Boletín N° 18.859-07

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señoras Astudillo, Cicardini y Vodanovic y señores Castro y De Urresti, que regula el procedimiento de la acción constitucional de protección.

1. Fundamentos.

El mal llamado *recurso de protección,* es una acción constitucional que se encuentra regulado en el art. 20 de la Constitución Política y en el auto acordado junio de 1992 de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación de recurso de protección de garantías constitucionales, publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992, modificado por autos acordados publicados en el Diario Oficial de 9 de junio de 1998, 8 de junio de 2007, 17 de julio de 2015 y 5 de octubre de 2018.

El *recurso de protección,* es una acción de naturaleza cautelar destinada amparar a quién por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en legítimo ejercicio de derechos y garantías mencionados en artículo 20 de la Constitución Política. Para Mosquera y Maturana, es "la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.".

Como señala el ex ministro del Tribunal Constitucional, profesor NAVARRO, "La Corte Suprema por Auto Acordado de 29 de marzo de 1977 regula por primera vez la tramitación de esta acción. Sabido es que el Acta Constitucional N°3 de 1976 contenía referencia explícita a la facultad de la Corte Suprema para dictar un Auto Acordado".

En el mismo sentido, NOGUEIRA reconoce una habilitación expresa, empero "se excedió de su mandato al establecer un plazo de caducidad de quince días corridos para ejercer la acción de protección...", contrario a estas objeciones SOTO KLOSS ha señalado que "en caso alguno podría entenderse que dicho Auto Acordado carece ahora de sustento normativo, pues, como vimos en el párrafo precedente, la Corte Suprema posee de suyo la potestad normativa para dictar auto acordados, tanto bajo la Constitución Política de 1925 como ahora con la de 1980", afirmación que proviene de uno de los más radicales exponentes de la nulidad de derecho público.

La jurisdicción económica, “es la facultad que tienen los tribunales de decretar medidas tendientes a obtener una más pronta y mejor administración de justicia; y en especial, la facultad que tiene la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones de decretar medidas de carácter general destinadas a este mismo fin...”, generalmente se ejerce decretando medidas que adoptan la forma de autos acordados, los que se pueden definir como aquellos acuerdos de carácter judicial que emanan de los Tribunales superiores de justicia, que tienen por objeto obtener un mejor servicio judicial y reglamentar las leyes procesales, especialmente completando los vacíos de reglamentación o a corregir prácticas errónea. Conforme al artículo 96 del Código Orgánico de Tribunales, los Autos Acordados deben ser publicados en el Diario Oficial para su conocimiento, sea que estos emanen de la Corte Suprema o de las Cortes de Apelaciones.

Se puede sostener que es principio general y básico del derecho constitucional chileno la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción - no sin polémicas en nuestro sistema-, que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, N°13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19, N°26, de la Carta Fundamental). De ahí que se señale que “La discrecionalidad del legislador a la hora de establecer las reservas no puede confundirse con la arbitrariedad. El legislador tiene un margen para determinar el mandato constitucional de la reserva, pero con un conjunto de condicionantes muy significativas. Hay condicionantes que afectan a la generalidad de la actividad legislativa y que tiene que ver con el respeto a la esencia de los derechos. Además, hay condicionantes que provienen de la propia estructura de la reserva. Los términos en los cuales la Constitución la concibe, la exigencia de contenidos materiales mínimos y la vinculación del reglamento que colabora en el mandato; son cuestiones que le imponen a la actividad legislativa una orientación más cualificada que la libre decisión de legislar”.

En términos procesales, ante la omisión del legislador de dotar de un procedimiento de tramitación de la referida acción cautelar, la cual no ha estado exenta de críticas, pero que no se debe desatender la situación actual, en que en virtud de hechos de público conocimiento, se avizoran serios déficit en la tramitación, que ha permitido la tramitación preferente de causas, con serias consecuencias en el Poder Judicial y que reflejan lo deficitario del trámite en cuenta de una importante acción de naturaleza cautelar.

Sin perjuicio de lo anterior, históricamente, un flanco de críticas fue el plazo de interposición del recurso o prescripción extintiva de quince días, fue establecido por el N°1 del auto acordado de 29 de marzo de 1977, pero que el Constituyente no previo, ni existen antecedentes que haya querido establecer, sin embargo, la Corte Suprema creyó necesario establecer este

nuevo requisito de admisibilidad, no exento de una fuerte crítica respecto a su constitucionalidad, por haberse excedido en sus atribuciones conforme a la habilitación del Acta Constitucional.

De conformidad con lo dispuesto en el número primero, del *auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales,* en adelante, *aa* (1992), la extemporaneidad se declara cuando el recurso no es interpuesto dentro del plazo de 15 días a contar de la «ejecución» del acto o la «ocurrencia» de la omisión o según la naturaleza del mismo, desde que el recurrente tomó conocimiento o tuvo noticias ciertas de él.

Sobre el particular la doctrina se ha manifestado en contra de la actuación de la Corte Suprema por fijar un plazo perentorio para su interposición, no estando habilitada constitucionalmente para el efecto. Como expresa con razón el profesor TAVOLARI, "discutible es, empero, la determinación de un plazo fatal de 15 días, contados desde el ataque antijurídico, para interponer el recurso". El acta constitucional dispuso en el inciso segundo del artículo 2º que: "la Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso", ahora bien, atendido el sentido de tal mandato es posible interrogarse sobre si ¿estaba o no, el máximo tribunal autorizado para fijar un plazo de quince días corridos para su interposición?, o como lo plantea interrogativamente el eminente procesalista nacional, "la autorización para regular la sustanciación ¿permite restringir y, finalmente, establecer eventos de privación del derecho a ocurrir a la jurisdicción?.

Las respuestas admiten diversas fundamentaciones, pero no existe en la doctrina nacional opiniones dominantes que se inclinen por la afirmativa, aunque cabe destacar la posición del profesor SOTO KLOSS, -quién asume una incomprensible indiferencia con el tema-, pues si consideramos que bajo el imperio de la Constitución Política de 1980, el derecho a la acción jurisdiccional establecido en el artículo 20, "no puede ser regulada por una norma de carácter instrumental, ya que la Carta Fundamental exige respeto por el principio de reserva legal, en la regulación de los derechos y garantías constitucionales, como también lo exige la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo contrario a la Constitución el auto acordado en su artículo primero que se refiere a este plazo de quince días corridos y fatales".

Por su parte el artículo 7º de la Constitución prescribe que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido, creemos que el plazo fatal previsto no tiene valor y la Corte debiera eliminarlo".

En la versión actual, el citado auto acordado dispone un plazo fatal de 30 días, desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o. según la naturaleza de éstos, desde que

se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en auto expresamente:

> "1°.- El recurso o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, o donde éstos hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente, dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos.".

De esta manera, es posible sostener que el acto es ilegal, pues contraviene lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución Política, es decir, adolece de nulidad de derecho público, toda vez que el máximo tribunal se atribuye más facultades que las que le otorga la propia Constitución y la ley, pues sólo el legislador puede establecer por ley el procedimiento aplicable como se desprende del art. 19 N°3 de la Constitución Política, por lo que a la Corte Suprema -por muy loable que sea regular lo que no está legislado- le está vedado establecer un plazo que no está previsto en la ley, y que consecuencialmente lleva a la restricción de los derechos garantidos por la Constitución por esta acción cautelar.

Concordamos con el profesor NOGUEIRA, quién de *lege ferenda,* sostiene que "es necesario, sea en el plano constitucional o legal, regular el plazo de caducidad para interponer el recurso o acción de protección el que debe ampliarse más allá de los 15 días corridos que establecidos por el auto acordado de la Corte Suprema, o al igual que en la acción de habeas corpus, no establecer un plazo, pudiendo ejercerse el recurso en cualquier momento que la acción u omisión arbitraria o ilegal de un tercero se encuentre afectando el ejercicio de uno o varios derechos esenciales de la persona".

No resulta coherente que mientras la libertad y seguridad individual, puedan ser tutelados, sin plazo de caducidad alguno, como en el caso del recurso de amparo del artículo 21 de la Constitución, tratándose de la amenaza a la vida de una persona si operan mecanismos que llevan a esta absurda restricción.

2. Historia legislativa y derecho comparado.

Históricamente, sus antecedentes se remontan "al ámbito del análisis parlamentario en las postrimerías del gobierno del ex Presidente Salvador Allende en 1972-1973, en plena crisis jurídico política", que es antecedente de tal regulación la que nace en nuestro ordenamiento constitucional con el Acta Constitucional N°3, sobre derechos y deberes constitucionales (Decreto Ley N°1.552 de 13 de septiembre de 1976). y cuyo precedente en el derecho comparado se vislumbra con el amparo mexicano instaurado en el acta de reforma de 1847, a

la Constitución de 1824. o el “mandado de seguranca" de 1880 hasta sus actuales proyecciones en la Constitución Brasileña de 1988, y también, con el *amparo* argentino de origen jurisprudencial a partir de 1957 *(caso Siri)* y “regulado por la ley federal 16.968 de 1966”, que concede protección contra todo acto u omisión de autoridad pública -con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta- lesiones, restrinja, altere o amenace los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

En Francia, un antecedente es el denominado *refere,* “que nació de los usos o prácticas del Châtelet de París y fue reglamentado por el edicto real de 1685. Se trataba de tomar medidas urgentes requeridas por una situación particular y, a fin de salvaguardar derechos de aquellos a quienes la *ordonnance* del juez pudiere causar perjuicio, el presidente, al disponer la medida ordenaba *qu’il luí en será référé en cas de difficulte",* es decir, se trata de un procedimiento de urgencia y de carácter provisional que resuelve un conflicto. Ya no se trata de simples medidas conservativas, sino de declarar el derecho sobre una pretensión concreta, siempre que este derecho aparezca con gran verosimilitud. Se trata, conforme a lo prescrito en el artículo 809 del Código de Procedimiento civil francés de “el restablecimiento en caso de un trastorno manifiestamente ilícito. Esto da origen a lo que se ha denominado *référé* en el fondo para diferenciarlo de las medidas conservativas que preparan o aseguran los resultados de una acción principal”.

En Italia más dudoso es el caso de la *Dei provvedimenti d’urgenza,* prevista en los artículos 700, 701 y 702 del Código de Procedimiento Civil Italiano, específicamente en el capítulo que versa sobre los procedimientos cautelares, y que al tenor de la disposición asume la amplitud que “quien tenga motivo fundado para temer que durante tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria este se halle amenazado por un perjuicio e irreparable, puede solicitar por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo", esta última parte es iniciativa de su carácter meramente cautelar.

Entre los proyectos en la materia, el más relevante es el contenido en el Boletín N°2809-07 con más de veinte años de tramitación legislativa en el Congreso Nacional, cuya idea matriz “consiste en subsanar la ausencia de regulación legal de las acciones protectoras de derechos fundamentales y regular ' la recepción y forma de ejecución de los fallos de la Corte Interamericana o de otro tribunal en materia de derechos humanos a que el Estado reconozca en el futuro jurisdicción vinculante y obligatoria”. Este proyecto data de octubre del año 2001, actualmente en segundo trámite en el Senado, sin movimiento para su tramitación, y que según se desprende de los oficios acompañados en la tramitación, cuenta desde ya con la férrea oposición por parte de la Corte Suprema (de la época), pues, según oficio de enero de 2002 el máximo Tribunal cuestiona -sin mayores fundamentos-, las numerosas innovaciones que introduce el citado anteproyecto.

Las críticas aludidas resultan paradójicas si tenemos presente que el referido proyecto es el resultado del trabajo de un conjunto de destacados profesores de Derecho Constitucional y Derecho Procesal, coordinados por el doctor en Derecho Humberto Nogueira Alcalá, y ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

En síntesis, el referido proyecto es una demostración de la más refinada técnica legislativa puesta al servicio del órgano legislador, sumado a un despliegue de erudición en los preceptos que propone, sin perder de vista las necesidades del "mundo de la vida". Sumamente interesante resulta la regulación conjunta para las acciones constitucionales, las innovaciones procesales propuestas, así como el reconocimiento definitivo al derecho internacional de los derechos humanos y sus tribunales supranacionales.

3. Ideas matrices.

El presente proyecto tiene por finalidad establecer la regulación del procedimiento de la acción de protección, en una ley especial, no obstante su reconocimiento en la propia Constitución de 1980, pues hasta la fecha la referida acción no cuenta con el establecimiento de procedimientos adecuados que reconozcan su jerarquía como acciones constitucionales, no sólo en lo referente a su tramitación sino que también respecto a las exigencias de un procedimiento que garantice un adecuado estándar de legalidad y transparencia, lo que dice relación con su estabilidad normativa.

En este sentido, se ha seguido la propuesta en el contexto de tramitación del Boletín N°2809-07, modificando diversas materias, y efectuando las adecuaciones, en lo pertinente conforme a los actuales estándares normativos.

Es por eso que sobre la base de estos antecedentes y fundamentos venimos en proponer el siguiente:

PROYECTO DE LEY

"Artículo 1.- Naturaleza y objeto de la protección. La acción constitucional de protección tiene por objeto obtener de la Corte de Apelaciones respectiva la tutela jurisdiccional necesaria para toda persona que, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías indicados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en los términos y con las condiciones previstas en esta disposición.

Artículo 2.- Plazo para accionar. La acción de protección se deberá interponer dentro de los sesenta días hábiles siguientes a que hubiese tenido lugar la privación, perturbación o amenaza

en el legítimo ejercicio de los derechos indicados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República o desde que el afectado hubiese tenido conocimiento efectivo de ellas.

Cuando el recurrente haya interpuesto recursos administrativos establecidos por la ley, el plazo referido se contará desde la notificación de la resolución que los decida o, o desde que el acto hubiese producido indefensión, o si ha mediado silencio administrativo, desde la fecha de la certificación respectiva.

Artículo 3.- Interposición. La protección se interpondrá por escrito, por vía electrónica o por cualquier otro medio. En casos urgentes podrá interponerse incluso verbalmente, caso en el cual se extenderá el acta respectiva por la secretaría del tribunal respectivo.

Artículo 4. - De la solicitud. En la solicitud de protección se identificará quien la deduce y la persona o personas en cuyo favor se interpone, y, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 18, se detallará con la mayor precisión posible, los hechos que motivan la protección y se determinará la autoridad, funcionario, persona natural o jurídica a quien se atribuyen tales hechos o se señalará los datos que permitan identificarlo si fuere posible. Podrá indicarse las normas jurídicas en que la protección se funda y el derecho cuyo ejercicio se estima impedido, amenazado o perturbado.

Se acompañará, además, los antecedentes de que se disponga para fundar la protección pedida.

Artículo 5. - De la tramitación. Declarada admisible la acción, la Corte solicitará de quien corresponde o de quien le parezca que puede proporcionar información adecuada, por la vía que estime más rápida, los informes que considere procedentes par-a el mejor fallo de la solicitud. Pedirá además a la persona que acompañe todos los antecedentes que sobre la materia obren en su poder y que, en caso de no contar con ellos, señale en qué lugar se encuentran o quien los tiene.

Con todo, y no obstante lo previsto en el inciso anterior, la Corte deberá siempre solicitar informe a los terceros cuyos derechos, según los antecedentes suministrados, puedan resultar directamente afectados por el fallo que se pronuncie.

Estos terceros podrán hacerse parte en la tramitación y tendrán los derechos previstos en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, sea que la Corte les haya o no les haya solicitado informe. La falta de requerimiento de informe a estas personas no afectará la validez del procedimiento si los terceros hubieren comparecido a la tramitación.

Los informes requeridos deberán emitirse dentro del plazo de cinco días hábiles. Si no se emiten oportunamente, no se suspenderá ni retardará el procedimiento y el tribunal podrá prescindir de ellos para dictar su sentencia.

Artículo 6. - Suspensión provisional del acto reclamado. Admitida a trámite la protección, la Corte podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la suspensión provisional del acto impugnado o decretar la medida cautelar que estime apropiada para asegurar la tutela judicial.

Siempre deberá decretarse la suspensión provisional del acto, resolución o procedimiento impugnado, si se advierte el peligro de daño grave o irreparable para los derechos de la persona a favor de quien se pide la protección: cuando se trate de actos o resoluciones cuya ejecución haga imposible llevar a cabo la resolución judicial que se dicte otorgando la protección, o tal ejecución haga extremadamente gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior, o cuando aparezca de manifiesto que la acción u omisión que se denuncia es el resultado de un proceder manifiestamente ilegal.

Artículo 7.- Procedimiento. Recibido el informe y los antecedentes requeridos o sin éstos, y vencido el plazo para informar, la Corte de Apelaciones ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente y en lugar preferente la causa a la tabla del día subsiguiente, previo sorteo en las Cortes de más de una sala.

Quienes comparezcan en las vistas de las causas ante las Cortes tendrán derecho a alegar por el lapso máximo de 10 minutos. Podrán dividir este tiempo de manera de destinar una parte a hacerse cargo de las alegaciones contrarias.

Artículo 8.- Intervención en la causa. La persona a quien se atribuye la acción u omisión por la que se pide protección podrá hacerse parte. También podrá hacerlo a quien se le haya solicitado informe, siempre que lo haya emitido oportunamente, que haya remitido todos los antecedentes que obraban en su poder o haya indicado en qué lugar se encuentran o quién los tiene.

Artículo 9.- Medidas para mejor resolver. Si el tribunal estima conveniente y necesario decretar alguna medida para mejor resolver, la deberá disponer el mismo día de la vista de la causa. La sentencia que se pronuncie transcurridos quince días desde la fecha de la vista será nula y se deberá proceder a una nueva vista, incurriendo los jueces en responsabilidad disciplinaria que se hará efectiva con alguna de las sanciones indicadas en el artículo 537 del Código Orgánico de Tribunales.

Con todo, el plazo para que la Corte Suprema falle el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia definitiva de primera instancia será de treinta días corridos, contados desde la vista de la causa, y de cuarenta y cinco días, si ha decretado medidas para mejor resolver.

Artículo 10.- Responsabilidad por incumplimiento de órdenes judiciales. Si el particular o el representante de la persona jurídica privada o la autoridad, funcionario o responsable de la entidad a la que se haya notificado la suspensión provisional del acto, desobedece la orden

judicial y continúa con la ejecución del acto u omisión arbitraria o ilegal, será sancionado de conformidad con el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, para cuyo efecto el tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

En igual sanción incurrirá el que no dé cumplimiento a lo resuelto en el plazo fijado por el tribunal o quebrante lo ordenado cumplir. Lo anterior no obsta a que la Corte pueda imponer al renuente, como apremio, multas de 20 hasta 200 unidades tributarias mensuales y arresto hasta por quince días, los que se podrán repetir, en tanto no se dé cumplimento a lo fallado.

Artículo 11.- Desistimiento. El desistimiento del recurrente o agraviado no extinguirá las acciones o derechos que pueda hacer valer en los procedimientos ordinarios o especiales correspondientes.

Si el desistimiento se basa en una satisfacción extrajudicial de los derechos afectados y reclamados por el recurrente o agraviado, el proceso podrá reabrirse en cualquier tiempo si se demuestra que la satisfacción acordada ha sido incumplida o retardada.

Artículo 12." De la sentencia. La sentencia se pronunciará en el término de cinco días hábiles, contado desde la vista de la causa, y se notificará por correo electrónico o en la forma solicitada por quien deba ser notificado o por el estado, tanto a la persona que ha presentado la solicitud de protección, como a quien se atribuya la acción u omisión que la motiva y a quien se imponga cumplir con lo resuelto en el fallo.

Si esta persona no ha comparecido, la sentencia se le notificará por cédula. Con todo, el tribunal podrá determinar otra forma de notificación que las circunstancias del caso aconsejen, habida consideración de la naturaleza de la acción deducida.

Artículo 13.- Apelación. La apelación se interpondrá en el término fatal de cinco días hábiles, contados desde la notificación.

Artículo 14. - Costas. Toda sentencia judicial que acoja la acción de protección condenará al autor del agravio al pago de las costas del proceso, reservándose su liquidación para la ejecución de la sentencia.

Artículo 15.- Cumplimiento del fallo. Una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia definitiva, el órgano, autoridad, funcionario o persona responsable del agravio deberá cumplir el fallo sin demora o en el plazo que la Corte determine.

Si no se cumple el fallo dentro del plazo de quinto día hábil o el que fije el tribunal, desde la notificación de la sentencia firme, la Corte podrá decretar en contra de quien no lo ha cumplido, como medidas de apremio, el pago de multa a beneficio fiscal hasta por cien

unidades tributarias mensuales o el arresto hasta por diez días. Estas medidas podrán repetirse hasta que se obtenga el cumplimiento efectivo de la sentencia.”.”.