

EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL EN EL DERECHO CHILENO¹

THE PROTECTION RESOURCE AND ITS CURRENT PROBLEMS IN CHILEAN LAW

Priscila Machado Martins²

Zulmar Fachin³

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar la necesidad de reformar el actual diseño constitucional y legislativo del recurso de protección para mejor tutela de los derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales. Identifica que el ámbito de incidencia del recurso de protección es restricto. Por ter un rol taxativo, no alcanza otros derechos, especialmente los de naturaleza social. Esta realidad deja a descubierto una pluralidad de derechos fundamentales de la persona humana que deben ser amparados poreal ordenamiento jurídico. Considera que los derechos fundamentales, para ser protegidos y efectivos, claman por actuación de agentes estatales. Sugiere que una reforma constitucional o mismo una nueva Constitución para Chile podrá establecer una mejor protección a los derechos fundamentales sociales.

Palabras-Clave: recurso de protección, derechos sociales, derechos fundamentales.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the need to reform the current constitutional and legislative design of the protection resource for better protection of fundamental rights, especially social rights. Identifies that the scope of incidence of the protection resource is restricted. By ter a restrictive role, does not reach other rights, especially those of a social nature. This reality reveals a plurality of fundamental rights of the human person that must be protected by the legal system.

¹ Trabajo sometido el 17/09/2018, dictámenes de análisis el 14/11/2018 y 14/11/2018 y aprobación comunicada el 07/12/2018.

² Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Profesora de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de los Andes, Chile. Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt Iniciación (Conicyt Chile), N° 11170502, titulado “La cosa juzgada en la acciones constitucionales de protección”, en la cual la autora es directora responsable. priscilamartins@gmail.com

³ Doctor en Derecho Constitucional (UFPR). Maestro en Ciencia Política (UEL). Maestro en Derecho (UEL). Licenciatura en Derecho (UEM). Miembro electo de la Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Profesor de Derecho Constitucional en el Máster del Unicesumar, UEL y Escuela de Derecho de las Facultades Londrina. Investigador del ICETI. zulmarfachin@gmail.com

It considers that fundamental rights, in order to be protected and effective, call for action by state agents. It suggests that a constitutional reform or even a new Constitution for Chile may establish a better protection of fundamental social rights.

Key words: protection resource, social rights, fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. El recurso de protección y su actual diseño constitucional y legislativo; 2.1. Naturaleza procesal del recurso de protección; 2.2. El problema del rol taxativo de derechos fundamentales protegidos; 2.3. El problema de la inconstitucionalidad del auto acordado que reglamenta el recurso de protección; 3. El recurso de protección en una nueva constitución; Conclusão; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se centra en el estudio del recurso de protección y su proyección hacia una nueva Constitución. El problema que se plantea es si el actual diseño del recurso de protección es capaz de dar garantías a los derechos fundamentales individuales, colectivos y sociales de los ciudadanos. Este problema tiene su origen en las peculiares características de la acción de protección y en la dificultad su rol taxativos de derechos, como también la ausencia de acción de tutela de los derechos sociales. La razón de la presente investigación está en la necesidad de reformar el actual diseño constitucional y legislativo del recurso de protección para mejor protección de los derechos fundamentales.

Esto sin duda, significa que los aspectos relativos al recurso de protección en caso alguno son un asunto pacífico para la doctrina, sino que provoca no solo cambios o perfeccionamientos del instituto, que lo tensionan a tal punto, como se comprueba con las publicaciones efectuadas sobre el tema, en los cuales podemos identificar puntos sensibles de discusión, con despliegue de argumentos y opiniones heterogéneas y divergentes, todas en la búsqueda de un mejor delineamiento de esta acción, que parece necesita de todavía mayor atención.

2. EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y SU ACTUAL DISEÑO

CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO

El recurso de protección es una acción constitucional para la protección de los derechos individuales, establecido en el artículo 20, de la Constitución de la República. Dicho artículo establece que: *en el*

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Es aquella acción constitucional que concede a los individuos, que como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales, la tutela efectiva. El recurso de protección tiene por objetivo reestablecer el imperio del derecho, para asegurar el derecho vulnerado y su efectiva protección.

Ha sido discutida el alcance de la norma constitucional inserta en el art. 20 de la Constitución de Chile, indagando si en ella han sido protegidos solamente los derechos individuales de primera generación o si podría alcanzar también los derechos sociales.

Podemos destacar que, en la historia del constitucionalismo brasileño, algo semejante ocurrió. La Constitución brasileña de 1891, establecía la concesión de *habeas corpus* en los siguientes términos: "Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrerviolencia por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção" (art. 72, par. 22). En dicha Constitución no constaba cualquier referencia al mandado de seguridad. En otras palabras, la única garantía constitucional de la libertad de locomoción era

el habeas corpus.

A la luz de esta norma constitucional de garantía, ocurrió un gran debate en el derecho brasileño, conocido como la "doctrina brasileña del *habeas corpus*". Los dos nombres más importantes de este debate fueron Rui Barbosa, escogido como el abogado brasileño del siglo XX, y Pedro Lessa, en este entonces ministro do Supremo Tribunal Federal.

Rui Barbosa sostenía que la norma constitucional que previa el *habeas corpus* debería recibir interpretación extensiva, de modo a alcanzar otras especies de libertad, tales como la libertad política, religiosa, de opinión y de reunión. Sustentaba que “a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”. (BARBOSA, 1934, p. 505-506)

En sentido opuesto, Pedro Lessa, ministro do Supremo Tribunal Federal, afirmaba que a norma constitucional de garantía debería tener sua aplicabilidad restricta a la protección de la libertad de locomoción, consubstanciada en el derecho de ir y de venir, bien como de permanecer. Afirmaba, en oposición, a Rui Barbosa:

É exclusiva a missão do *habeas corpus* garantir a liberdade individual na acepção restrita, a liberdade física, a liberdade de locomoção. O único direito em favor do qual se pode invocar o *habeas corpus* é a liberdade de locomoção, e de acordo com este conceito tenho sempre julgado (...). Além da liberdade de locomoção, nenhuma outra há defensável pelo *habeas corpus*. Absurda é qualquer extensão, qualquer elasticidade, que se dê ao *habeas corpus* nesse sentido. (LESSA, 2003, p. 287-288)

El debate jurídico sobre el alcance en la norma constitucional se mantuvo hasta 1926. La reforma constitucional de este año limitó el ámbito del *habeas corpus* y, en la década de 1930, surgió el mandado de seguridad, el cual pasó a ser utilizado para casos de violación al derecho líquido y cierto, salvo la libertad de locomoción, pues esta continuó siendo amparada por *habeas corpus*. Tales hechos históricos explican, de cierto modo, porque las Constituciones siguientes pasaran a admitir mandado de seguridad para proteger el derecho líquido y cierto “não amparado por *habeas*

corpus”, pues este, nuevamente interpretado en sentido estricto, pasó a ser utilizado únicamente para proteger la libertad de locomoción. (FACHIN, 2017). En razón de la reforma constitucional de 1926 y del surgimiento del mandado de seguridad en la Constitución brasileña de 1934, el problema estaba resuelto: en casos específicos de ofensa a la libertad de locomoción, cabía *habeas corpus* y, para otras ofensas de libertad (religiosa, de opinión, reunión), era utilizado el mandado de seguridad.

Naturalmente existe una equivalencia entre el recurso de protección y el mandado de seguridad brasileño, dado que ambos mecanismos procesales constitucionales tienen por objetivo proteger a los individuos en contra de la arbitrariedad. En este sentido, la Constitución brasileña de 1988 establece que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público" (art. 5º, inciso LXIX). En consecuencia, es claro que parte de los derechos protegidos por el recurso de protección chileno son protegidos también por el mandado de seguridad brasileño. Por otro lado, el recurso de protección no deja de ser semejante al mandado de injunción, novedad de la Constitución de 1988: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (art. 5º, inciso LXXI). Así como el recurso de protección chileno, el mandado de injunción brasileño tiene campo de actuación restringido.

2.1. NATURALEZA PROCESAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

Si desde el aspecto constitucional, el recurso de protección tiene naturaleza de garantía, desde el ámbito procesal, el recurso de protección es una acción, o sea, una facultad que tiene las personas, nacionales o extranjeras, para provocar el ejercicio de la tutela jurisdiccional para la protección, reconocimiento o declaración de un derecho

fundamental que fue privado, perturbado u omitido, y que se traducen en un conjunto de actos procesales que tienen por objetivo dar tutela efectiva a los derechos fundamentales, por medio de una sentencia definitiva.

Ha recibido la impropia denominación de “recurso”, ya que la acción de protección no tiene naturaleza de recurso, en el sentido técnico procesal⁴, pues no pretende atacar o reformar a ninguna sentencia judicial, sino que es una acción de urgencia, que busca la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

La discusión sobre que tipo de procedimiento sería el recurso de protección, o sea, de naturaleza cautelar o sumario especial o sumarísimo, ocupa parte de la discusión en recurso de protección, y su reconocimiento importa en la consideración o no de la cosa juzgada.

La mayor parte de la doctrina entiende que el recurso de protección tiene naturaleza cautelar, entre los juristas chilenos encontramos Francisco Zuñiga Urbina (2007, pp. 61-82), José Luis Cea (1999, pp. 41 y 42; 162 y 165), Emilio Pfeffer Urquiaga (2006, pp. 87-107) entre otros, pues, para ellos, tratándose de derechos fundamentales dicha tutela solamente debe darse por medio de un proceso constitucional urgente de tipo cautelar. Para Juan Manuel Errazuriz Gatica y Jorge Miguel Otero A., la acción de protección es una acción cautelar, toda vez que es un medio procesal principal que tiene por objeto el resguardo del legítimo ejercicio de los derechos amparados por ésta, exigiendo al tribunal competente que cumpla con la obligación constitucional de dar debida protección al afectado, y que restablezca el imperio del derecho. (ERRAZURIZ GATICA; OTERO, 1989, p. 37)

Una de las formas de intervención jurisdiccional para la solución de conflictos es la tutela cautelar. Ella tiene por fundamento acautelar el objeto del proceso principal en contra del tiempo o de la demora, por esto el requisito del *periculum in mora*, pero una de las principales características es su dependencia de un proceso

⁴ “el denominado recurso de protección no circunscribe el ámbito de su aplicación a las resoluciones judiciales, sino que cubre toda la gama de decisiones públicas, con ciertas excepciones importantes”. En: Alcalá, 1999, p. 160.

principal.

La tutela cautelar no es autónoma, conforme explica Francesco P. Luiso

[...] la tutela cautelar tiene naturaleza subordinada y no autónoma, como la tutela cognitiva y la tutela ejecutiva. Ella no tiene por objetivo la tutela definitiva de la situación sustancial, pero está al servicio y en la dependencia de otra forma de tutela jurisdiccional, normalmente cognitiva, pero también pudiera ser ejecutiva, en cuanto a la función de garantizar la efectividad de la forma de tutela jurisdiccional, vale decir, principal⁵.

En el mismo sentido, Enrico Tullio Liebman entiende que “la acción cautelar es siempre presentada en una relación de complementariedad a una acción principal, ya que dicha relación que la cautela tiene el objetivo de garantizar el resultado de la acción principal”⁶.

De este modo, debemos discordar de la posición que defiende la naturaleza cautelar de la acción de protección, una vez que no cumple con los requisitos de la dependencia a una acción principal, no tiene como objetivo asegurar el resultado de otra acción, ni tiene como característica la no autonomía. Por el contrario, la acción de protección es acción autónoma independiente, que tiene por fundamento asegurar de modo rápido la tutela efectiva del derecho constitucional sustantivo.

Eduardo Aldunate presenta una perspectiva diferente al significado del recurso de protección, que es la de un procedimiento urgente cautelar. Su propuesta es que en la práctica este remedio constitucional no se ha comportado como un procedimiento cautelar, sino que resuelve en la mayoría de los casos el fondo del tema controvertido con carácter definitivo. Así, la judicatura ordinaria termina en muchos casos de formular un norma constitucional que incorpora al orden jurídico, lo que no comporta las características de una tutela cautelar. (ADUNATE, 1993-1994, p. 59; ADUNATE,

⁵“La tutela cautelare – è questo l’elemento più importante – ha natura subordinata e non autonoma, come la tutela cognitiva e quella esecutiva. Essa non è rivolta alla tutela definitiva delle situazioni sostanziali, ma è, per così dire, al servizio, alle dipendenze di altre forme di tutela giurisdizionale (normalmente cognitive, ma anche esecutive), in quanto ha la funzione di garantire l’effettività delle forme di tutela giurisdizionale, per così dire, principale”. (LUISO, 2013, p. 21).

⁶“L’azione cautelare è sempre legata da un rapporto di complementarità ad un’azione principale e questo rapporto è dato da ciò, che la cautela che viene chiesta ha lo scopo di garantire il proficuo risultato dell’azione principale”. Trad. Libre de LIEBMAN, 2012, p. 205.

1993; BORDALÍ SALAMANCA, 2011, pp. 56-71; BORDALÍ SALAMANCA, 2007, pp. 517-538)

Para Eduardo Soto Kloss, la acción de protección no es una acción cautelar, pues a su ver, lo cautelar no es un criterio que pueda ser referido al contenido, a la cualidad o carácter de los efectos de acto de jurisdicción, sino a la relación instrumental que vincula el acto procesal cautelar a un acto principal, diverso de él. Para él, la protección no es una acción cautelar, sino son cautelares las medidas que se dictan por el tribunal para dar protección al derecho fundamental vulnerado. (SOTOKLOSS, 1982, p. 248)

Otra parte de los juristas entienden que el recurso de protección otorgase por una vía urgente, de naturaleza sumaria o sumarísima. Diego Palomo Vélez explica que se trata de un procedimiento sumarísimo que aspira a brindar tutela judicial efectiva y urgente a una persona o grupo. (PALOMO VÉLEZ, 2009; PALOMO VÉLEZ, 2003, p. 133-159) Para Andrés Bordalí Salamanca, el recurso de protección es un proceso de protección de derechos fundamentales, un proceso sumario especial, que permite dar efectividad urgente, aunque con un carácter provisional, a los derechos fundamentales. (BORDALÍ SALAMANCA, 1999, p. 43-58)

La posición más acertada sobre la naturaleza del recurso de protección es exactamente la que defiende la naturaleza sumarísima, pues como explica Liebman “la ley ha sentido la necesidad de conceder a favor de determinado derecho el privilegio de poder obtener una decisión y la consecuente vía ejecutiva de modo más rápido que el normal” (LIEBMAN, 2012, p. 176). Corroborando con lo que se defiende, Gregorio Peces-Barba entiende que “igualmente puede calificarse al procedimiento como sumario, si bien entendido no en término procesales, sino con el sentido de la celeridad, rapidez, brevedad o urgencia”. (PECES-BARBA, 1999, p. 529)

El procedimiento del recurso de protección, que está disciplinado por el Auto Acordado N° 94-2015 de la Corte Suprema, es el sumarísimo especial, pues no está

permitido, en el ámbito de la acción de protección, la extensión de la prueba, ya que no es admitida la prueba pericial u oral. Así las cosas, este es el fundamento por el cual el recurso de protección es un procedimiento absolutamente documental. Esta característica está relacionada a su naturaleza de tutela jurisdiccional de conocimiento de urgencia. Es lo que podemos extraer de la rapidez y de la simplicidad de su procedimiento.

Esta característica sumarísima establece una tramitación rápida, conocida directamente en segunda instancia, determinando una ventaja procesal en relación a los lentos e interminables procedimientos ordinarios, garantiendo un procedimiento más veloz, breve y concentrado.

La característica sumarísima de la acción de protección también genera discusión sobre la naturaleza de la cognición judicial, que podría para algunos ser superficial, sumaria o exhaustiva. Eduardo CAMBI (2001, pp. 62-63) entiende que la cognición superficial es aquella en que el juez está en condiciones de ejercer la jurisdicción antes de la notificación del demandado, con fundamento en pretensiones unilaterales y, eventualmente, con base en pruebas pre constituidas aportadas por el demandante. Por otro lado, la cognición sumaria es aquella ejercida por el juez a partir del contradictorio entre las partes y, de un modo más amplio, durante el procedimiento, hasta que todas las pruebas necesarias sean producidas por las partes. De este modo, dicho autor entiende que la cognición judicial verticalmente exhaustiva es ejercida después del término del período probatorio, donde en ella realiza todo el análisis del conjunto probatorio.

Por otro lado, Luiz Guilherme MARINONI (1994, pp. 23-26) defiende un posicionamiento diferente. Para dicho autor la cognición judicial superficial es aquella ejercida por el juez solamente con base en un juicio de verdadera semejanza, o sea, que es un juicio de valor que recae solamente sobre las argumentaciones de las partes, y diferentemente, la cognición judicial sumaria es aquella que recae sobre hechos sostenidos acompañados de las debidas pruebas y, de este modo, es la

cognición que surge de un juicio de probabilidad sobre el derecho sostenido en juicio.

La cognición verticalmente exhaustiva es ejercida en el final, propia de los procedimientos ordinarios, con el análisis, después de la manifestación de las partes, de todos los hechos, pruebas y argumentos aportados por las partes. Es la cognición judicial, la verticalmente exhaustiva, que es apta a producir, vía de regla, la cosa juzgada material.

La técnica de la cognición judicial en las acciones de protección es verticalmente exhaustiva *secundum eventum probationis*, o sea, según el resultado de la prueba. Por lo tanto, la decisión que juzga el mérito de la acción de protección se reviste de la autoridad de la cosa juzgada material.

La apreciación del mérito de la acción de protección para efectos de la cognición vertical exhaustiva ocurre cuando, en la sentencia definitiva, el juez o tribunal, después de la manifestación de la parte contraria, verifica delante de todos la prueba instrumental producida, el argumento de la arbitrariedad, con la concesión o no de la protección constitucional pretendida.

Esta situación ocurrirá cuando existan pruebas pre constituidas que no dejen dudas sobre los hechos pretendidos, siendo en este sentido que la formación de la cosa juzgada material en el recurso de protección depende del resultado de la prueba, o sea, la cosa juzgada será material *secundum eventos probationis*. Por otro lado, si el resultado de la prueba es insuficiente en el recurso de protección, la cosa juzgada será solamente formal (ALMEIDA, 2007, p. 436).

2.2. EL PROBLEMA DEL ROL TAXATIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS

El artículo 20 de la Constitución Política de la República establece un rol taxativo de los derechos fundamentales, no incluyendo todos los derechos fundamentales, y en especial dejando de lado la protección y la tutela de los derechos sociales. Los derechos protegidos en el referido dispositivo legal, de modo general,

son: el derecho a la vida; la igualdad ante la ley; la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales; respecto y protección a la intimidad y la honra; la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas; libertad de conciencia, manifestación de creencias y ejercicio libre de culto; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; derecho a elegir el sistema de salud; libertad de enseñanza; la libertad de opinión y la de informar sin censura previa; el derecho de reunión; el derecho de asociarse; el derecho a la libertad de escoger el trabajo, no pudiendo ser prohibida ninguna clase de trabajo, que no se oponga con la moral, seguridad, salubridad pública o interés nacional; derecho a sindicarse; derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, orden público o a la seguridad nacional; derecho de propiedad; derecho a la propiedad intelectual.

Norberto Bobbio ya destacaba que "O problema fundamental em relação aos direitos do home, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político". (BOBBIO, 1992, p. 24)

El profesor Humberto Nogueira Alcalá asevera que

[...] sólo se protegen derechos sociales que no guardan relación con la actividad económica-financiera del Estado, como es el caso del derecho a sindicarse, como asimismo, el derecho a escoger el sistema de salud (privado o público) que la persona considere conveniente. El único caso que rompe esta regla guarda relación con el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, pero en este caso, se exige que la acción deba ser arbitraria e ilegal, vale decir, cumplir con ambos requisitos copulativamente, sin que exista un fundamento razonable y legítimo para realizar esta discriminación. (ALCALÁ, 1999, p. 169)

El problema de se establecer un rol taxativos de derechos fundamentales es dejar a muchos de los derechos sin la efectiva garantía. Los derechos fundamentales implícitos, los derechos colectivos y los derechos sociales son alguno de estos ejemplos. La piedra angular de las garantías de los derechos fundamentales es su tutela jurisdiccional. Solamente cuando un derecho fundamental encuentra protección judicial, podemos decir que existe una protección integral de este derecho.

La acción de protección es una garantía jurisdiccional del ejercicio y disfrute

de los derechos fundamentales en Chile (PECES-BARBA, 1999, p. 527), pero la pregunta que se hace es si es posible considerar un derecho fundamental sin su respectiva protección jurisdiccional de ejercicio y disfrute? Supuestamente que no, o por lo menos su real protección debiera estar asociada a un mecanismo procesal de protección.

Debido a este rol taxativo la jurisprudencia ha aceptado la tutela de los derechos bajo el nefasto argumento de la “propietarización de los derechos fundamentales”. Esto no es de hoy y persiste hasta los días actuales. En el Rol N° 17.718-2016, la Tercera Sala de la Corte Suprema, por ejemplo, sostiene que

[...] el recurrente invocó su derecho de propiedad sobre su empleo público de planta, que fue conculcado con la inclusión en la lista anual de retiro. La ya citada ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas establece, como se ha señalado en el considerando precedente, el ingreso a la carrera profesional, como asimismo el retiro, una de cuyas formas es la ya que se adoptó respecto del recurrente, de modo que la propiedad en el empleo se encuentra garantizada mientras no surjan causales legales de terminación como ha ocurrido en este caso.

Esto es así, pues se ha entendido que es posible considerar el derecho de propiedad sobre los mismos derechos. Esto entra en conflicto con la misma titularidad y renunciabilidad de los derechos fundamentales. En el año de 1991, Alejandro Vergara Blanco advirtió de los problemas relacionados con la teoría de la propietarización de los derechos, publicando un artículo en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Sus principales preocupaciones eran: i) la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales dependían de recurrir al argumento de considerar no tanto el derecho, sino la propiedad que sobre él se tendría, considerando esto un vicio dogmático, que si bien produce los efectos prácticos pretendidos, conduce a una crisis dogmática del derecho a la propiedad; y ii) que esta práctica es altamente corrosiva, pues se trata de una relajación del concepto de propiedad, lo que evidencia que todo los derechos fundamentales se reducen a un único derecho, o sea, el derecho de propiedad. Al final, dicho autor advierte de los peligros y del “precipicio” dogmático que la jurisprudencia constitucional estaría

entrando. (VERGARA BLANCO, 1991, p. 291) Lamentablemente, ni la doctrina ni la jurisprudencia han cambiado de postura. La propietarización de los derechos fundamentales está presente mismo después de 26 años de la publicación del artículo de Vergara Blanco. De igual forma, Andrés Bordalí asevera que “la propietarización de los derechos ha permitido dar tutela urgente a posiciones jurídicas subjetivas que poco o nada tienen que ver con auténticos derechos fundamentales”. (BORDALÍ, 2006, p. 206)

La segunda consecuencia en relación al rol taxativo de los derechos fundamentales es la ausencia de garantía jurisdiccional para la tutela de los derechos fundamentales sociales. Salvador Mohor Abuaud concluye que existe

[...] la necesidad de modificar el artículo 20° de la Constitución vigente, con miras a asegurar su directa protección y terminar así, definitivamente, con la inconstitucional práctica de la propietarización, surgida del ingenio de nuestros abogados y mantenida por la tolerancia de los Tribunales, frente a la necesidad de llenar un vacío de nuestra institucionalidad que ya no puede mantenerse por más tiempo. (MOHOR ABUAUD, 2014, p. 161)

La protección de los derechos sociales no es pacífica. José Ignacio Martínez Estay entiende que los derechos sociales no son derechos en un sentido jurídico estricto, tratándose más bien de preceptos meramente programáticos, pues son exhortaciones a los poderes públicos a las que éstos no quedan obligados. A su vez, sólo se transforman en verdaderas exigencias cuando se recogen en disposiciones infraconstitucionales. (MARTÍNEZ ESTAY, 2010, p. 159) Las normas constitucionales programáticas pueden ser definidas como reglas constitucionales que buscan conciliar los intereses de grupos políticos e sociales antagónicos, presentando un contenido económico-social y función de eficacia de programa, obligando a los órganos públicos, por medio de directrices que estos deben cumplir. (PIMENTA, 1999, p. 173)

No obstante la posición de Martínez Estay, la doctrina extranjera está en el sentido de entender que las normas programáticas prestacionales poseen fuerza normativa. En un primer momento, se defendió que las normas programáticas no

pasaban de exhortaciones morales, declaraciones desproveídas de cualquier eficacia. Posteriormente por fuerza de la influencia de la doctrina italiana, preocupada con la existencia de un gran número de normas programáticas en la Constitución Italiana de 1947, que Vezio Crisafulli lideró una nueva posición de la doctrina, defendiendo la eficacia de las normas programáticas, rechazando que dichas normas eran meramente declaraciones o consejos (CRISAFULLI, 1952, p. 27-31).

Esta concepción entiende que las normas programáticas se presentan como portadoras de principio constitucional. La Constitución encierra una pluralidad de principios, como asevera Gomes Canotilho (1983, p. 11-12), que pueden ser clasificados en: principios jurídicos fundamentales, principios políticos constitucionalmente conformadores, principios constitucionales impositivos, principios-garantías, principios estructurantes y principios concretos. (HORTA, 1991, p. 4) Los principios constitucionales, según Alessandro Pizzorusso (1984, p. 103) son fuentes del Derecho. La eficacia irradiante de los principios constitucionales, especialmente los principios fundamentales, fue trabajada por Mortati (1975, p. 2), en su función como criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales, cuando el principio adquiere la característica de supernorma. Las normas programáticas, como principio constitucional, son considerados por Crisafulli como *disposizioni di principio* en la Constitución, traduciendo en la incompatibilidad de la distinción fundada en la existencia de normas de eficacia programática o directiva y normas de eficacia obligatoria, constituyendo esta inherente obligatoriedad de la norma una exigencia de las constituciones rígidas. (CRISAFULLI, 1952, p. 12 y 19).

Así, las normas programáticas prestacionales son pasibles de exigencia y deben tener una acción constitucional que le sirvan de garantía. En un nuevo modelo constitucional, se torna imprescindible la previsión de un mecanismo jurisdiccional de garantía. Pero esto no se presenta sin dificultades.

El problema en determinar una garantía jurisdiccional sobre los derechos

fundamentales prestacionales es ponderar dos aspectos fundamentales: el principio del mínimo razonable y la reserva del posible. La discusión doctrinaria se divide en aquellos que entienden que el mínimo existencial sería un núcleo intangible del derecho social, y en virtud de esto no podría estar relativizado por el argumento de la reserva del posible, y por otro lado, existen posiciones que defienden que los derechos sociales pueden ser relativizados frente al argumento de la reserva del posible.

La teoría de la reserva del posible surgió en Alemania, en 1972, en el juicio del caso *numerus clausus* por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. En dicho juicio fue decidido sobre el acceso a la carrera de Medicina y la compatibilidad de determinadas reglas estatales que restringían el acceso a la educación superior (*numerus clausus*), con la Ley Fundamental, que garantizaba la libertad de escoger una profesión. El Tribunal entendió que la prestación exigida por el Estado debe corresponder al que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad, y decidió que no sería razonable exigir del Estado la obligación de acceso a todos los que pretendieran estudiar la carrera de Medicina.

Así las cosas, de acuerdo con la doctrina de la reserva del posible (*Vorbehalt des Möglichen*), mismo que hubiere recursos financieros para satisfacer la prestación requerida, el Estado no debe realizarla si la exigencia no estuviera dentro del límite del razonable. (SARLET, 2006, p. 301). La reserva del posible está relacionada a la exigencia de prestaciones dentro del límite de razonabilidad, y no de la escasez de recursos conforme ocurre en los países de Sudamérica. (OLSEN, 2006, p. 6)

Wálter Araújo Carneiro asevera que la reserva del posible sería una causa excluyente de la conducta antijurídica del Estado que deja de conferir eficacia a un derecho fundamental social prestacional consagrado en la Constitución Federal. Así, delante de un cuadro financiero deficitario, sería inexigible del Estado la adopción de conducta diversa. (CARNEIRO, 2004, p. 383)

Por otro lado, la reserva del posible, según Flávio Galdino, es un integrante de los derechos fundamentales, en la medida en que considera a la escasez de recursos

no como un elemento a la restricción a la efectividad del derechos fundamental, sino como una condicionante a la propia existencia del derecho, pues “en la medida en que al Estado es indispensable el reconocimiento y la efectivación de los derechos derechos, y considerando que los Estados solamente funcionan en razón de las contingencias de recursos económicos-financieros captados juntamente a los individuos singularmente considerados, se llega a la conclusión de que los derechos solamente existen en la medida donde hay flujo presupuestario que lo permita”. (GALDINO, 2002, p. 188)

Pero en definitiva, los derechos sociales prestacionales no pueden depender de la programación política y económica, como tampoco de la voluntad política en estos aspectos⁷. Es necesario establecer un nuevo diseño a la acción de protección para que pueda amparar y garantizar la tutela efectiva de los derechos sociales.

2.3. EL PROBLEMA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL AUTO ACORDADO QUE REGLAMENTA EL RECURSO DE PROTECCIÓN

Las normas de naturaleza procesal, en nuestro ordenamiento jurídico son materias de Ley, conforme establece el artículo 63, N° 3 de la Constitución Política de la República. De este modo, la ley es la fuente primordial del derecho procesal. Esto es una de las exigencias del principio de la legalidad procesal, ya que nadie puede ser juzgado sin ley anterior que establezca tanto la ley material como también el procedimiento. Para que determinado procedimiento sea constitucional en la forma, es necesario observar el proceso de formación de la ley.

⁷En sentido contrario: “La troisième objection concerne un important problème qui n’est cependant pas non plus limité au domaine des DF relatifs à des prestations. Il se pourrait que la Constitution ou une convention rende obligatoire un ensemble d’action excédant les possibilités actuelles des organes chargés de leur réalisation. Ad mettons qu’une Constitution fasse du droit au travail un DF. Si cela voulait dire que le législateur est obligé de prévoir des mécanismes rendant possible l’attribution d’un travail rémunéré à toute personne, en d’autres termes la disparition de tout chômage, il paraît difficile qu’on y arrive même en introduisant une économie en tièrement planifiée et mis à part les effets négatifs qu’un tel dispositif produit précisément pour l’économie, donc pour les opportunités de créer emplois rémunérés”. (FAVOUREU, 2009, p. 127).

El principio de la legalidad, consagrado constitucionalmente en el artículo 19, N° 3 de la Constitución Política y establece que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. Esta parte del N° 3 del artículo 19 determina una garantía jurisdiccional, ya que el principio de la legalidad procesal afirma que todo procedimiento debe ser desarrollado conforme la ley procesal ante órgano jurisdiccional competente, conforme la expresión latina *nemodamneturnisi per legaleiudicio*. El principio de legalidad procesal es una exigencia de que toda pretensión y su resistencia o defensa debe ser tramitada de conformidad con el procedimiento adecuado y las normas procesales previstas en Ley.

No obstante, en Chile, la acción de protección no obedece el principio de la legalidad procesal estricta y es reglamentado por medio de un Auto Acordado que establece su tramitación. El Auto Acordado N° 94-2015 establece el procedimiento del recurso de protección, legislando por vía impropia, la legitimidad de partes, los plazos, mecanismos de pruebas, recursos pertinentes, requisitos para la admisibilidad de la acción, etc.

No obstante, por diversas oportunidades, el Tribunal Constitucional ha sido consultado sobre la constitucionalidad del Auto Acordado que establece la tramitación del recurso de protección. En su último fallo a respecto (CHILE, 2013), manifiesta su posición sobre la constitucionalidad del Auto Acordado sobre el Recurso de Protección, y entiende que este tiene fundamento constitucional. Esto porque, según el Tribunal Constitucional, fue una facultad expresamente conferida por el artículo 2, inciso segundo, del Acta Constitucional N° 3, de 1976, y mismo que la Constitución no tenga mantenido el mismo texto, se entiende que la Corte Suprema gozaba de la facultad de regular el recurso de protección mediante auto acordado.

El Tribunal Constitucional entiende que la Corte Suprema ejerce la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, a la excepción de algunos tribunales especiales. Esta atribución se remonta a

la Constitución de 1823 y se ha mantenido inalterable en las Cartas posteriores. Cita el Tribunal Constitucional la posición de Hugo Pereira Anabalón y de Soto Kloss.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional insiste en defender la constitucionalidad del Auto Acordado sobre el Recurso de Protección, bajo el argumento que la Corte Suprema estaría ejerciendo sus facultades económicas, tales como decretar medidas tendientes a obtener una más pronta y mejor administración de justicia, propendiendo a un mejor servicio judicial.

Obviamente, que al reglamentar una acción constitucional la Corte Suprema no está ejerciendo sus facultades económicas, sino que legislando directamente sobre materia de ley. Bajo la equivocada denominación de jurisdicción económica, Mario Casarino define que “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 tienen la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones de decretar medidas de carácter general destinadas a este mismo y laudable fin”. (CASARINO, 2011, p. 42). Obviamente, que establecer legitimidad de partes, plazos, recursos, tramitación, ejercicio de la bilateralidad de audiencia, no es administración económica de la justicia, sino que ejercicio legislativo puro. (BORDALÍ, 2006, p. 207). Lo que salta a la vista, es que el Tribunal Constitucional en sus argumentos no justifica la inobservancia del artículo 63, N° 3, de la Constitución, donde determina que son materia de ley, la legislación procesal. También, si esto fuera posible, cada Corte de Apelaciones estaría habilitada para dictar Autos Acordados, sobre tema no incluido en dicho Auto Acordado, legislando indirectamente en todas las regiones de modo distinto. Obviamente, la finalidad de los Autos Acordados no es esta. El recurso de protección debe ser establecido por materia de ley, debiendo el Congreso legislar a respecto.

3. EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

En la posibilidad de haber una nueva Constitución, será necesario repensar el

diseño normativo procesal del recurso de protección donde fuera posible innovar en su modo de tramitación y en los derechos protegidos. Conforme anteriormente mencionado, es necesario abrir la garantía de la acción constitucional a varios otros derechos fundamentales que no están enumerados en el artículo 20 de la Constitución Política, e incluir tanto los derechos fundamentales implícitos en su ámbito de protección, como también los derechos sociales. Esto además de permitir la garantía de los derechos fundamentales de un modo más amplio, evitaría la incidencia de argumentos que defienden la propietarización de los derechos fundamentales.

4. CONCLUSÃO

La Constitución de Chile establece el recurso de protección para diversos derechos individuales de la persona humana, tales como la vida, la honra, la intimidad, el juez natural, el sigilo de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de reunión, de consciencia, de asociación y laboral.

Se ha constatado que el recurso de protección, no obstante proteger diversos derechos de fundamentales individuales, no se aplica a un número expresivo de otros derechos fundamentales, especialmente los de naturaleza social.

El recurso de protección, previsto en la Constitución chilena, suscita un gran problema: si, por un lado, protege derechos fundamentales (los concebidos como de segunda dimensión), por otro, no alcanza los derechos fundamentales sociales (concebidos como de segunda dimensión).

Una nueva Constitución o, simplemente, una reforma constitucional, tendrá el objetivo de suprimir la deficiencia. Bastaría la previsión constitucional de que la norma del art. 20 de Constitución chilena alcanza también los derechos sociales.

5. REFERENCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

ADUNATE, Eduardo Lizana. Interpretación constitucional y decisión política, **Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso**, vol. XV, 1993-1994.

ADUNATE, Eduardo Lizana. Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional. **Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago**. N° 20, vol. 2 y 3, Tomo II, 1993.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El recurso de protección en Chile. **Anuario Iberoamericano de justicia constitucional**. n° 3, 1999, pp. 157-180.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El proceso de protección. **Revista de Derecho (Valdivia)**. vol. 10, n. 1, dic. 1999.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El recurso de protección chileno al banquillo, **Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla**. año V., n. 27, enero-junio, p. 56-71, 2011.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. **Revista de Derecho (Valdivia)**. v. XIX, n° 2, 2006.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tareapendiente en el derecho chileno. **Revista Chilena de Derecho**. vol. 34, n. 3, pp. 517-538, Santiago, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1983.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan-dez 2004, p. 371-388.

CASARINO, Mario. **Manual de Derecho Procesal**. Tomo I, 6. ed. 2011.

CEA, José Luis, El sistema constitucional de Chile. **Síntesis crítica**. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, 1999.

CHILE, Tribunal Constitucional. **Rol N° 2243-12**. Sentencia de 03 de septiembre de 2013.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

ERRAZURIZ GATICA, Juan Manuel; OTERO A., Jorge Miguel. **Aspectos procesales del recurso de protección**. Santiago, Jurídica de Chile, 1989.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAVOUREU, Louis *et al.* **Droit des libertés fondamentales**. 5. Ed. Paris: Dalloz, 2009.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In:* TORRES, Ricardo Lobo. (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 173-195. 2002.

HORTA, Raul Machado. Estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Nº 33, pp. 1-28, 1991.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 6. Ed. Milano: Giuffrè, 2002.

LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile: principigenerali**. t.I. Milano: Giuffrè, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do proceso e tutela de urgência**. Porto Alegre: Segio Fabris, 1994.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena. **Estudios constitucionales**. vol. 8, nº 2, p. 125-166, 2010.

MOHOR ABUAUAD, Salvador. El recurso de protección y los derechos sociales: una deudapendiente. **Revista de Derecho Público**. Número especial Marzo, 2014, pp. 161-165.

MORTATI, Costantino. **Istituzioni di diritto pubblico**. Milano: Cedam, 1975.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2006.

PALOMO VÉLEZ, Diego. Recurso de Protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambio en La ciencia del derecho procesal constitucional. *In:* **Estudios**



en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. CECOCH, UNAM, Ed. Librotecnia, Santiago, 2009.

PALOMO VÉLEZ, Diego. Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado. **Ius et Praxis** [online]. vol.9, n.2, pp.133-159, 2003.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general.** Madrid, Universidad Carlos III, 1999.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile. **Estudios Constitucionales**, año 4, n. 2, Universidad de Talca, p. 87-107, 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIZZORUSSO, Alexandro. **Lecciones de derecho constitucional.** Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2006.

SOTOKLOSS, Eduardo. **El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia.** Santiago: Jurídica de Chile, 1982.

VERGARA BLANCO, Alejandro. La propietarización de los derechos. **Revista de Derecho Valparaíso.** v. XIV, p. 281-291, 1991.

ZUÑIGA URBINA, Francisco, El recurso de protección en proyecto de Ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales. **Estudios Constitucionales**, año 5, n. 2, Universidad de Talca, 2007, p. 61-82, 2007.