad de la medida. Para ello deberá considerar factores como la importancia del tema y eventuales precedentes, elemento que en esta materia resulta muy relevante si se piensa que respecto de las acciones de protección dirigidas en contra de alzas de precios de los contratos suscritos con las instituciones de salud previsional son millares los que se presentan ante los tribunales de justicia (…) De escucharse alegatos en la totalidad de las apelaciones de protección, ello obligaría a que en cada día se escucharan más de veinte alegatos, hasta por un tiempo de media hora cada uno, lo que impediría resolver las demás materias de la tabla, que también incluyen millares de casaciones en la forma y fondo*.".[32]

Es observable que a este tribunal se le exija conocer siempre del asunto "previa vista de la causa", como exige el artículo 21 del proyecto, que dice lo siguiente:

"*Contra la sentencia del recurso de Protección procederá recurso de apelación, el cual deberá presentarse dentro de quinto día desde la notificación. La apelación se otorgará con efecto suspensivo y devolutivo.* ***La causa contará con preferencia para ser vista en la Corte Suprema, y deberá ser agregada a la tabla antes de quinto día para la vista de la causa.***".

Reiteramos lo expresado por esta Corte, de que el sistema actual concilia "en forma adecuada los intereses de recurrentes y recurridos y los propios de la Administración de Justicia, con una vista de la causa ante las Cortes de Apelaciones y con un conocimiento en cuenta ante esta Corte, con la posibilidad de que, si lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible, pueda ordenar traer los "autos en relación""[33].

---

hábiles siguientes a su notificación, ante la Corte de Apelaciones que corresponda (…)". Finalmente el inciso quinto dice: "La resolución que expida la Corte de Apelaciones será apelable en el plazo de cinco días, recurso del que conocerá en cuenta una Sala de la Corte Suprema, sin esperar la comparecencia de las partes, salvo que estime traer los autos "en relación".

[32] STC. 18.08.11. Rol N° 1812 (1816-1817)-10. Considerando Trigésimo Noveno.

[33] Boletín N° 2191-07; Oficio C. Suprema N° 1749-1998

Finalmente, el artículo 21 de la iniciativa, que regula los recursos contra la sentencia, establece que contra ella procederá el recurso de apelación con efecto suspensivo y devolutivo.

Para ilustrar lo referido en los últimos párrafos, a continuación se incluyen datos estadísticos de la cantidad de recursos de protección que conoce la Corte Suprema vía apelación, y cuál es la proporción de recursos deducidos en contra de alzas de precios de los contratos suscritos con las instituciones de salud previsional.

La información dice relación con el número de sentencias dictadas por esta Corte que resolvieron recursos de apelación en contra de fallos pronunciados por Cortes de Apelaciones respecto de recursos de protección entablados ante éstas.

Cantidad total de recursos de protección según materia, forma de resolver y año

Cantidad de recursos de protección según forma de resolver	N° recursos año 2016	N° recursos año 2017	N° total recursos periodo 2016-2017
Total ISAPRE	80.280	51.410	131.690
Total otras	1.668	1.982	3.650
Total General	81.948	53.392	135.340

Vigésimo primero: Que en lo referente al recurso de amparo económico y una revisión histórica a su respecto, destaca que en sus orígenes, el Recurso de Amparo Económico formó parte de un grupo de medidas que buscaba "regular la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos[34]". El proyecto de ley constaba de 6 artículos, que "contemplaban tres clases de normas: las primeras eran generales aplicables a toda la legislación sobre actividad empresarial desarrollada por el Estado, o en las que éste participare. La segunda estableció un recurso jurisdiccional para hacer efectiva la garantía constitucional de la libertad económica. Finalmente, la tercera fijaba definitivamente el ámbito empresarial que sería del Estado[35]". De toda esta propuesta, sólo se aprobó la parte que contenía la regulación relativa al Recurso de Amparo Económico.

Según la iniciativa en análisis, su objetivo es poner a los derechos fundamentales en un plano de igualdad, la que se rompería con la regulación actual del Recurso de Amparo Económico, pues constituye un resguardo

[34] MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. Op. Cit,p. 462.
[35] Ídem.

adicional para la garantía establecida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución con la que ningún otro derecho cuenta.

A su vez, estima la autora de la moción que con la nueva regulación queda cubierta toda especificidad con la que cuenta actualmente el recurso que se quiere derogar. En primer lugar, puesto que al establecer que el plazo de 30 días comienza a contarse desde el comienzo del agravio y hasta el cese de éste, será posible recurrir contra el actuar del Estado en tanto éste se mantenga vigente, lo que permitiría igualar el plazo de 6 meses con el que actualmente se cuenta. A su vez, debido a la consagración de la protección de intereses colectivos y difusos, ya no se requeriría acción popular para demandar las infracciones que el recurso en comento resguarda.

Atendido el origen y finalidad eminentemente política con la que fue concebido el denominado recurso de amparo económico, esta Corte no puede menos que concordar en la pertinencia de su derogación. Un recurso como éste, lo mismo que otras acciones de tutela sectoriales previstas en el ordenamiento no hacen sino debilitar las acciones jurisdiccionales, entorpeciendo su preeminencia en la protección de los derechos fundamentales.

Vigésimo segundo: Que, a modo de síntesis, con relación a la legitimidad de la Corte Suprema para regular a través de un auto acordado la tramitación del Recurso de Protección, se ha dado cuenta de la facultad expresamente conferida por el constituyente a este Tribunal, primero, a través del Acta Constitucional N°3 de 1976, y seguidamente, mediante el ejercicio de las facultades conservadoras previstas en el artículo 82 de la Carta Fundamental, “cuando el legislador no ha establecido normas o expresamente el legislador no le ha reservado a éste”, se encuentra en la necesidad de proveer a tal carencia, con el objeto de facilitar a los particulares el ejercicio de las acciones o recursos consagrados por el ordenamiento jurídico. Esta potestad normativa de fuente constitucional, es lo que permite a los tribunales superiores el ejercicio de sus facultades conservadoras.

Con respecto a la normativa que se propone en esta iniciativa a efectos de regular legalmente la tramitación del recurso de protección, el examen ha tenido como principios rectores la particular naturaleza de este recurso y los fines para los que éste se ha establecido, tendientes a disponer de un procedimiento de urgencia para la protección de determinadas garantías fundamentales.

En ese sentido, según se expresó en el fundamento sexto, no se desconoce la competencia del legislador para regular el recurso en comento, sino que por medio del presente informe se pretende dejar en evidencia ciertos vacíos detectados en la regulación en torno a aspectos que el proyecto plantea, a saber: la legitimación activa y la posibilidad de recurrir en favor de intereses colectivos y difusos, la legitimación pasiva y la procedencia del recurso contra grupos de personas y resoluciones judiciales, el plazo para el cumplimiento de la sentencia, la orden de no innovar y la consagración del principio de bilateralidad de la audiencia, entre otros.

Junto con lo anterior, se destacan los inconvenientes que podría tener la aplicación absoluta del principio de bilateralidad de la audiencia en un procedimiento de este tipo, en el que, debido a los fines que persigue, debe encontrarse naturalmente limitado.

A su vez, se mencionan aspectos generales de la regulación que parecieran inconvenientes o que podrían ser mejorados, todo esto teniendo como meta la óptima implementación de la tutela que el recurso en comento persigue.

Finalmente, en lo relativo al recurso de amparo económico, esta Corte está de acuerdo en la eliminación que del mismo se propone en el proyecto de ley.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el proyecto de ley para regular el recurso de protección y derogar la ley N° 18.971, que regula el recurso denominado de amparo económico.

Se previene que el Presidente señor **Brito** estima que frente a un proyecto de ley concreto como el que se informa, no es necesario justificar las facultades correctoras de la Corte Suprema, toda vez que éstas no desdibujan la fuerza de las potestades del Poder Legislativo. Asimismo, le parece particularmente significativo relevar el principio de bilateralidad, atendido su carácter de legitimidad de todo tipo de proceso, razón por la cual comparte la importancia que le asigna el proyecto a este criterio fundamental. En cuanto al cese del agravio como factor desencadenante del cómputo del plazo para recurrir de

protección, el señor Brito resalta la existencia de suficientes precedentes en cuanto a determinar en ese momento el inicio del tiempo para recurrir.

Se previene que los Ministros señores **Juica**, **Cisternas** y **Prado** estuvieron por informar directamente de manera desfavorable el proyecto de ley remitido por el H. Senado, en la parte que se dirige a regular el recurso de protección, atendidas las deficiencias reparadas en su redacción y debido a que desconoce la realidad de dicho recurso, rigidizando su aplicación y tornándolo inoperante, como también, por el hecho de apuntar a una deslegitimación del ejercicio de las facultades conservadoras en virtud de las cuales esta Corte Suprema ha regulado la materia, con pleno reconocimiento del constituyente, del propio legislador quien se ha remitido al Auto Acordado dictado por este tribunal y por el Tribunal Constitucional, según se anotó en los motivos iniciales del informe precedente.

Se previene que el Ministro señor **Künsemüller**, más allá de la discusión doctrinaria, estima conveniente introducir la regulación del recurso de protección en una ley, como se postula en el proyecto remitido por el H. Senado, sin perjuicio de que el texto propuesto presenta varios defectos que sería necesario corregir. Asimismo, considera pertinente reiterar la opinión sostenida desde antiguo, en cuanto a que no procede la acción de protección en contra de resoluciones judiciales, ya que ello se aparta del origen, naturaleza y objetivos del recurso.

Se previene que el Ministro señor **Cisternas**, además de la explicitación contenida en el informe precedente acerca de la incidencia de las facultades conservadoras otorgadas a la Corte Suprema en el artículo 82 de la Constitución Política de la República, estuvo por dejar expresada la ausencia de un verdadera necesidad de dictar una ley en este ámbito en que ha operado eficientemente el ejercicio de las referidas facultades constitucionales.

Se previene que el Ministro señor **Prado**, sin perjuicio de la opinión general contenida en el informe, estuvo por dejar expresado –para el caso de que el proyecto de ley prospere- que lo atingente a la notificación del recurso tratándose de personas jurídicas hace conveniente regular de modo expreso una manera en que se las tenga por formalmente notificadas.

Acordada la decisión de informar favorablemente la derogación del recurso de amparo económico con el voto en contra de la Ministra señora **Sandoval**, pues, en su opinión, cabría preguntarse si resulta necesaria una

consagración especial del mismo, atendidos los fines originales que éste perseguía y en el entendido que la garantía que resguarda, el artículo 19 N° 21, ya se encuentra incorporada en aquellas contempladas en el recurso de protección, así como también si se justifica contar con una acción popular para la protección de este derecho y un plazo ampliamente superior al contemplado para el resto de las garantías protegidas por las acciones constitucionales que se analizan.

En ese sentido, la Ministra señora Sandoval observa que el recurso de amparo económico, regulado en la actualidad en la Ley N° 18.971, configura una acción para la protección de los derechos consagrados en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, "poniendo término a la conducta que infringe el principio de subsidiariedad del Estado en materia económica[36]". Se regula en los siguientes términos:

"Artículo único.- Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile.

El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado."

El artículo 19 N° 21, junto con encontrarse dentro de las garantías mencionadas por el artículo 20, y siendo por tanto amparada por el recurso de protección, establece en su texto:

"*Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

[36] CHAIGNEAUS DEL CAMPO, Alberto. "Tramitación en las Cortes de Apelaciones", 2012, Ed, Jurídica, p. 204.

21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;"

Una parte de la doctrina[37] ha estimado que el Recurso de Amparo Económico sólo contempla el resguardo del inciso 2° de dicho artículo, esto es, los casos en que el Estado desarrolle actividades empresariales, o participe en ellas, sin que una ley de quórum calificado lo autorice. Esta circunstancia explicaría la razón de ser de este recurso, puesto que su esfera de protección sería diversa a la del recurso de protección. Esta teoría encuentra sustento histórico en el hecho de que la regulación original de esta acción se encontraba contenida en un proyecto de ley que regulaba la actividad empresarial del Estado. Esto justificaría también que en el caso del Recurso de Amparo pueda recurrirse aún sin tener interés actual en los resultados del recurso y que el plazo para intentarlo sea de 6 meses, cuestiones que sólo parecen lógicas cuando se trata de la protección de un interés de carácter general. Por último, el trámite de la consulta constituye otro indicio para adoptar esta postura, pues éste sólo procede en materia civil respecto de resoluciones donde esté comprometido el interés fiscal.

Por lo expresado, concluye la disidente en mención, aunque es posible afirmar que la regulación establecida en la Ley N°18.971 podría quedar perfectamente contenida en las disposiciones del recurso de protección, como un resguardo general de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 21 del nuestra Constitución, existen ciertas especificidades cuya mantención forma parte de una discusión más amplia, en torno a la importancia que aquel derecho debe tener en nuestro sistema político y económico.

Acordada con el voto en contra del Ministro **Cerda**, quien está por informar favorablemente el proyecto de ley, debido a que viene a llenar un vacío legislativo que, en su opinión, no puede entenderse legítimamente suplido con el Auto Acordado de la Corte Suprema, de 17 de julio de 2015, como quiera que la

[37] En este sentido: Andrés Bordalí, *Temas de derecho procesal constitucional*, pp. 157 a 161. Citado por: MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. Op. Cit., pp. 467 a 468.

potestad normativa que a éste reconocer el artículo 82 de la Constitución Política de la República, no comprende el ámbito de los procedimientos, que su artículo 19 N° 3, inciso sexto, reserva excluyentemente al legislador; y si bien el contenido de la iniciativa no es necesariamente compartido por este discrepante, ello no lo autoriza para despreciarla, en el entendido que al regular un procedimiento incumbe al legislador optar por las diversas alternativas que ofrenda la técnica procesal, limitándose la competencia que el artículo 77 de la Constitución reconoce a esta instancia a observar aquello que no se aviene con generalizada doctrina o choca con prácticas debidamente acendradas, lo que en la especie ocurre, a juicio de este juez, con los artículos 9 y 13 del proyecto; el primero de ellos, por no avenirse con el sistema de notificaciones que impera en las Cortes de Apelaciones (por el estado diario); y el segundo, por ser incompatible con el vinculante artículo 25 de la Convención Americana.

Ofíciese.

PL-38-2017".

Saluda atentamente a US.,

HAROLDO BRITO CRUZ
Presidente

JORGE SÁEZ MARTIN
Secretario