Boletín N° 11.495-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de la Honorable Senadora señora Goic, para regular el recurso de protección y derogar la ley N°18.971, que regula el recurso denominado de amparo económico.

El presente proyecto de ley tiene varios objetivos. El primero es resolver una antigua inconstitucionalidad de nuestro sistema jurídico: la regulación del procedimiento del recurso de protección por medio de un auto acordado de la Corte Suprema. La doctrina[1] esta mayormente de acuerdo en que estas normas no pueden ser materia de un reglamento del Poder Judicial. Es la ley la que debe reglar aspectos fundamentales de un proceso como los plazos del recurso, la determinación de la competencia, los límites de la potestad cautelar, las sanciones por el incumplimiento de las resoluciones, etc.

El segundo objetivo es dotar al recurso de protección de una regulación moderna y eficaz. La garantía de nuestros derechos carece de elementos importantes para cumplir su objetivo como, por ejemplo, una correcta regulación de la bilateralidad de la audiencia, una poco clara legitimación activa y un plazo demasiado corto para su presentación. Este proyecto viene a corregir este y otros defectos de la actual norma.

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.

1. Derecho comparado sobre el Recurso de Amparo[2]

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 etnia indígena hasta campesinos, estudiantes, personas de la tercera edad entre otros.[3]

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

---

[1] Ver, por ejemplo, PINOCHET CANTWELL, Francisco José. El recurso de protección. Primera edición. Santiago de Chile: El Jurista; 2016.

[2] 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.

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

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.

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.[4]

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.

[4] 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[5]

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

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

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.

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.[6]

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 aplastó 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.

[6] 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. Legitimación activa

Respecto a este punto, creemos que la acción de protección debe proteger no solo los intereses individuales sino que también los colectivos, en primer lugar por la naturaleza de ciertos derechos como el caso del derecho a un ambiente libre de contaminación. En segundo lugar, porque ciertas vulneraciones a derechos fundamentales no son tan gravosas como desde un punto de vista colectivo, o bien, las respuestas que se dan para los derechos individuales no resultan del todo satisfactorias para los derechos colectivos. En tercer lugar, porque los derechos colectivos y los derechos individuales tienen el mismo peso, son derechos y la protección que se les otorga no puede basarse en el hecho de ser unos de interés individual y otros de interés difuso, pues tal consideración resultaría arbitraria.[7]

Es por esto que consideramos que la regulación existente en México en cuanto a los titulares de la acción de amparo ha de ser la que inspira la legislación de nuestro país en el tema, pues en el art 5to de la Ley de Amparo contempla lo siguiente:

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: 1. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo lo

de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

[7] Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Primera Edición. Santiago de Chile: Librotecnia; 2007. Pp. 219-220.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.

Por otro lado, consideramos indispensable que también que exista una delimitación respecto de quienes serían las personas facultadas para actuar en representación de los intereses colectivos, y en este sentido, el ordenamiento jurídico argentino, nos sirve como referente, dado que el art 43 inciso 2do de la Constitución prescribe lo siguiente:

Art 43. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor de/pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

En consideración a todo esto, creemos que han de tener legitimación activa toda persona o grupo de personas que vea afectados sus derechos. También estarán legitimados para interponerlos las personas jurídicas 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 un exista un interés difuso. La ley podrá autorizar a otros organismos públicos o privados legitimados. En el caso de los organismos públicos, podrá interponer el recurso para proteger los derechos de las personas el instituto de derechos humanos, ya que es una institución que precisamente busca la promoción y protección de estos derechos y de esta manera también se evita que se puedan generar situaciones de abuso dentro de los diversos organismos estatales.

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[8], 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[9]; 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.

Requisitos de admisibilidad

En la norma actual (el autoacordado) son dos los requisitos de admisibilidad del recurso. Por una parte, que el recurso se haya interpuesto dentro del plazo; por otra, que se señalen hechos

que puedan constituir vulneración a las garantías mencionadas en el art. 20. En nuestra opinión, estas exigencias han de mantenerse, teniendo en cuenta que un examen de admisibilidad se enfoca en una revisión formal y no en un examen de mérito.

---

[8] 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

[9] Pinochet Cantwell, Francisco José. El recurso de protección. Primera edición. Santiago de Chile: El Jurista; 2016. Pp. 160-108.

Sobre los recursos, creemos que debe poder apelarse la resolución que declara inadmisible el recurso de protección. Nos parece que debe haber un control a las decisiones de las Cortes que unifique los criterios de admisibilidad.

Ahora bien, si se permite que respecto de todas las resoluciones proceda apelación ante la Corte Suprema, es claro que se le estaría dando muchísima carga adicional. Por este motivo, creemos que la mejor solución sería que respecto de cualquier resolución que declare inadmisible un recurso de protección ha de proceder recurso de reposición con apelación subsidiaria.

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 explícitamente la bilateralidad como uno de los principios del procedimiento. Se considera también al recurrido como parte en el proceso, se explicita por ley el plazo en el cual debe enviar el informe solicitado por la Corte y se explicita la posibilidad de que hayan terceros en el proceso.

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.

Efectos de la sentencia

El efecto de la sentencia que resuelve el recurso de protección es la cosa juzgada formal, la cual tal como señala el profesor Humberto Nogueira. Esto en virtud de las características y objetivos del proceso, que busca el restablecimiento inmediato de la situación afectada por la acción u omisión arbitraria o ilegal. Por otro lado, en razón del carácter de cosa juzgada sólo formal que tiene la sentencia, el rechazo del recurso no afecta la responsabilidad civil, penal o administrativa en que pueda incurrir el autor del delito. A su vez, aquella que acoge el recurso tampoco incide en las eventuales responsabilidades que se podrán perseguir contra el autor del agravio por los medios ordinarios establecidos en la ley.[10]

No obstante, al existir cosa juzgada, aunque sea formal, no se puede interponer un nuevo recurso de protección si se cumple la triple identidad y no hay un cambio en las circunstancias del caso.

Cumplimiento de la sentencia

Firme el fallo, el auto acordado establece que debe procederse a la transcripción de lo resuelto a la persona, funcionario o autoridad cuyas actuaciones hubieren motivado el recurso de protección, por oficio directo, o por cualquier medio electrónico si el caso así lo requiere.

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 ordenarán, 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.

En relación a esta disposición. Consideramos que esencial que la ley contemple expresamente que el cumplimiento de la sentencia ha de ser inmediato. Por otro, lado también creemos que al igual que en el caso de los funcionario público, es necesario considerar medidas para sancionar

[10] Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Primera Edición. Santiago de Chile: Librotecnia; 2007. Pp. 364

a los particulares similares. En este sentido, a nuestro parecer deberían existir sanciones generales tanto para particulares como para funcionarios públicos, como multa, delito de desacato e indemnización de perjuicios por no cumplir la sentencia y por otro lado, medidas particulares para los funcionarios públicos.

Para efectos de regular este tema, hemos tomado en consideración la legislación colombiana que en el art 27 del decreto 2591 de 1991 establece:

Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza

Orden de no innovar

Esta posibilidad se encuentra contemplada en el inciso final del art 3, el cual prescribe "Los oficios que fueren necesarios para el cumplimiento de las diligencias decretadas se despachará 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 relación a esta medida, pensamos que puede ser decretada por el juez a petición de parte o bien de oficio cuando lo considere necesario, en ambos casos fundamentando el por qué concede la medida.

El tercer objetivo es el fortalecimiento de los medios cautelares que poseen las Cortes Superiores de Justicia. El auto acordado permite que se decrete la orden de no innovar, sin poner requisitos ni describir la extensión de esta facultad. El proyecto

Respecto de esto, nos inclinarnos a dar más poder cautelar a la Corte. Creemos que para proteger los derechos muchas veces no basta con una orden de no innovar. Al ser la omisión una forma en la cual se pueden vulnerar los derechos, no tiene sentido que la Corte solo pueda

hacerse cargo de las vulneraciones que ocurren por una acción positiva. Por eso, proponemos reglas para que se puedan decretar medidas cautelaren en general, las que deberán ser cumplidas de inmediato, podrán ser revisadas en todo momento por el tribunal y serán objeto de recurso de protección.

Derogación del recurso de amparo económico

El presente proyecto busca poner los derechos fundamentales en un plano de igualdad en cuanto a su interpretación y a su aplicación. Desde ese punto de vista, nos parece que el recurso de amparo económico es una institución que rompe esta igualdad. Este recurso es una garantía amplia y enérgica en resguardo de una garantía (la del art. 19 n° 21, limitación a la actividad empresarial del Estado) que no tiene ninguna otra garantía en nuestro sistema. Esta fue instituida el 10 de marzo de 1990, como impulso de temor de la dictadura hacia los desastres que, según ellos, traería la democracia a la economía del país.

Este proyecto vuelve tal recurso redundante e innecesario. En primer lugar, porque nuestra propuesta establece que el plazo se empieza a contar desde en comienzo del agravio del derecho fundamental y hasta el cese de este. Si el Estado realiza una actividad económica fuera de las Constitución o las leyes, los particulares podrán recurrir contra esa medida en tanto se mantenga vigente. En segundo lugar, la legitimación activa de aquel recurso es de acción popular, lo cual es innecesario ante la norma que proponernos. Como se ha explicado, podrán recurrir de protección los agraviados en sus derechos (un particular que deba competir contra el Estado en desventaja es evidentemente un agraviado) y las personas jurídicas sin fines de lucro que se dediquen a la promoción y defensa de los derechos fundamentales. Con los plazos y legitimados activos que establece la configuración que proponemos se protege de forma más que suficiente esta garantía. Por eso proponemos su derogación.

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

PROYECTO DE LEY

Título I.- Disposiciones Generales

Artículo 1°.- Recurso de Protección. El que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías señalados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República en las condiciones que esa misma norma establece, podrá ocurrir por sí

o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Artículo 2°.- Normativa aplicable. El procedimiento del Recurso de Protección se regirá por lo dispuesto en la Constitución Política de la República y en las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de las facultades propias de la Corte Suprema.

Artículo 3°.- Principios. El Recurso de protección se regirá por los principios de bilateralidad de la audiencia, celeridad y oficiosidad.

Artículo 4°.- Interpretación de conformidad a los tratados internacionales y sana crítica. El tribunal interpretará los derechos resguardados por este recurso a la luz de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El tribunal apreciará los antecedentes y medios de prueba que consten en la causa conforme a las reglas de la sana crítica

Artículo 5°.- Cumplimiento de las resoluciones. Toda autoridad, funcionario, persona natural o jurídica o grupo de personas deberá cumplir sin dilación las resoluciones que dicte el tribunal en el procedimiento del recurso de protección. 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. En tal caso, el tribunal 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 conforme a sus atribuciones.

No obstante, el tribunal impondrá 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.

Podrá también decretar la suspensión de hasta 4 meses del cargo, con medio suelto, al funcionario público que no cumpla o cumpla tardíamente una resolución del tribunal en este proceso.

En casos urgentes, el tribunal podrá disponer directamente la intervención de la fuerza pública para reestablecer el imperio del derecho. La notificación de esta orden al encargado de la fuerza pública se hará por el medio más expedito posible.

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 o en los cuales exista un interés difuso.

3. El Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Artículo 7°.- Sujetos pasivos. El recurso puede presentarse contra cualquier órgano del Estado o persona o grupo de personas que haya incurrido en el acto u omisión ilegal o arbitrario. 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.

Los recurridos serán parte del recurso y podrán alegar en la vista de la causa.

Artículo 8°.- Terceros interesados. 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.

Artículo 9°.- Notificaciones. Las resoluciones que soliciten informes y la sentencia del recurso se notificarán por cédula. El resto de las resoluciones de este procedimiento se notificarán por el estado diario. En la primera actuación que realice en el proceso, las partes deberán indicar otra forma de notificación que elijan para sí, la que deberá ser expedita y eficaz según criterio del tribunal.

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 éste último.

Título II.- Procedimiento

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.

Artículo 12.- Interposición del recurso. El recurso se presentará por escrito en papel simple o por medios electrónicos, telegráficos o cualquier otro idóneo y capaz de dar fe. Cada Corte de Apelaciones dispondrá de una dirección de correo electrónico habilitada para la recepción de recursos de protección. En casos urgentes el recurso podrá ser presentado oralmente de forma

presencial o remota, en cuyo caso su contenido constará en el acta que levantará la secretaría del tribunal.

El recurso deberá contener:

a) el nombre completo, nacionalidad y domicilio del solicitante;
b) el nombre completo, nacionalidad y domicilio de la persona en favor de la cual se presenta, si no es ella misma la que lo solicita;
c) individualización del órgano del Estado, autoridad, funcionario, persona natural o jurídica o grupo de personas contra la cual se recurre, la cual podrá contener información como nombre, cargo o domicilio de la entidad requerida;
d) una relación de los hechos que motivan el recurso con mención específica de los actos u omisiones arbitrarios o ilegales;
e) los derechos agraviados y las fuentes jurídicas de los que emanan;
f) las peticiones concretas que se realizan a el tribunal;
g) los documentos en los cuales se funde el recurso y que estén en poder del solicitante;
h) una mención a los documentos o pruebas que el solicitante no tenga en su poder, con un señalamiento a la autoridad o lugar donde pudiera encontrárselos.

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.

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.

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.

Artículo 15.- Informes. Acogido a trámite el recurso, el tribunal mandará informar al órgano del Estado, autoridad, funcionario, persona o grupos de personas que según el recurso o en concepto del tribunal son los causantes del agravio.

Podrá mandarse también que informe cualquier autoridad, funcionario, persona, grupo de personas que el tribunal estime que pueda tener antecedentes relevantes para la resolución del caso.

Los informes deberán presentarse al tribunal dentro de diez días desde la notificación de la resolución. El informe deberá contener la individualización de la autoridad, funcionario o persona informante. Se deberán adjuntar también todos los documentos y antecedentes relativos a los hechos del recurso.

Artículo 16.- Nuevos antecedentes. Cumplido el plazo para la recepción de los informes, el tribunal podrá ordenar de oficio o a petición de parte que los informantes presenten nuevos antecedentes. Estos deberán ser remitidos dentro de quinto día. El tribunal podrá, mediante resolución fundada y a oficio o petición de parte, mandar informar a órganos del Estado, autoridades, funcionarios, personas o grupos de personas que no hubieran sido mandadas a informar anteriormente.

Artículo 17.- Autos en relación. El tribunal mandará traer los autos en relación y agregará extraordinariamente y en lugar preferente a la causa para su vista antes de quinto día cuando: se haya cumplido el plazo presentar los primeros informes; se hayan cumplido los plazos para la presentación de los nuevos antecedentes y nuevos informes.

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 las 48 horas.

La sentencia que acoja el recurso incluirá la condena en costas a la recurrida. Si el recurso es rechazado, se condenará en costas a la parte requirente solo si el tribunal considera que el recurso fue temerario.

Artículo 19.- Efectos de la sentencia. La sentencia producirá efecto de cosa juzgada formal; no obstará ejercicio de ¡as demás acciones o recursos que la ley entregue a las partes o a terceros.

Artículo 20.- Cumplimiento de la sentencia. 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.

Artículo 21.- Recursos contra la sentencia. 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.

Encontrándose los antecedentes en la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones mantendrá la competencia sobre las medidas provisionales de protección hasta que se apele la resolución que recaiga sobre ellas.

Título III.- Modificación a otras normas

Artículo 21.- Derogase la ley 18.971 que establece recurso especial que indica.

CAROLINA GOIC BOROEVIC
Senadora de la República