Boletín N° 11.496-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de la Honorable Senadora señora Goic, que modifica el artículo 20 de la Carta Fundamental sobre recurso de protección.

Derecho comparado sobre el Recurso de Amparo[1]

La presente reforma constitucional tiene por objeto principal la garantía del art. 20 de la Constitución. Actualmente este recurso protege los derechos de primera generación de los derechos humanos, privilegiando especialmente aquellos patrimoniales. Deja en el desamparo, en cambio, a los derechos sociales y aquellos de tercera generación, los cuales eran considerados "aspiraciones sociales" por quienes redactaron la Constitución. En esto, como en muchas otras cosas, nuestro país se aleja del avance del mundo en derechos humanos, ya que en todo el orbe los derechos fundamentales sin excepción son cautelados por una sola acción rápida y efectiva.

Esta reforma cumple con otros objetivos también como son la ampliación de la legitimidad activa del recurso; la posibilidad de recurrir contra resoluciones judiciales; la fijación del plazo para presentar el recurso desde el cese del agravio, etc.

A continuación haremos un breve análisis de la institución del recurso de amparo en Colombia, España y Alemania. Luego revisaremos los puntos más importantes del proyecto y explicaremos brevemente los fundamentos de cada uno.

A. Colombia

La acción de amparo en Colombia se conoce con el nombre de "acción de tutela" y nace en un contexto bastante particular. Luego del fracaso de la reforma constitucional de 1988, el movimiento estudiantil de la época propone la creación de una asamblea constituyente mediante la llamada "Séptima Papeleta". Esta asamblea promulga la Constitución de 1991, que dispone la acción de tutela. Desde su creación comenzó a ser ejercida por varios sectores de la población, desde personas pertenecientes a una étnica indígena hasta campesinos, estudiantes, personas de la tercera edad entre otros[2].

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en el art 86 de la Constitución Colombiana de 1991, el cual prescribe que "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

---

[1] En el derecho comparado se conoce como Recurso de Amparo lo que en Chile es conocido como Recurso de Protección, no debe confundirse la denominación internacional del recurso de amparo con la que existe en nuestro país.

[2] CARRERA SILVA, LILINA. La acción de tutela en Colombia. Revista. IUS. 2011, vol.5, n.27, pp.72-94

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

De esta manera, la acción de tutela se entiende como un mecanismo para la defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos.[3]

Esta acción, se caracteriza por tener un carácter subsidiario, de modo que sólo procede cuando no hay otro mecanismo de defensa; es específica, ya que solo está dirigida a la protección de derechos fundamentales; es sumaria, debido a la brevedad el procedimiento y eficaz, puesto que se exige del juez un estudio de fondo de la causa antes de dar el veredicto final.

La tramitación de la acción de tutela se encuentra regulada en el Decreto 2591 de 1991, el cual se encarga de establecer el objeto de la acción, la legitimación, los principios, las causales de improcedencia de la acción, las reglas de competencia entre otras materias.

En relación al objeto de la acción de tutela, en artículo 2do del mencionado decreto, establece que la acción de tutela garantiza los derechos fundamentales constitucionales. En este sentido cabe mencionar que la jurisprudencia colombiana considera dentro de estos derechos a:

1. Los derechos fundamentales del bloque constitucionales, que son aquellos que están establecidos en la constitución y en los tratados internacionales ratificados por el estado Colombiano.

2. Los derechos fundamentales innominados, que corresponden a aquellos que son inherentes a las personas y que garantizan condiciones mínimas, que son básicos para el desarrollo, como por ejemplo la dignidad humana.

---

[3] BOTERO MARINO, CATALINA. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, D.C., 2006, pp. 11 y 12

3. Derechos fundamentales por conexidad, es decir, derechos que no tienen carácter fundamental pero que guardan una relación directa con otros que si tienen ese carácter.

En cuanto a la legitimación activa, puede ser ejercida por cualquier persona natural ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales; por personas jurídicas a través de representante legal; por un agente oficioso que actúe a nombre de otra persona que no es capaz de asumir su propia defensa y por el defensor del pueblo.

Por otro lado, la acción de tutela se dirige contra cualquier servidor público con ocasión del ejercicio de sus funciones o apartándose de las mismas, viole o amenace los derechos fundamentales y también procede contra las acciones u omisiones ilegítimas de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo4l o respecto de quien el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión

La forma en que se ejercer esta acción es mediante una solicitud que se presenta ante el juez competente y que exprese con claridad, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

El juez competente es aquel que tiene jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud. Con todo, se contempla un caso de competencia especial que se da cuando las resoluciones y providencias judiciales que pongan término a un proceso, dictadas por los jueces superiores, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Las causas derivadas del ejercicio de la acción de tutela tienen preferencia para su vista. Por otro lado, durante el proceso el juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto.

En los casos en que la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. Por otro lado, cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada.

Una vez dictada la sentencia, la persona responsable del agravio deberá cumplirla inmediatamente, de lo contrario podrá ser sancionado por desacato.

El fallo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación por el Defensor de Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano

correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato y pasará a conocimiento del superior jerárquico. Por su parte, los fallos que no fueren impugnados pasarán a ser revisados por la Corte Constitucional.

España

En España, el recurso de amparo tiene como antecedentes históricos los Fueros Aragoneses, las Siete Partidas y las Leyes de Toro, en que se concedían a los individuos ciertas acciones para la protección de algunas libertades.

La importancia de este recurso no ha sido menor, pues permite otorgar una protección eficaz a los fundamentales de las personas, convirtiéndose en un mecanismo de defensa que ha permitido el acercamiento del ciudadano a la constitución[4]

Este recurso se encuentra consagrado en el art 53.2 de la Constitución Española, el cual dispone que "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional" y por otro lado en el artículo 161 letra B), que prescribe que "Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal ".

El trámite de este recurso se encuentra regulado en el título II de La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 y es considerado como un recurso extraordinario y de naturaleza subsidiaria, de modo que solo procederá cuando todos los otros medios de impugnación para la protección del derecho establecidos en las normas procesales se hubieren agotado.

El objetivo o finalidad del recurso de amparo en el ordenamiento jurídico español, es dar protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, dentro de los cuales se encuentran

De acuerdo con la ley, las personas legitimadas para ejercer este recurso las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo, el defensor del pueblo y el Ministerio Fiscal. Por su parte los legitimados pasivos, corresponde a los poderes del estado que hayan vulnerado de alguna forma los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto al tribunal competente, se establece que el órgano facultado para conocer del recurso de amparo es el Tribunal Constitucional y además el procedimiento es gratuito, que se inicia con la interposición de la demanda, en la cual deben hacerse constar con claridad los hechos que la fundamenten, los preceptos constitucionales infringidos y fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.

---

[4] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Cuestionamientos sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Revista Teoría y realidad constitucional, ISSN 1139-5583, N°4, 1999, PP. 66.

La interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o decisión impugnado, aunque el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede disponer su suspensión total o parcial cuando la ejecución del acto o decisión recurrido pudiera producir al demandante un perjuicio que pudiera hacer perder al amparo su finalidad y si la suspensión no ocasiona perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

Alemania

En Alemania la implementación del recurso de amparo fue muy discutida, en la Comisión del Bundestag, tanto el presidente de dicha comisión como los miembros informantes estimaban que la implementación del recurso era innecesaria, pero su parecer no prevaleció y el recurso fue incluido en la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, con posterioridad la discusión respecto de la necesidad y conveniencia del recurso continuó, algunos se preguntaban si realmente había que darse tal "lujo jurídico" y otros fundaban sus críticas en el hecho de que el recurso se encontrase regulado en una ley federal y no en la Carta fundamental, lo que quedó zanjado con la reforma constitucional del año 1969, que añadió al artículo 93 de la Ley Fundamental las ya mencionadas disposiciones núm. A-a y 4-b.[5]

Este recurso, pese a todas las críticas, para muchos resultaba esencial para fortalecer a los jueces y dar una verdadera protección a los derechos fundamentales de las personas, pues no se quería pasar nuevamente por la experiencia vivida años anteriores con el nacionalsocialismo, que vulneró, violó y aplasté totalmente los derechos y libertades de muchos.

El recurso de amparo constitucional se encuentra contemplado en La Constitución de la República Federal de Alemania en tres artículos: en primer lugar, en el artículo 93, apartado 1, núm. 4-a que hace referencia a la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los recursos de amparo, en segundo lugar, en el artículo 93, apartado 1, núm. 4-b que alude a la facultad del Tribunal Constitucional de conocer de los recursos de amparo interpuestos por municipios y asociaciones de municipios, por violación a su derecho de auto administrarse y por último, en el artículo 94, apartado 2, párrafo 2 que dispone que la organización y procedimiento del Tribunal constitucional serán regulados por una ley federal ordinaria y que ésta puede la organización y el procedimiento del Tribunal poner como condición del recurso de amparo la de que previamente se hayan agotado las vías jurídicas, pudiendo establecer asimismo un procedimiento especial de admisibilidad.

La regulación del recurso de amparo y su procedimiento son encomendados a una Ley Federal Ordinaria, que es la Ley de la Corte Constitucional Alemana.

---

[5] VON MÜNCH, INGO. El Recurso de Amparo Constitucional Alemán como instrumento jurídico y político en la República Federal Alemana. Revista de Estudios Políticos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (n°7, 1979) 279, 280 p.

De conformidad con la constitución y la ley, este recurso puede ser interpuesto por Cualquiera que afirme encontrarse lesionado por el poder público en alguno de sus derechos fundamentales o en alguno de los derechos contemplados por el artículo 20, apartado 4, y artículos 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, puede interponer el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. De esta manera, nos encontramos con que el objeto del recurso de amparo es brindar protección en aquellas situaciones en que se vulneren los derechos fundamentales.

Para poder ejercer el recurso, es necesario que se haya agotado la vía judicial, es decir, que se hayan agotado todos los medios judiciales posibles, esto debido al carácter subsidiario del recurso. Agotadas, todas las otras vías legales, se presenta el recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

Aspectos relevantes del proyecto

A. Derechos protegidos

En nuestra normativa actual, los derechos que protege el recurso de protección se limitan algunos de los derechos fundamentales que se encuentran enumerados en el artículo 19 de la Constitución de la República. No obstante, consideramos que es necesario extender el recurso, de modo que se otorgue protección a los derechos humanos que se encuentren contemplados en la Constitución como también a aquellos que se encuentran en los Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, pues respecto de estos últimos existe también un deber de protección, que se cumple estableciendo mecanismos eficaces para detener o impedir violaciones a esos derechos.

Por otro lado, al realizar esta ampliación, se daría cumplimiento a la disposición del art 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual reza "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Ahora bien, para lograr este objetivo, resulta de gran ayuda mirar legislación comparada, y en esta materia en particular, el caso mexicano resulta ser una gran referencia, ya que en la Ley de Amparo en el art 43 inciso primero, prescribe lo siguiente:

Art. 43 inciso 1. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Legitimación pasiva

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.

Respecto de los actos que emanan del poder judicial, las resoluciones dictadas por los tribunales que afectan derechos humanos, creemos que deben poder ser revisados por el recurso. Pero no todas las resoluciones, sino solo aquellas en las cuales la persona afectada no haya sido parte del juicio por causas ajenas a su voluntad y que no exista otro medio idóneo para procurar la protección del derecho afectado. Esto con el fin de evitar que el recurso de protección desnaturalice todo el sistema de recursos y jerarquías del poder judicial.

La idea de fondo es no caer en la negativa absoluta de la procedencia del recurso de protección respecto de resoluciones judiciales. Esta postura plantea que, de permitirse, se abriría la posibilidad de que los jueces inferiores terminen revisando vía recurso de protección las resoluciones de los tribunales superiores. Tampoco comulgamos con la idea de que se permita el recurso en todo evento contra las resoluciones judiciales, pues los problemas que se generarían no serían menores. Es por esto que hemos decidido tener una postura intermedia, adhiriendo de cierta manera al pensamiento y postulados de Humberto Nogueira[6], para quien excepcionalmente el recurso de protección procede respecto de resoluciones judiciales.

Tribunal Competente

Actualmente los tribunales con competencia para conocer de este tipo de recursos son las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En nuestra opinión esto debe mantenerse por varios motivos: en primer lugar, porque se trata de jueces que ya tienen una considerable experiencia en el ámbito judicial, con un elevado nivel profesional[7]; en segundo lugar por motivos históricos, ya que desde siempre el recurso de protección ha estado en manos de estos tribunales y; porque si fuese entregada esta facultad a un organismo como el Tribunal Constitucional, se produciría un problema en cuanto a la función de dicho tribunal. Normalmente el TC no analizar si un hecho (acción u

omisión) se ajusta a derecho, sino si las normas se ajustan a la Constitución. Parece recomendable entonces dejar en manos de las Cortes de Apelaciones la tramitación de este recurso.

---

[6] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El derecho de amparo o protección de los derecho humanos, fundamentales o esenciales en Chile: Evolución y perspectivas", en: VVAA. "Acciones Constitucionales De Amparo Y Protección: Realidad Y Prospectiva En Chile Y América". Coordinador Humberto Nogueira, Talca, Chile: Universidad De Talca; 2000. P. 45

[7] 7PINOCHET CANTWELL, Francisco José. El recurso de protección. Primera edición. Santiago de Chile: El Jurista; 2016. Pp.160-108.

Bilateralidad de la audiencia

Respecto a este punto, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia postula que el procedimiento del recurso es unilateral. Sin embargo, a nuestro juicio, esto es un problema y debe ser corregido. La tramitación de recurso de protección se inserta en un verdadero proceso desde que existe una parte con legitimación activa, un tribunal competente, un recurrido y un conflicto generado por la vulneración de un derecho. Entonces, existiendo un proceso han de respetarse ciertos principios, entre ellos, la bilateralidad de la audiencia. El juez debe oír a ambas partes, recurrente y recurrido, y a los terceros, todo en base al derecho a la defensa.

Podría decirse que esto se cumple de alguna manera en la actual regulación con el informe que solicita el tribunal al recurrido. Sin embargo, no nos parece que esta diligencia sea suficiente para garantizar la bilateralidad de la audiencia. Por lo que resulta necesario efectuar modificaciones que permitan el desarrollo del debido proceso.

Hemos incluido la bilateralidad de la audiencia como uno de los elementos que debe estar presente en la ley que regule el procedimiento del recurso.

Plazos de presentación

El auto acordado señala que el plazo para interponer el recurso es de 30 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.

A este respecto, creemos que el plazo de 30 días es apropiado, pero en relación al momento en que comienza a correr, tenemos una postura distinta.

En nuestra opinión, el recurso debiese poder interponerse desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión y hasta 30 días después del cese del agravio o, según el caso, desde que se tenga conocimiento cierto del mismo. De esta manera, se da a la persona la posibilidad presentar la solicitud desde que está viendo vulnerado su derecho. Como el plazo del recurso comienza a correr desde el cese del acto o desde que se tuvo conocimiento de éste, tiene más tiempo para recurrir. Esto es importante porque se puede dar el caso de que la vulneración del derecho sea prolongada, y si se usa el plazo actual de 30 días, estos podría terminar siendo menos. También es importante para aquellos casos en que la vulneración del derecho impide en la práctica la presentación del recurso.

En consideración a los antecedentes y fundamentos precedentemente expuestos, vengo en presentar el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo único.- Reemplázase el artículo 20 de la Constitución Política de la República por el siguiente:

"Artículo 20.- Toda persona o grupo de personas puede interponer por sí o por cualquiera a su nombre recurso de protección en el caso que:

1. Haya sufrido privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de sus derechos humanos por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales;

2. Los derechos agraviados se encuentren consagrados en esta Constitución o en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

3. El agravio a los derechos proceda de un órgano del Estado o de una persona o grupo de personas. Procederá el recurso de protección contra resoluciones judiciales sólo si el agravio tiene su origen en una resolución que pone fin a un proceso o hace imposible su consecución, el afectado no pudo formar parte del mismo por causas que le sean inimputables, y no existe en el ordenamiento jurídico otro medio idóneo y rápido para procurar la protección de los derechos vulnerados.

Estarán legitimados para interponerlos 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 o en los cuales exista un interés difuso. La ley podrá autorizar a otros organismos públicos o privados legitimados.

El recurso se presentará ante la Corte de Apelaciones respectiva. Podrá interponerse desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión y hasta la cantidad de días después del cese del agravio que la ley determine. De no haber sido conocido el acto o la omisión, el plazo se contará desde que se haya tenido conocimiento cierto del mismo.

La ley regulará el procedimiento del recurso, el cual debe ser sumario, eficaz y bilateral. La Corte 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.".

CAROLINA GOIC BOROEVIC
Senadora de la República