

EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO PROCESO DE URGENCIA

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA*

RESUMEN: El Recurso de Protección de derechos fundamentales que reconoce la Constitución chilena de 1980, es quizás la vía procesal más utilizada de todo el conjunto del Derecho Procesal Constitucional chileno. El presente trabajo pretende analizar críticamente este procedimiento judicial bajo la perspectiva de los estudios doctrinarios de la comúnmente denominada tutela de urgencia. En concreto, el autor compara el procedimiento de protección con algunas vías tradicionales de tutela de urgencia: el proceso sumario y la tutela cautelar autónoma o, para otros, autosatisfactiva. En este sentido, el autor hace transitar su investigación del Recurso de Protección bajo el prisma del concepto de proceso y no el de acción. El concepto clave para entender su funcionalidad es el de proceso de urgencia, el que, según sea el caso, deberá adecuarse a las exigencias jurídico fundamentales del derecho de los ciudadanos a un debido proceso.

Palabras clave: Recurso de Protección - tutela de urgencia - Derecho Procesal Constitucional.

ABSTRACT: The Resource of Protection of fundamental rights that it recognizes the Chilean Constitution of 1980, is perhaps the procedural route more used of all the set of the Procedural Right Constitutional Chilean. The present work tries to critically analyze this judicial procedure under the perspective of the doctrines studies of commonly denominated urgency trusteeship. In particular, the author compares the procedure of protection with some traditional routes of urgency trusteeship: the summary process and the trusteeship to prevent independent or, for others, autosatisfactives. In this sense, the author makes journey his investigation of the Resource of Protection under the prism of the process concept and not the one of action. The key concept to understand its functionality is the one of urgency process, the one that, according to is the case, will have to be adapted to the fundamental exigencies legal of the right of the citizens to due process.

Key words: Judicial review - urgency trusteeship - constitutional procedural law.

INTRODUCCIÓN

Que el Recurso de Protección ha cumplido su mayoría de edad es una afirmación difícilmente rebatible. Pocos instrumentos jurídicos han calado tan hondo en la cultura jurídica nacional como este. En sus más de veinte años de ininterrumpida aplicación, los ciudadanos han contado con una herramienta procesal que ha permitido dar plena efectividad a la Constitución Política de la República y, lo más importante, a sus derechos fundamentales reconocidos por esta, constituyéndose de este modo en la vía judicial por antonomasia del Derecho Procesal Constitucional chileno.

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile. Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt N° 1030316 titulado "El Recurso de Protección como instrumento de control jurisdiccional de la Administración del Estado", del cual el autor es coinvestigador.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina y jueces nacionales han analizado esta vía de tutela de urgencia de los derechos fundamentales a espaldas de los conceptos básicos que conforman una Teoría General del Proceso¹, como son los de jurisdicción, acción y proceso².

Asumen así, la mayoría de las veces, una concepción de la acción propiamente decimonónica, confundida por cierto con el concepto de pretensión, y que nos hace retroceder en el tiempo a un período anterior a la clásica discusión en Alemania entre Windscheid y Muther (1856-1857) sobre el significado de la acción, la que, como producto de tal diálogo científico, pasó a independizarse del derecho material. Dividen de este modo a la acción según los derechos sustanciales que los ciudadanos tienen reconocidos o según las pretensiones que deducen ante los tribunales de justicia, haciendo del Derecho Procesal una especie de apéndice del Derecho material, carente del más mínimo sentido propio. Confunden asimismo el derecho único que los ciudadanos tienen frente al Estado para acceder a este en cuanto potestad jurisdiccional, con las diferentes quejas que los ciudadanos tienen entre sí o con el poder estatal.

Asumen también un concepto de tutela cautelar a espaldas de sus construcciones doctrinarias fundamentales³.⁴ Lo mismo hacen con el concepto de proceso, al que lo desvisten de sus atributos esenciales, como son los de una relación entre sujetos en términos de contradicción⁵, dualidad e igualdad⁶.

Asimismo, convierten con sus teorías a los tribunales, aunque no se den cuenta, en déspotas del proceso, permitiéndoles encontrar la verdad procesal unilateralmente o, cuando más, según la verdad interesada de la parte que acudió primero al socorro jurisdiccional. Niegan de este modo la estructura triangular que caracteriza al proceso que se desarrolla ante todo tribunal de justicia, que supone un método cognoscitivo que permite al Estado aplicar el derecho objetivo a un caso concreto, donde por definición se contraponen una pretensión con una resistencia.

¹ Sobre el significado de una Teoría General del Proceso remito al trabajo de ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N. "Trayectoria y contenido de una Teoría General del Proceso", en *Estudios de teoría general e historia del proceso / 1945-1972*, Tomo I, Universidad Autónoma de México, México, 1992, pp. 505 y ss.

² Para un estudio de los conceptos de jurisdicción, acción y proceso, remito a uno de los primeros autores que los sistematizó, como lo fue CALAMANDREI, P. *Derecho procesal civil*, obra compilada y editada por Figueroa, E., Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1996, pp. 2 y ss. Para un estudio más reciente de la interacción de los tres conceptos vid. Pedraz, E. *Derecho procesal penal. Tomo I. Principios de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 21 y ss.

³ Fundamental sigue siendo la obra clásica en esta materia de CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Librería el Foro, Buenos Aires, 1996, traducción de Marino Ayerra, *passim*.

⁴ Una excepción en nuestro medio lo constituye el trabajo DE JANA, A. / MARÍN, J. C. *Recurso de Protección y contratos*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1996, pp. 75 a 95. Últimamente ha reparado adecuadamente en este punto TAVOLARI, R. "Tramitación de la acción constitucional chilena de protección", en *Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac Gregor, E. (coordinador), Porrúa, México, 2003, pp. 3168 y 3169.

⁵ Como sostiene Gian Franco Ricci, al menos en un plano teórico, el contradictorio, esto es, la estructura dialéctica del proceso, se lo entiende como sinónimo de proceso. RICCI, G. F. *Principi di diritto processuale generale*, Giappichelli, tercera edición, Turín, 2001, p. 2.

⁶ Sobre la dialéctica estructural del proceso remito a CALAMANDREI, P. *Processo e democrazia*, Cedam, Padua, 1954, pp. 121 y ss.

En fin, con tales concepciones han deslegitimado una excelente oportunidad de tutela jurisdiccional de urgencia de los derechos fundamentales que reconoció el constituyente de 1980.

En las páginas que siguen analizaré el Recurso de Protección que reconoce el artículo 20 de la Constitución Política de la República –en adelante CPR– y regula el auto acordado de la Corte Suprema de 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales –en adelante AA– de conformidad con las concepciones contemporáneas que la teoría procesal ha dado para los conceptos de jurisdicción, acción y proceso, así como las exigencias que nuestro orden constitucional impone a la actuación jurisdiccional.

Comprenderé de este modo un estudio que principiará con los conceptos de acción y de proceso, tanto en su vertiente teórica como constitucional, es decir, en esta última dimensión, el derecho fundamental de acción y el derecho fundamental a un debido proceso (I), para luego proseguir analizando al Recurso de Protección en cuanto proceso (II), las modalidades de tutela jurisdiccional de urgencia compatibles con las exigencias jurídico fundamentales (III), y finalmente cerraré la investigación con algunas conclusiones (IV).

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE CONTENIDO PROCESAL: EL DERECHO DE ACCIÓN Y AL DEBIDO PROCESO

Prohibida a los ciudadanos la autotutela y reservada al Estado exclusivamente la aplicación aun coactiva del Derecho, un ordenamiento jurídico respetuoso de la libertad y de los derechos de los ciudadanos, se ve en la necesidad de garantizar a los mismos el acceso al poder jurisdiccional y a que sus pretensiones sean conocidas y resueltas en términos de racionalidad y justicia. De este modo, como la mayoría de los Estados modernos, el chileno reconoce a los ciudadanos dos derechos fundamentales de índole procesal: la acción⁷ o derecho a la tutela judicial, y un derecho a un debido o justo proceso.

Mediante el derecho de acción, los ciudadanos pueden acceder al órgano jurisdiccional para deducir una pretensión⁸, obligándolo a dar una respuesta según derecho⁹, ya

⁷ Para un estudio más detenido del derecho de acción en el derecho chileno, remito a BORDALÍ, A. "El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XCVII-N° 3, 2000. Debo advertir que en ese trabajo sigo la posición mayoritaria del derecho español, tanto en su doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de incluir la motivación de las resoluciones judiciales como componente del derecho a la tutela judicial, es decir, en el artículo 24. 1 CE. Sin embargo, en el actual trabajo llego a la conclusión que la motivación de las resoluciones judiciales puede quedar mejor comprendida en el modo como los tribunales deben dar la respuesta judicial, es decir, dentro del derecho a un debido proceso. Y todo ello dentro de un purismo analítico, porque en la dinámica procesal la respuesta jurisdiccional no puede darse sino acatando estrictamente el debido proceso.

⁸ Sobre el concepto de pretensión procesal remito a la obra ya clásica de GUASP, J. *La pretensión procesal*, Civitas, segunda edición, Madrid, 1985, pp. 47 y ss.

⁹ En el derecho español se ha entendido por un sector importante de la doctrina, y por una casi constante posición del Tribunal Constitucional, que el derecho a la tutela judicial comprende –entre otros extremos– además de la respuesta judicial según derecho, que esta esté debidamente motivada. Sin embargo, otro sector de la doctrina señala que lo que exige el derecho de acción o a la tutela

sea de contenido meramente procesal (como podría ser el archivo o la inadmisión de la demanda si no concurren determinados presupuestos procesales), o sobre el fondo de la pretensión deducida (si concurren los presupuestos procesales)¹⁰. Prohibida la autotutela, como veíamos, y reconocidos por el sistema jurídico unos determinados derechos subjetivos e intereses legítimos¹¹, se debe por tanto garantizar un derecho a los ciudadanos que les permita acceder a los tribunales de justicia para solicitar tutela a esos derechos e intereses legítimos, puesto que de lo contrario, tal reconocimiento, impedido de tutela estatal, no pasaría de ser un mero *flatus vocis* del legislador¹². Obviamente, la respuesta del tribunal no tiene por qué ser necesariamente afirmativa, sino que el juez debe proveer de acuerdo a lo que la ley exija y dentro de los límites que le impone la congruencia¹³. Dicho de otro modo, la acción no comprende el derecho a obtener una sentencia favorable a la pretensión deducida, sino solo una sentencia que aplique el derecho al caso sometido a su decisión¹⁴. Este derecho estaría reconocido en el artículo 19 N° 3 inc. 1° CPR, así como, en relación con el artículo 5 CPR, por el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como derecho fundamental, la acción cobra un cariz necesariamente unitario, sin que se pueda descomponer, dividir o clasificar. Con esta concepción, la acción viene a desvincularse absolutamente del derecho material, por lo que ya no se debería hablar de

judicial, es solo una respuesta del órgano jurisdiccional según derecho, porque la motivación fáctica y jurídica de la sentencia es ya una exigencia del derecho a un debido proceso, es decir, del artículo 24.2 de la Constitución española (que consagraría un derecho a un debido proceso), y no del 24.1 de la misma (que reconocería un derecho a la tutela judicial efectiva). Para la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional español en este aspecto, véase el trabajo de PICÓ y JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 60 y ss. Para una crítica de la posición del Tribunal Constitucional español que ubica la motivación de las resoluciones judiciales dentro del derecho a la tutela judicial efectiva y no dentro del debido proceso, véase PEDRAZ, E. *Derecho procesal penal. Tomo I. Principios de derecho procesal penal*, op. cit. pp. 364 y ss.

¹⁰ Asumo, como es fácil observar, una teoría de los presupuestos procesales no como requisitos de existencia o de validez del proceso, sino como requisitos necesarios para que el juez esté obligado a pronunciarse sobre el fondo. Me separo por tanto de la tradicional concepción de los presupuestos procesales diseñada por Oscar von Bülow, para seguir en este punto a GOLDSCHMIDT, J. *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, pp. 19 y ss.

¹¹ La figura de los intereses legítimos no es utilizada por nuestra legislación, tal como sí lo hace el artículo 24.1 de la Constitución italiana y, asimismo, el 24.1 de la española. Sin embargo, la doctrina civilista chilena ocupa esta categoría en materia de responsabilidad extracontractual, situación que causa cierta sorpresa, ya que este término provino inicialmente del Derecho Administrativo italiano, y luego fue ampliando su radio de acción a otras esferas del Derecho Público, y solo de un modo muy marginal, a la esfera jurídica privada. Sobre el uso del término interés legítimo en el Derecho Civil chileno, véase ALESSANDRI, A. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, p. 212; DÍEZ, J. L. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1997, pp. 19 y ss.; CORRAL, H. "Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 1, p. 153.

¹² Cfr. BOVE, M. "Art. 111 costit. e 'giusto processo civile'", en *Rivista di Diritto Processuale*, año LVII (2ª serie)-N° 2, abril-junio 2002, p. 482.

¹³ Cfr. PEDRAZ, E. *Derecho procesal penal. Tomo I. Principios de derecho procesal penal*, op. cit., p. 31.

¹⁴ Asumo así una posición del derecho de acción más cercana a la teoría abstracta que a la concreta.

acción reivindicatoria, acción mueble, acción de nulidad, así como tampoco, por consiguiente, acción de protección, acción de amparo, etcétera. Cada vez que se recurre a un tribunal de justicia, es porque se está utilizando el genérico y unitario derecho de acción. Ese derecho se tiene respecto al Estado en cuanto potestad jurisdiccional y con él se deducen determinadas pretensiones frente a otras personas o ante el mismo poder público, pretensiones que, normalmente, tendrán como fundamento determinados derechos o intereses legítimos sustanciales por los cuales se requiere tutela estatal.

De este modo, los ciudadanos, ejerciendo su derecho de acción, pueden acceder a los tribunales de justicia deduciendo múltiples y variadas pretensiones, las que según su tipo y naturaleza darán origen a distintos tipos de procesos. Así, podrán deducir, por ejemplo, una pretensión reivindicatoria, una pretensión para que se anule un acto jurídico o actuación de la autoridad o una pretensión para que se proteja o ampare un determinado derecho fundamental que se afirme como necesitado de tutela. Como se puede observar, las pretensiones y los procesos, al contrario que la acción, sí se pueden dividir y clasificar.

Pero junto con garantizar ese acceso a los tribunales y a obtener un pronunciamiento jurisdiccional mediante el derecho de acción, se les reconoce a los ciudadanos otro derecho fundamental que dice relación con la actividad jurisdiccional necesaria para obtener ese pronunciamiento, es decir, se les garantiza además un determinado modo de actuación del órgano jurisdiccional. La actividad que se desenvuelve por y ante el órgano jurisdiccional, desde el momento en que es incoada por un ciudadano (mediante el derecho de acción), debe desarrollarse de acuerdo a ciertos criterios racionales o justos, esto es, debe prestarse en virtud de un debido o justo proceso. Este derecho se encuentra genéricamente reconocido en el artículo 19 N° 3 inc. 5° CPR, como asimismo en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵.

El derecho de acción permite a todos los ciudadanos acceder y proveerse de la actividad jurisdiccional, pero el derecho al debido proceso les garantiza que la respuesta judicial será el fruto de una actividad que respete ciertos requisitos o principios del andar procesal que permitan legitimar de un mejor modo la justicia de la decisión judicial.

Ahora bien, sin perjuicio del intento que se ha hecho aquí de deslindar analíticamente el derecho de acción y al debido proceso, no se puede omitir que en la dinámica

¹⁵ El derecho a un debido proceso habrá de entenderse como una garantía consistente en que el legislador deberá regular la actuación jurisdiccional por medio de un proceso, lo que supone por definición enfrentar a dos partes parciales en términos de dualidad, contradicción e igualdad, frente a un tercero imparcial, como debe ser el juez estatal. A ello habrá de agregarse por el legislador unas garantías específicas que hacen de ese proceso un proceso justo o debido, como ocurre con el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho de defensa, que incluye los actos de comunicación y derecho de audiencia, la asistencia letrada, la utilización de los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso público, el derecho a los recursos, el derecho a obtener una resolución motivada, entre otros contenidos. Para un estudio del debido proceso vid. ESPARZA, I. *El principio del debido proceso*, Bosch, Barcelona, 1995, *passim*; PEDRAZ, E. *Derecho procesal penal, Tomo I [...]*, *op. cit.* pp. 189 y ss; PICÓ y JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, *op. cit. passim*. RICCI, G. F. *Principi di diritto processuale generale*, *op. cit.* pp. 21-35.

procesal ambos derechos necesariamente deben confluir, porque los conceptos de jurisdicción, acción y proceso son inescindibles¹⁶. De este modo, quien solicita tutela jurisdiccional (acción), lo que hace es exigir al Estado que, por medio de los órganos jurisdiccionales (jurisdicción), desarrolle un proceso con todas las garantías (debido proceso) para así aplicar en definitiva la regla de derecho atingente a los derechos subjetivos o intereses legítimos afirmados y necesitados de tutela estatal.

II. EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO PROCESO

Ya está sobradamente dicho por nuestra doctrina y jurisprudencia que el Recurso de Protección que reconoce el artículo 20 CPR no es técnicamente recurso procesal alguno¹⁷. No insistiré por tanto sobre ese punto en esta sede. Sin embargo, esa misma doctrina y jurisprudencia no ha dudado en considerar al Recurso de Protección como una acción¹⁸ o acción cautelar¹⁹.

Sin embargo, si consideran al Recurso de Protección como una acción, estarían negando que la acción es un derecho fundamental, y por tanto, uno solo e indivisible, o bien, confundirían acción con pretensión, o por último, que es lo más grave, se quedan en el tema del acceso al órgano jurisdiccional sin entrar en cómo debe ser la respuesta judicial, que es el aspecto más interesante de analizar en el Recurso de Protección.

En relación con la concepción del Recurso de Protección como acción, creo pertinente aclarar lo siguiente. La posibilidad de solicitar tutela jurisdiccional para los derechos fundamentales en el orden constitucional chileno, no deriva de la existencia del artículo 20 CPR, sino del artículo 19 N° 3 inciso 1° CPR y de los Tratados Internacionales suscritos por el Estado chileno que reconocen, como ya se ha dicho, el derecho fundamental de acción o a la tutela judicial. Es decir, aun sin la existencia del artículo 20 CPR, los habitantes del Estado chileno podrían igualmente solicitar tutela para sus derechos fundamentales, ya que el artículo 19 N° 3 inciso 1° CPR (y los Tratados Internacionales) les reconocen ese derecho de acudir al órgano jurisdiccional a fin de que inicie un proceso que

¹⁶ Vid. PEDRAZ, E. *Derecho procesal penal, Tomo I, Principios [...]*, op. cit. p. 27.

¹⁷ Por todos vid. TAVOLARI, R. "Tramitación de la acción constitucional chilena de protección", en op. cit. p. 3167.

¹⁸ Raúl Tavolari señala que el Recurso de Protección es una "acción calificada por la pretensión, concreta, de obtener la efectiva tutela de tales derechos". *Ibid.*, p. 3168. Véase en este sentido el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 30 de marzo de 1982, confirmado por la Corte Suprema con fecha 20 de abril de 1982, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXXIX, N° 1, segunda parte, sección quinta, p. 43.

¹⁹ Cfr. ZÚÑIGA, F. / PERRAMONT, A. *Acciones constitucionales*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003, p. 42 y ss. Véanse en este sentido el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena de fecha 26 de enero de 1978, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXXV, segunda parte, sección quinta, p. 219 a; y fallo de la Corte Suprema de fecha 27 de agosto de 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XC, Vol. 1, segunda parte, sección quinta, p. 3. Una posición diversa es la que desde un comienzo asumió Eduardo Soto Kloss, para quien el Recurso de Protección no es, en estricto rigor, una acción cautelar. Vid. SOTO KLOSS, E. *El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1982, p. 248. En igual sentido crítico se ha pronunciado DOUGNAC, Fernando en "Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, N° 3, 2001, p. 620.

lo proteja en su derecho, y que ha sido desconocido, negado o violado por otra persona. En ese caso, si el legislador no ha previsto un proceso especial, tal tutela tendrá que desarrollarse por medio de los procesos ordinarios que haya predispuesto el legislador, y que en nuestro derecho vigente deberían corresponder al proceso declarativo sumario regulado en el Título XI del Código de Procedimiento Civil, o ya el proceso declarativo ordinario general y supletorio regulado en el mismo cuerpo legal (artículo 3º, en relación con el Título I del Libro Segundo Código de Procedimiento Civil).

Ahora bien, lo que previó el constituyente chileno en el artículo 20 CPR, es que la respuesta procesal a una solicitud de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, no fuera tramitada en virtud de los procesos sumario u ordinario regulados por el Código de Procedimiento Civil, sino en virtud de un proceso especial que diera tutela urgente a tales derechos fundamentales. Es decir, el constituyente chileno no abrió la actividad jurisdiccional a los derechos fundamentales en virtud del artículo 20 CPR, sino que lo que previó en dicha norma, fue que la respuesta procesal a la tutela de los derechos fundamentales fuera desarrollada por cauces especiales, apuntando a una tutela más rápida para tales situaciones jurídicas subjetivas fundamentales.

Por ello es que la denominación acción de protección, además de incorrecta desde un punto de vista de la moderna terminología procesal, no apunta a lo novedoso y esencial en el Recurso de Protección, como lo es el ser un proceso especial de tutela urgente de los derechos fundamentales. De este modo, el concepto clave para estudiar al Recurso de Protección no es el de acción sino el de proceso²⁰; no es el acceso a la jurisdicción, sino el tipo de respuesta que la tutela efectiva de los derechos fundamentales requiere de los tribunales de justicia.

Sin embargo, un sector de la doctrina chilena, tanto constitucional como procesal, al analizar la respuesta que debe dar el órgano jurisdiccional en esta situación, es decir, el tipo de proceso por el que se debe tramitar la pretensión de protección deducida por un ciudadano, señala que con el Recurso de Protección no se da lugar a un proceso entre partes²¹. En este sentido, se ha dicho que no se puede reducir a la protección al nivel de un proceso contradictorio, ya que la historia fidedigna del establecimiento de la protección en la Constitución de 1980 refleja que el constituyente previó un mecanismo de tutela jurisdiccional en que la actividad del afectado se agota en el reclamo del amparo, quedando a cargo de la jurisdicción el prestarlo, provisionalmente, a través de los medios, modalidades o formas que se estimen adecuadas, sin limitaciones ni cortapisas²².

En cierto sentido es correcto lo que afirma este sector de la doctrina, pero necesita de correcciones. En efecto, no se puede olvidar el origen histórico-político del Recurso de Protección que se introdujo en la Constitución de 1980, y este no es sino el conflicto jurídico-político del gobierno del Presidente Salvador Allende con los partidos políticos

²⁰ En un sentido similar, aunque utilicen el término juicio en vez de proceso, véanse las opiniones de PAILLÁS, E. *El Recurso de Protección ante el Derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1997, p. 77, y DOUGNAC, F. "Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia", *op. cit.* p. 621.

²¹ Cfr. ERRÁZURIZ, J. M./ OTERO, J. M. *Aspectos procesales del Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 40 y 41.

²² Cfr. TAVOLARI, R. "La orden de no innovar en el Recurso de Protección", *Justicia* 92, N° 1, p. 713.

de derecha y el empresariado de aquel entonces (1970-1973). Como estos últimos vieron fuertemente amenazados por aquel gobierno su derecho de propiedad, estudiaron la creación de un mecanismo judicial de competencia de un Tribunal Superior de Justicia – única instancia judicial que le daba garantías a sus derechos e intereses –, para que de manera inmediata, al parecer idealmente sin contradictorio, diera protección a sus derechos amenazados, aunque siempre con la posibilidad de discutir posteriormente en un proceso de más lato conocimiento el fondo del asunto en cuestión. Es decir, se podría concluir que las personas que idearon el Recurso de Protección que luego se reconoció en la Constitución de 1980, pensaron en una respuesta jurisdiccional urgente e inmediata, sin contradictorio. Y cuando decimos sin contradictorio, es porque se está ideando una actuación jurisdiccional al margen del proceso.

Sin embargo, ese camino propuesto no es enteramente compatible con aquellas normas constitucionales que obligan a todos los tribunales de justicia a dar su respuesta jurisdiccional previo desarrollo de un proceso con todas las garantías, aunque se trate, como en esta situación, de una respuesta de carácter urgente.

Al contrario de las tesis expuestas, sostendré que el Recurso de Protección, aun concebido como vía de tutela de urgencia de los derechos fundamentales, debe lugar a un proceso contradictorio²³.

En un plano conceptual, no es concebible la actividad jurisdiccional fuera del proceso. Toda la actividad jurisdiccional se canaliza a través del proceso, y la tarea estatal jurisdiccional específica de tutelar los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas se realiza, por tanto, a través del proceso. Es el proceso la institución por medio de la cual se canaliza dicha trascendental función del Estado. Más enfáticos aún, habría que decir que no hay jurisdicción sin acción y sin proceso. Únicamente es jurisdiccional con todas las consecuencias, valor y efectos, el pronunciamiento recaído en el proceso²⁴.

Fuera del proceso, la declaración o la manifestación de voluntad de un juez no constituiría decisión jurisdiccional. Jurisdicción y proceso son absolutamente inescindibles²⁵, y así, se puede definir al proceso bien como la exigencia constitucional (art. 19 N° 3 inc. 5° CPR) por medio de cual la jurisdicción cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente, bien como la exigencia constitucional puesta a disposición de todas las personas para lograr la tutela judicial a que se refiere la Constitución (art. 19 N° 3 inc. 1° CPR).

En este sentido, el proceso no sería otra cosa que el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Y en lo que nos interesa, hay que concluir que si la actividad que desarrolla la Corte de Apelaciones respectiva en la protección de los derechos fundamentales, es jurisdiccional, entonces la Corte de Apelaciones solo puede actuar por medio del proceso. Ahora bien, sin proceso también se pueden tutelar los derechos e intereses de las personas, pero esa actividad no será jurisdiccional, sino administrativa, de policía o del tipo que sea.

²³ Aunque dicha expresión no sea más que un pleonismo, porque el proceso, como ya se ha visto, es por definición contradictorio.

²⁴ Cfr. PEDRAZ, E. *Derecho procesal penal* [...], *op. cit.* p. 29.

²⁵ Cfr. CERDA, C. *Juris dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 228.

No creo que pueda decirse que en la tarea de protección de los derechos fundamentales, las Cortes de Apelaciones, como tribunales competentes para conocer de la pretensión de protección, desarrollen una función administrativa, de policía o de otro tipo, antes que jurisdiccional. En este sentido, me atrevo a afirmar que la tutela de los derechos de las personas, aun los fundamentales, es una de las funciones jurisdiccionales de mayor relevancia en nuestros días²⁶.

Hay que considerar además que la incoación de un Recurso de Protección supone la existencia de un conflicto de relevancia jurídica y de carácter temporal, que debe ser resuelto por la potestad jurisdiccional (artículos 73 CPR y 1° Código Orgánico de Tribunales). Los extremos de ese conflicto son la conculcación por cualquier persona o autoridad de un derecho fundamental de otro ciudadano. Y al haber conflicto, obviamente el que deduce la demanda de protección deduce una pretensión contra el que supuestamente ha vulnerado su derecho, en el sentido que quiere que este último dé, haga o no haga algo a favor de su derecho fundamental. La Corte de Apelaciones, si declara admisible la demanda de protección, tendrá que ver si corresponde según derecho satisfacer o no esa pretensión²⁷.

De este modo, creo que es irrefutable que las Cortes de Apelaciones, conociendo de las pretensiones de protección de los derechos fundamentales, desarrollan una labor jurisdiccional, ya que por un lado resuelven conflictos temporales²⁸ de relevancia jurídica y, por otro, dan tutela definitiva a las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos necesitados de amparo jurisdiccional. A su vez, la labor jurisdiccional debe desarrollarse siempre, por razones conceptuales y normativas, de acuerdo a un proceso. Ese proceso supone la articulación de un

²⁶ La función de la jurisdicción como instancia de tutela de los derechos de las personas es ampliamente aceptada por un sector importante de la doctrina constitucional y procesal contemporánea. Así, véase en Latinoamérica GOZAÍNI, O. *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 45, y BARRIOS DE ANGELIS, D. *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, 1983, p. 109; en España, GARCÍA HERRERA, M.A. "Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional", en *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Andrés Ibáñez, A. (editor), Trotta, Madrid, 1996, pp. 65 y ss; PEDRAZ, E. "organización judicial y Ministerio Fiscal", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. VI, Valdivia, diciembre 1995, pp. 40 y ss; en Italia REBUFFA, G. *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Turín, 1993, p. 159, y MANDRIOLI, C. *Corso di diritto processuale civile, I, nozione introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 9 y ss.

²⁷ Un sector de la doctrina nacional señala que con el Recurso de Protección, quien pide el socorro jurisdiccional, no deduce una pretensión contra persona alguna, sino que es la propia Corte de Apelaciones el sujeto pasivo de la pretensión, la que en definitiva se ve en la obligación de dar, hacer o no hacer algo a favor del demandante de protección. Para esta posición vid. ERRÁZURIZ, J.M. / OTERO, J.M. *Aspectos procesales del Recurso de Protección*, op. cit. p. 24.

²⁸ Aunque esto no siempre es así, puesto que las Cortes de Apelaciones, en algunos casos, se han abocado a demostrar la existencia de divinidades, como ocurrió con el Recurso de Protección interpuesto por aquellos ciudadanos que no querían ver, ni que el resto del país lo pudiera hacer, la película "La última tentación de Cristo". En ese caso, la Corte de Apelaciones de Santiago entró a conocer del Recurso de Protección interpuesto por los fieles, y de paso, antes que argumentar y resolver sobre cuestiones que atañen a disputas jurídicas, realizó un razonamiento de tipo teológico o metafísico, y seriamente argumentó que Jesucristo es una persona cuya existencia está suficientemente comprobada por la historia, por lo cual, lo consideró una persona dotada de derechos fundamentales, especialmente a la honra. Sobre esta curiosa forma de razonar véase el trabajo de VALENZUELA, R. *Los sueños de la razón. Un ensayo sobre interpretación jurídica*, Ril editores, Santiago de Chile, 1999, pp. 104-114.

contradictorio²⁹ entre partes que discuten frente a un tercero imparcial en términos de igualdad. Ese proceso, además, debe estar regulado en términos que se garantice su justicia o racionalidad (art. 19 N° 3 inc. 5° CPR), es decir, de acuerdo a un debido proceso.

III. MODALIDADES DE UNA TUTELA JURISDICCIONAL DE URGENCIA COMPATIBLES CON LAS EXIGENCIAS JURÍDICO FUNDAMENTALES

En este punto, agregaré que una cosa es la supresión total del contradictorio, y otra, una reducción cualitativa o ya cuantitativa del mismo, o inclusive su postergación, que buscarían una tutela urgente y provisional de una determinada situación jurídica subjetiva. Así, por ejemplo, si se observan institutos de derecho comparado de tutela de urgencia (de derechos meramente legales o ya fundamentales), como lo es el *référé* francés, el amparo argentino y el amparo uruguayo, se puede observar que, en el primero, presentada la solicitud de tutela, el juez cita a una audiencia, debiendo asegurar que transcurra un tiempo suficiente entre la citación y la audiencia, para que la parte citada pueda preparar su defensa (arts. 485 y 486 Código de Procedimiento Civil francés); en el segundo, el requerido de amparo deberá proceder a informar sobre lo narrado en la demanda, y si este o el actor hubiese ofrecido prueba, el juez deberá ordenar su inmediata producción, fijándose la audiencia respectiva, la que deberá tener lugar dentro de tercer día (arts. 8°, 9°, 10° y 11° ley N° 16.986 de 1966); finalmente, en el amparo uruguayo, deducida la demanda, donde se acompañarán los documentos que correspondan y se indicarán los demás medios probatorios que se pretendan utilizar, el juez convocará a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la presentación de la demanda. En dicha audiencia se oirán las explicaciones del demandado, se recibirán las pruebas y se producirán los alegatos (art. 6° ley N° 16.011 de 1988).

En otros ordenamientos, como en el italiano³⁰, se permite decretar órdenes o medidas cautelares sin que el afectado reciba noticia alguna, pero, obviamente, a fin de respetar su derecho de defensa, el afectado puede posteriormente oponerse.

²⁹ Por exigencias normativas, la contrariedad del proceso de protección se deriva del propio artículo 19 N° 3 inc. 5° CPR, que exige racionalidad y justicia de toda la actividad jurisdiccional. Esta estructura bilateral y contradictoria que establece el texto constitucional chileno fue reconocida también por el "legislador" del proceso de protección, es decir, la propia Corte Suprema, la que en el artículo 3° del auto acordado de 1992, dispuso: "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 solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con este, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso". Luego el artículo 4° del referido AA dispone que "las personas, funcionarios u órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso". A su vez, el artículo 6° del AA dispone que la sentencia que recaiga en el recurso, se notificará al que lo haya deducido y "a quien se hubiere hecho parte en él". Todas estas disposiciones del AA, no hacen sino confirmar la naturaleza bilateral y contradictoria que tiene el proceso de protección. Para esta tesis vid. PAILLÁS, E. *El Recurso de Protección ante el Derecho comparado*, op. cit. p. 101.

³⁰ Véanse la situación de los procesos especiales de cognición sumaria y los procesos cautelares en RICCI, G.F. *Principi di diritto processuale generale*, op. cit. p. 4.

Lo que se quiere destacar con estos ejemplos de derecho comparado, es que una tutela urgente de derechos meramente legales o ya fundamentales, aunque fuese prevista provisionalmente, esto es, sin perjuicio de otros procesos de más lato conocimiento o de otras vías de impugnación, que pudieren tutelar en definitiva tales derechos, tal urgencia no debe significar un atropello de los requisitos básicos del proceso y una violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que el principio del contradictorio debe afirmarse siempre en estos casos. En unos casos se reduce el contradictorio al mínimo; en otros se lo posterga para un momento posterior, pero nunca el contradictorio viene suprimido en la respuesta judicial.

Cuando se reduce el contradictorio, podríamos hablar de una tutela de urgencia vía proceso sumario. Cuando se posterga el contradictorio para un momento posterior a la dictación de una medida que tutela un derecho o interés legítimo de un ciudadano, podríamos hablar de una tutela de urgencia de tipo cautelar autónoma. Ese proceso de tipo sumario y aquel cautelar autónomo, si bien no son los únicos, sí aparecen como las vías principales de tutela de urgencia de derechos fundamentales o meramente legales del derecho contemporáneo, por lo que procederé a analizar a continuación, con mayor detención, ambas vías de tutela de urgencia, y su relación con nuestro Recurso de Protección.

1. TUTELA DE URGENCIA VÍA PROCESO SUMARIO

Como desde hace años lo ha explicado un sector de la doctrina procesal³¹, el sentido del proceso sumario hay que entenderlo del siguiente modo. En algunos casos, ya sea por la particularidad de las pruebas o por la naturaleza especial de la relación controvertida, es posible pensar que la cognición ordinaria con un contradictorio completo no habría dado resultados diversos de aquellos que, con rapidez y economía, el actor ha podido obtener a través de la cognición sumaria. Sin embargo, porque este cálculo de probabilidades podría en concreto resultar equivocado, los efectos de la providencia dictada en el procedimiento sumario nacen provisorios. De este modo, dichos efectos pueden posteriormente modificarse de conformidad al resultado de una ulterior fase procesal, en la cual, generalmente a iniciativa del demandado, el juez puede ser llamado a examinar en contradictorio completo, propia de la cognición ordinaria, aquella misma relación que en un primer momento había sido objeto de una indagación limitada o superficial.

Ahora bien, en la mayoría de los casos, esta posibilidad de ulterior verificación no se da, y quedando inactiva la parte interesada en provocar la cognición ordinaria, la providencia provisoria se consolida y se hace definitiva. Por tanto, se puede decir, la sentencia dictada en un proceso sumario tiene siempre el carácter de provisoria, pero aspira a convertirse en definitiva.

Hay que tener en consideración que en los procesos sumarios la oposición no se refiere a una simple apelación u otro recurso contra el pronunciamiento, sino a poner en movimiento un proceso de primer grado de cognición total y exhaustiva. Dicho de otro

³¹ Remito en este aspecto a CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, op. cit. pp. 38 y ss.

modo, los pronunciamientos dictados en los procesos sumarios no producen cosa juzgada material sino formal, por lo que la misma relación jurídica sustantiva puede volver a ser ventilada en un proceso posterior, con una cognición plena y exhaustiva.

El proceso sumario supone una cognición más rápida de la cuestión debatida, pero no permite romper con el principio del contradictorio y el respeto de derecho de defensa de las partes, aunque sea con caracteres mínimos. En este sentido, aunque puede ser utilizado como vía de tutela urgente de determinados derechos e intereses, supone siempre respetar el desarrollo de un contradictorio y el derecho de defensa de las partes.

No está de más señalar que cuando se habla de un proceso sumario con estas características, no se está pensando en el proceso sumario de los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil chileno. Este supone una etapa de cognición cuasi plena, por lo que lo decidido tendrá plenos efectos de cosa juzgada material, sin que se pueda volver a discutir sobre lo mismo en otro proceso de más lato conocimiento. Antes que el proceso sumario de los artículos 680 y siguientes de nuestro Código de Procedimiento Civil, me refiero al proceso sumario del tipo interdicto posesorio que regulan los artículos 549 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Entendido el sentido que doy al proceso sumario, agregaré que la técnica de recurrir a él como vía de tutela urgente de derechos fundamentales, es la que han utilizado algunos ordenamientos jurídicos, como el argentino, el uruguayo, y, como intentaré demostrar, el chileno. En todos ellos, como no podría ser de otra manera, debe desarrollarse un contradictorio entre partes, aunque mínimo, y por ello los efectos de lo resuelto tiene solo efectos de cosa juzgada formal.

En este punto, resulta oportuno tener presente la discusión que han desarrollado la doctrina y jurisprudencia argentinas, a propósito del Amparo, el que es bastante similar a nuestro Recurso de Protección. En un comienzo, un sector de la doctrina y la jurisprudencia argentinas, basadas en la urgencia en la tutela de los derechos fundamentales, adscribieron a la tesis de la unilateralidad del Amparo, tesis que como sabemos, ha cautivado a un sector importante de la doctrina chilena que ha estudiado el Recurso de Protección³². Sin embargo, con el correr del tiempo, el grueso de la doctrina y la jurisprudencia argentinas se plegaron hacia la tesis de la bilateralidad.

Sobre la bilateralidad del Amparo argentino, ha dicho Sagüés³³ que "[...] la tesis de la bilateralidad se impone diáfamanamente en nuestra sistemática procesal y constitucional. La celeridad en el amparo constituye por sí un principio atendible, pero no es postulado único, puesto que debe empalmar con otros de no menor envergadura (igualdad, libertad, defensa en juicio). Como en el caso de tantos valores jurídico-políticos, el ejercicio de uno de ellos se encuentra condicionado por la operatividad de los restantes que, obviamente, deben ser también considerados. Lo contrario importaría un desequilibrio y una injusticia, como cualquier desarmonía en el plexo de los valores del derecho y

³² Sobre la unilateralidad del Recurso de Protección chileno vid. ERRÁZURIZ, J. M. / OTERO, J. M. *Aspectos procesales del Recurso de Protección*, op. cit. pp. 24 y ss; NOGUEIRA, H. *Dogmática constitucional*, Editorial Universidad de Talca, 1997, p. 244; TAVOLARI, R. "la orden de no innovar en el Recurso de Protección", op. cit. p. 713.

³³ SAGÜÉS, N.P. *Ley de Amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 270.

de la política; solo que en el amparo la paradoja sería mayor: So pretexto de lograr una justicia inmediata, se incurriría en una injusticia inicial, como sería el olvido del derecho a la defensa en juicio". Y esa posición, hoy en día, es refrendada por un importante sector de la doctrina argentina especializada³⁴.

De acuerdo con lo anterior, el amparo o protección de derechos fundamentales puede idearse como una forma de tutela de urgencia vía proceso sumario, instancia que permitiría conciliar dos fines importantes: de un lado, proveer una tutela más rápida y efectiva a los derechos fundamentales, en comparación con un proceso de tipo ordinario; de otro, configurar tal tutela respetando el derecho fundamental a un debido proceso de los justiciables.

2. TUTELA DE URGENCIA VÍA PROCESO CAUTELAR AUTÓNOMO

Existen algunas situaciones especiales en las que se podría pensar en una respuesta del órgano jurisdiccional aun más rápida que la que podría obtenerse vía proceso sumario. En este caso, podríamos pensar en una tutela de tipo cautelar o, para otros, de tipo autosatisfactiva de la situación jurídica sustancial que requiere el amparo.

Sin embargo, cuando se habla de la tutela cautelar, en nuestro medio se nos viene inmediatamente en mente la situación de las medidas precautorias, las que aparecen preordenadas a la efectividad de lo resuelto en un proceso que se acostumbra a denominar principal o sobre el mérito. De este modo, el proceso cautelar aparece siempre como instrumental y supeditado a un proceso principal. Así, una medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados, obtenida con ocasión del desarrollo de un proceso ordinario, puede sernos útil para el momento en que, obtenida una sentencia favorable a nuestro derecho, tengamos que solicitar el cumplimiento coercitivo del fallo, ejecutándose dichos bienes del demandado.

Dicho lo anterior, aparece claro que el Recurso de Protección chileno, en cuanto vía para la tutela urgente de derechos fundamentales, poco o nada podría tener de parecido a esa tradicional forma de concebir el proceso cautelar³⁵.

Poco o nada puede tener de similar el Recurso de Protección con el proceso cautelar, debido a que este último no busca tutelar directamente los derechos e intereses de los ciudadanos; a lo más tutelaría tales derechos e intereses de una manera lejana o indirecta, a través de la tutela del proceso principal, es decir, ese proceso declarativo o ejecutivo que requiere un andar pausado para poder cumplir adecuadamente su objeto procesal.

³⁴ Vid. MORELLO, A. / VALLEFIN, C. *El amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense, cuarta edición, La Plata, 2000, pp. 101 y 102; RIVAS, A. *El amparo*, Ediciones La Rocca, tercera edición, Buenos Aires, 2003, p. 75; SAMMARTINO, P. M. *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 63 y ss.

³⁵ Para un estudio de los presupuestos y requisitos de la tutela cautelar remito a CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, op. cit. *passim*; CARNELUTTI, F. *Derecho y proceso*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pp. 412 y ss; ORTELLS, M. / CALDERÓN, M. P. *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Comares, Granada, 1996, pp. 3-34; para el derecho chileno remito al trabajo de ROMERO, A. "La tutela cautelar en el proceso civil", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCVIII, N° 2: abril-junio 2001, *passim*.

Al contrario de lo que se puede obtener vía proceso cautelar, el Recurso de Protección tutela directa e inmediatamente los derechos fundamentales objeto del amparo, sin que esté supeditado a otro proceso.

Sin embargo, hoy en día también se defiende por un sector de la doctrina la posibilidad de concebir al proceso cautelar como una vía de tutela urgente y directa de los derechos e intereses de los ciudadanos necesitados de tutela jurisdiccional, sin que se limite simplemente a cautelar instrumentalmente un proceso de principal. Hablaríamos entonces de una tutela cautelar autónoma.

Otros autores, sobre todo en Argentina, no hablarían en estos casos de una tutela de tipo cautelar autónoma, sino de una de tipo autosatisfactiva³⁶, ya que reservarían la expresión tutela cautelar solo a aquellas providencias que instrumentalmente tutelan un proceso de carácter principal³⁷, sin que puedan dar satisfacción inmediata y autónoma a los derechos e intereses de los ciudadanos.

Sin embargo, a mi entender, los supuestos por lo que procedería decretar una medida cautelar autónoma o una medida autosatisfactiva, son los mismos, por lo que las consideraré como expresiones de una misma institución jurídica³⁸.

Los presupuestos de la tutela cautelar autónoma o de una tutela de tipo autosatisfactiva, son los comunes a toda tutela cautelar: *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y proporcionalidad. A ellos, eventualmente, se puede agregar la exigencia de una contracautela. Concurriendo tales presupuestos, procedería decretar de inmediato una medida cautelar que proteja los derechos e intereses necesitados de amparo, aun en la hipótesis *inaudita et altera pars*. Dicha medida decretada satisface directamente una determinada situación jurídica sustancial del requirente, y no cumple una función meramente asegurativa de un proceso principal.

En esa concepción, el proceso cautelar continúa teniendo como objetivo permitir que lo que resuelva el juez pueda cumplirse en sus propios términos. Pongamos un ejemplo: una persona le pide al tribunal que prohíba que su imagen corporal sea utilizada en una propaganda comercial que ella no ha autorizado, a fin de tutelarla en su derecho a la imagen. Para que ese derecho a la imagen sea tutelado por la sentencia del juez, se requiere que la lesión no llegue a concretarse o, en todo caso, que cese inmediatamente.

Al demandante en esta situación no le interesa que, por sustitución y en lo principal, se le indemnicen los perjuicios, sino que su imagen le sea respetada por el demandado. Pero en este caso, lograda la inhibición de la conducta del demandado, se habrá satisfecho

³⁶ El principal autor trasandino que ha construido una teoría sobre la tutela autosatisfactiva es Jorge W. Peyrano. Para un estudio de su teoría remito a uno de sus últimos trabajos en la materia: "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", en *Curso de medidas cautelares*, LANDONI, A. (director), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, pp. 231-237. También véase sobre este aspecto DE LOS SANTOS, M. "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)", en *medidas cautelares*, GREIF, J. (coordinador), Rubinzal-Culzuni editores, Buenos Aires, 2002, pp. 353 y ss.

³⁷ Cfr. PÉREZ RAGONE, A. "Concepto estructural y funcional de la tutela anticipativa", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2000, p. 172.

³⁸ En un sentido similar véase PICÓ I JUNOY, J. "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿Un avance del Derecho Procesal?", en *Justicia 2001*, N° 2-4, pp. 262 y ss.

su derecho, puesto que la sentencia se ha podido cumplir en sus propios términos. Pero ahora se hace completamente innecesario que esa persona que obtuvo la tutela de su derecho a la imagen, inicie un proceso posterior, ya que carece de todo interés en iniciarlo.

Por el contrario, el demandado podrá estar interesado en iniciar un proceso de cognición plena y exhaustiva a fin de revertir lo decidido por el tribunal que tuteló el derecho a la imagen del demandante. Ese sería el sentido de entender la tutela cautelar autónomamente, es decir, capaz de satisfacer directamente la situación jurídica sustancial necesitada de tutela jurisdiccional.

La tutela cautelar no ligada necesariamente a un proceso principal, sino tan solo ocasionalmente, expresaría que las providencias cautelares han ido asumiendo paulatinamente una cabal autonomía³⁹, en el sentido de que valen por sí mismas, en tanto que constituirían muchas veces la única forma para defenderse de aquellas acciones lesionadoras de los derechos e intereses legítimos. En este sentido, lo cautelar quiere decir –en muchas situaciones– cesación o inclusive prevención, justificándose de este modo por sí sola, con una importancia y autonomía ajenas a cualquier enlace o encadenamiento con otros procesos⁴⁰.

En esta nueva concepción, la instrumentalidad de la tutela cautelar no tendría ya que ser entendida solo funcionalmente en relación al proceso principal, en términos de asegurarlo, sino que puede comprenderse ya en términos más amplios, orientada teleológicamente a hacer posible o a facilitar la tutela. La instrumentalidad del proceso cautelar puede ser entendida ahora como una vía que facilitaría los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la Justicia⁴¹.

No es que en esta concepción las medidas cautelares carezcan de tal característica, sino que se ha modificado la clásica concepción de la misma. Es decir, la instrumentalidad ahora ya no estaría orientada a cautelar un proceso principal, sino que habría de ser entendida como situación apta para tutelar directamente la normativa dispuesta por el ordenamiento sustantivo.

De acuerdo con esta concepción de la tutela cautelar, aquellas medidas que satisfacen la pretensión del actor de un modo directo y urgente, encuentran su *ratio* en la exigencia de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional con referencia a determinadas situaciones subjetivas que podrían verse perjudicadas o insatisfechas, donde fuese necesario esperar el resultado del proceso de mérito a cognición completa y exhaustiva dispuesto para su tutela; tales medidas también serían cautelares.

Esta nueva modalidad de las medidas cautelares se caracterizaría por dos circunstancias principales: 1) No realizan jamás en vía definitiva situaciones de ventaja garantizadas por el derecho sustantivo, y por tanto, no producen efectos de cosa juzgada material; 2) Son objeto de una cognición sumárisima, en virtud de la cual el juez provee las

³⁹ Para un estudio de la mutación del sentido de la instrumentalidad cautelar remito a TOMMASEO, F. *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Cedam, Padua, 1983, pp. 33 y ss.

⁴⁰ Cfr. MORELLO, A. / Stiglitz, *La tutela procesal de los intereses personalísimos e intereses colectivos*, Librería Editoria Platense, La Plata, 1986, p. 162.

⁴¹ Cfr. PEDRAZ, E. "El proceso cautelar en la nueva ley de enjuiciamiento civil", II, *Doctrina y Jurisprudencia*, N° 36, semana (6 al 12 - XII-2000), p. 433.

medidas sobre la base de una valoración probabilística (y no de certeza) en orden a la comprobación de la existencia de la situación jurídica sustancial a cautelar y/o a la comprobación de su efectiva vulneración.

Quien haya obtenido un pronunciamiento de este tipo habrá visto tutelado su derecho, y de este modo, a diferencia del proceso cautelar tradicional, ya no necesitaría impetrar un proceso sobre el mérito para que vea satisfecha su pretensión, puesto que esta, de una manera rápida y urgente, ya fue satisfecha por el proceso cautelar. Ello no obsta, se entiende, a que si el demandado se siente perjudicado con la medida cautelar, pueda iniciar el correspondiente proceso de cognición completa y exhaustiva, proceso que tendría, por tanto, una faceta de impugnación del pronunciamiento cautelar y una faceta de proceso de primer grado de cognición completa⁴². Otra posibilidad es que dentro del mismo proceso donde se decretó la medida cautelar se abra una vía de impugnación posterior, a requerimiento, se entiende, del sujeto que soporta tal medida.

Es lógico no obligar al que obtuvo la medida cautelar a iniciar un posterior proceso de cognición plena y exhaustiva. Lo que buscaba esa persona era el auxilio jurisdiccional como alternativa a la autotutela⁴³ para conservar su derecho o interés injustamente violentado por un tercero. Sin embargo, una vez conservado su derecho o interés, es del todo innecesario iniciar otro proceso que ratifique lo obtenido cautelarmente, como absurdo sería que al que ha obtenido la protección posesoria se le exija después deducir la demanda principal para que se le declare propietario o poseedor legítimo.

En otras palabras, en esta concepción del proceso cautelar, el proceso principal se caracterizaría por dos circunstancias: 1) Es solo ocasional y no necesario, y 2) Es instado —normalmente— por el sujeto pasivo de la medida cautelar y no por el requirente de la misma.

En todo caso, las medidas cautelares, comprendidas de esta manera más dinámica, seguirían manteniendo, en términos generales, los mismos presupuestos —*fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proporcionalidad y, eventualmente, contracautela— y características que tradicionalmente han tenido.

Comprendida así la tutela cautelar, aparece apta para dar tutela a un sinnúmero de derechos e intereses legítimos, muchos de los cuales no tienen una significación económica, por lo que el impedir su lesión o ya su cese inmediato, constituye, en muchos casos, su única posibilidad de tutela. Esta nueva modalidad de la tutela cautelar tiene además una significación institucional muy importante, como es poder seguir confinando la autotutela a situaciones extremas y, por el contrario, confiar en la heterotutela estatal a través de la potestad jurisdiccional. Además, permite que la propia Jurisdicción pueda cumplir sus cometidos constitucionalmente asignados, esto es, además de conocer y resolver las causas civiles y criminales, especialmente hacer ejecutar lo juzgado (art. 73 CPR), en los propios términos resueltos; todo ello con pleno respeto del derecho fundamental de los ciudadanos a un debido proceso, en concreto, a un proceso dentro de un plazo razonable (art. 19 N° 3 CPR, en relación con el art. 5° CPR).

⁴² Cfr. PROTO PISANI, A. "La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela", *Il Foro Italiano*, año CXV, vol. CXIII, 1990, p. 18.

⁴³ Cfr. ORTELLS, M. "La tutela cautelar en la nueva ley de enjuiciamiento civil" en *El proceso civil y su reforma*, Martín Espino, J.D. (coordinador), Colex, Madrid, 1998, p. 434.

Especial interés tendrá esta forma de tutela de urgencia en el campo de los derechos fundamentales, puesto que estos exigen una tutela que permita garantizar el goce directo de tales derechos y no un goce por equivalencia, como sería el pago de una indemnización de perjuicios una vez vulnerados estos.

Y si el proceso cautelar de tipo autónomo aparece como una vía propicia para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, ¿no será que los ideólogos del Recurso de Protección pensaron en eso cuando propusieron la redacción del actual artículo 20 CPR?

Si pudiere ser así, hay que señalar que el presupuesto del *periculum in mora* no siempre existe en el Recurso de Protección. Sin perjuicio de que pudiere existir para determinados derechos, como el derecho a la vida, honra de la persona, entre otros, lo cierto es que respecto de otros derechos fundamentales (caso paradigmático lo constituiría el derecho de propiedad) no aparece siempre claro un peligro de daño en la demora de la decisión judicial, que no pueda ser morigerado vía medidas cautelares o precautorias tradicionales que se pueden obtener con los procesos ordinarios. Tampoco exigió el artículo 20 CPR una fianza o contracautela para asegurar los eventuales daños del recurrido.

Ahora bien, aunque se pudiera entender que el Recurso de Protección fue consagrado en el artículo 20 CPR bajo una concepción de tutela cautelar autónoma o tutela autosatisfactiva, es decir, capaz de dar tutela urgente y directa o autónoma a un determinado derecho fundamental, sin audiencia en muchos supuestos de la contraparte, lo cierto es que tal como reguló la Corte Suprema el Recurso de Protección en el respectivo auto acordado, habría que descartar de plano tal posibilidad. En efecto, las Cortes de Apelaciones que conocen de la pretensión de protección, no pueden dictar la medida de protección de inmediato, *inaudita et altera pars*, es decir, solo con base en un juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la posible violación de un determinado derecho fundamental, sino que la dictan teniendo en consideración, además de lo alegado por el actor, lo que señale el recurrido en su informe, y los medios de prueba que tanto ellos, como el tribunal, alleguen al proceso.

Pero hay más argumentos que se oponen a concebir al Recurso de Protección como un proceso cautelar autónomo o autosatisfactivo. En el Recurso de Protección puede decretarse a petición de parte o de oficio, una orden de no innovar o de suspensión, a fin de que pueda cumplirse en sus propios términos lo que resuelva esa Corte posteriormente. Esa medida, que sí es cautelar en su sentido más tradicional, puede decretarse *inaudita et altera pars*, pero la medida de protección definitiva, no. Y si en el procedimiento de protección pueden dictarse medidas cautelares (orden de no innovar o suspensión), entonces ya no puede ser considerado proceso cautelar, sino que será un proceso sobre el mérito, aunque sumario o sumarísimo, que produce cosa juzgada formal⁴⁴.

Lo contrario nos obligaría a concluir que las medidas cautelares de orden de no innovar o suspensión estarían preordenadas para la efectividad de un proceso sobre el mérito (Recurso de Protección) que también sería cautelar, es decir, se trataría de medidas cautelares que asegurarían un proceso también cautelar, conclusión que a todas luces resulta ilógica e inadmisibles.

⁴⁴ En igual sentido véase DOUGNAC, F. "Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia", *op. cit.* p. 624.

De acuerdo con lo señalado, en los términos en que el Constituyente y, fundamentalmente, la Corte Suprema en su auto acordado, consagraron el Recurso de Protección, obligan a concebirlo como un especial tipo de proceso sumario, en cuanto proceso de urgencia que produce cosa juzgada formal, similar a los juicios sumarios posesorios o interdictos posesorios que regula nuestro Código de Procedimiento Civil⁴⁵. Tal concepción lleva a concluir que siempre en él se deban contraponer dos partes en términos de contradicción, instituyendo un debate donde se contrastará la pretensión de protección con la eventual resistencia del demandado.

Señalado lo anterior, el problema que se presenta con la regulación que le dio la Corte Suprema en el referido auto acordado al Recurso de Protección, radica en que el derecho a contradecir no se encuentra adecuadamente reconocido. Asimismo, el derecho a aportar los medios probatorios tampoco tiene un expreso reconocimiento. Ya el propio término "informe" de que habla el auto acordado, importa una deflación del contradictorio, puesto que lo que procedería es reconocer derechamente una contestación de la demanda (sin perjuicio que eso es lo que hacen los recurridos cuando informan los recursos de protección). Asimismo, correspondería reconocer el derecho a aportar los medios probatorios a ambas partes y un momento procesal más claramente definido para introducirlos al proceso⁴⁶.

La ley que debería regular el procedimiento de Protección —entendido que el artículo 19 N° 3 inciso 5° CPR exige que todo procedimiento judicial debe ser regulado por ley⁴⁷— debería reglamentar de mejor modo el proceso de protección, asumiendo que se trata de un proceso urgente de tipo sumario, que supone instituir un contradictorio donde las partes puedan introducir el material fáctico y probatorio. Para ello podría inspirarse en la misma regulación que el legislador procesal civil dio a los interdictos posesorios.

Otra posibilidad que podría contemplar el legislador chileno es que contemple al Recurso de Protección como un proceso cautelar autónomo, con la posibilidad de decretar medidas de protección inmediatas, inclusive en la eventualidad *inaudita et altera pars*, pero siempre que concurren los presupuestos del *fumus boni iuris*⁴⁸, *periculum in*

⁴⁵ Una conclusión similar a esta véase en JANA, A./ MARÍN, J.C. *Recurso de Protección y contratos*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1996, pp. 86 y ss.

⁴⁶ Una crítica en un sentido similar puede verse en CAROCCA, A. "Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema", en *Ius et Praxis*, año 4 N° 1, Talca, 1998, p. 214.

⁴⁷ Sobre la obligación y competencia del legislador para regular todo procedimiento judicial remito a mi trabajo "El debido proceso civil", en *La constitucionalización del derecho chileno*, Ferrada, J. C. (coordinador), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 259-262.

⁴⁸ El *fumus boni iuris* ya no podría en este caso relacionarse con la existencia del derecho, puesto que tratándose de derechos fundamentales, es decir de derechos predicables de todas las personas por el mero hecho de ser tales, su existencia ya es un dato que ha previsto el legislador constitucional al reconocerlos en la Norma Fundamental. Por ello, si se pudiera hablar de una tutela cautelar de derechos fundamentales, la exigencia del presupuesto del *fumus boni iuris* debería limitarse a la probabilidad de un daño a tal derecho, y no a la existencia del derecho mismo, puesto que se supone que toda persona lo lleva ínsito en sí, y como tal, nada tiene que acreditar. Es absurdo, en esta hipótesis, que el que solicita tutela para su derecho a la vida, tenga que acreditar, aunque someramente, que le asiste el derecho a la vida; lo mismo se puede decir respecto de otros derechos, como los referidos a la libertad de opinión, derecho a un medio ambiente adecuado, etc. Distinta será la situación reflejada en los derechos patrimoniales, como el derecho de propiedad, un derecho de crédito, que no son propios de toda persona por el hecho de ser

mora, proporcionalidad, y sin dejar de contemplar la eventual exigencia de una caución para responder de los perjuicios que pudieran ocasionársele al recurrido. En este caso, el recurrido podría, si es de su interés⁴⁹, instar un proceso impugnatorio posterior para revertir lo resuelto por el tribunal de protección.

Como sea, lo que me interesa destacar en este trabajo es que ese legislador asuma que la tutela jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos debe hacerse vía proceso, el que debe respetar en sus partes más esenciales, el derecho fundamental a un debido o justo proceso. Como se trata de derechos fundamentales, ese proceso podrá entrar en la categoría de las tutelas de urgencia, y para ello puede concebir a ese proceso como sumario, o bien puede concebirlo como un proceso cautelar autónomo o, en terminología trasandina, autosatisfactivo, siempre y cuando concurran los presupuestos de esta forma de tutela de urgencia.

IV. CONCLUSIONES

La mayoría de edad cumplida por el Recurso de Protección parece ser un buen momento para reflexionar sobre el mismo. El hecho que se haya mostrado con el tiempo como un eficiente instrumento de tutela procesal urgente de los derechos fundamentales del orden constitucional chileno, no debe impedir analizarlo críticamente en aras a mejorar su regulación y efectos.

La primera llamada de atención que he querido realizar en este trabajo es entender que con el Recurso de Protección estamos ante un instrumento de tutela jurisdiccional, y por ende, ante una categoría que pertenece con propiedad al Derecho Procesal, y específicamente, al Derecho Procesal Constitucional.

Como toda disciplina jurídica, el Derecho Procesal tiene sus conceptos e instituciones propias, partiendo de la tríade estructural de la jurisdicción, la acción y el proceso. Esa tríade fundamental tiene una dimensión tanto conceptual como jurídica, y en este último aspecto, se manifiesta en cuanto exigencias constitucionales de regulación de la potestad jurisdiccional y de los derechos que los ciudadanos tienen en relación a la potestad jurisdiccional. Esos derechos fundamentales de índole procesal son la acción y el debido proceso.

Entendida hoy en día la acción como derecho fundamental que permite proveerse a los ciudadanos del ejercicio jurisdiccional, ello se traduce en que no corresponde

tal, sino que han sido creados expresamente por actos jurídicos, y por tanto, pertenecientes particularmente a los sujetos en cuyo favor han sido creados. En estos casos, sí sería necesario acreditar la apariencia de buen derecho cuando se solicita su tutela cautelar. Sin embargo, en ordenamientos jurídicos como el chileno, que reconocen al derecho de propiedad como derecho fundamental y proveen de un amparo especial vía Recurso de Protección, en tal caso sería lógico que el demandante tuviese que justificar con cierta plausibilidad que le asiste su derecho de propiedad, además de su vulneración por otro sujeto. Tal exigencia se deriva de la consideración del derecho de propiedad como derecho patrimonial y no como derecho fundamental. Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, remito a FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 47 y ss, Andrés, P. / Greppi, A. (traductores).

⁴⁹ Haríamos regir por tanto plenamente el principio típicamente liberal de oportunidad.

concebir al Recurso de Protección, ni conceptual ni jurídicamente, como una acción específica. Por el contrario, con el Recurso de Protección habrá de ponerse atención en la especial forma de respuesta que debe dar el órgano jurisdiccional a una pretensión de protección de un determinado derecho fundamental, es decir, se debe poner atención en su dimensión de proceso, y en particular, en cuanto proceso de urgencia.

La tutela de urgencia en el derecho nacional y, sobre todo, extranjero, asume dos vías principales: por medio de los procesos sumarios que se caracterizan por una reducción del contradictorio y, por consiguiente, por producir solo cosa juzgada formal; y a través de los procesos cautelares autónomos, o tutela autosatisfactiva, que permiten una respuesta aún más rápida de parte del órgano jurisdiccional, con la posibilidad de postergar el contradictorio para un momento posterior, siempre y cuando concurren los presupuestos típicos de la misma: *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad, y eventualmente, contracautela.

El Recurso de Protección chileno, al menos como lo reguló la Corte Suprema en el auto acordado respectivo, se asemeja más a la primera vía, es decir, a un proceso sumario, y no presenta las características propias de un proceso cautelar autónomo. Sin embargo, tal como se encuentra hoy en día regulado, el contradictorio y el derecho de defensa de las partes no se encuentran suficientemente garantizados, dándose la paradoja que el proceso por antonomasia de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos chilenos, no respeta a cabalidad el derecho fundamental de esos mismos ciudadanos a ser juzgados según un justo o debido proceso.

Asumiéndose que debe ser el legislador chileno el que debe regular el procedimiento de protección en el futuro, según exige el texto constitucional nacional, dicha ley debería asumir que lo que va a regular será un proceso, y que ese proceso entra dentro de las categorías de los procesos de urgencia, y que, finalmente, podría optar por dos modalidades principales: por un proceso sumario o por un proceso cautelar autónomo. Sin embargo, cualquiera sea la opción legislativa, interesa poner de relieve que siempre deberá arrancar de la idea que proceso es *actus trium personarum*, y cumplir con las exigencias de un debido o justo proceso.

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2004.
Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2004.
