



Universidad De Chile
Facultad De Derecho

Taller Comportamiento de los jueces
Departamento De Derecho Procesal

Flavia Carbonell Bellolio

“Análisis del tratamiento jurisprudencial del derecho al honor contrapuesto a la libertad de expresión con ocasión del recurso de protección”

Juan Sebastián Pacheco Barajas

Profesor Guía:
Flavia Carbonell Bellolio

Santiago, Chile

Marzo, 2024

Agradecimientos:

Quiero agradecer a Proyecto Vigía, en especial a Francisca y Arantxa, por dejarme hacer uso de sus bases de datos y enseñarme acerca de los Derechos de la Personalidad.

A la profesora Flavia por su apoyo y comprensión en el proceso de redacción de esta tesis.

Índice

<i>Introducción:</i>	5
<i>Capítulo 1: Objeto de estudio. El “recurso de protección”</i>	8
1.1 Origen histórico del “recurso de protección”	8
1.2 Panorama jurisprudencial del “recurso de protección”	11
1.2.1 El recurso de protección como mecanismo de impugnación de actos administrativos	12
1.2.2 El fenómeno de propietarización de derechos.....	14
1.3 Naturaleza jurídica de la acción de protección	19
1.3.1 La continuación del debate respecto a la naturaleza jurídica	21
1.4 Constitucionalidad del Auto Acordado que regula el “proceso de protección”	25
1.5 Presupuestos para ejercer la acción	28
1.5.1 Ilegalidad	28
1.5.2 Arbitrariedad	29
1.5. Presupuestos para ejercer la acción (continuación)	31
1.6 Legitimación activa.....	32
1.7 Tramitación del “proceso de protección”	35
1.7.1 Examen de admisibilidad	35
1.7.2 Plazo: Duración y cómputo.....	35
1.7.3 Partes (informe y acumulación)	36
1.7.4 Prueba y verdad.....	37
1.7.4.3 Valoración de la prueba	39
1.7.4.4 Estándar de prueba	40
1.7.5 Decisión.....	41
1.7.5.1 Orden de no innovar (ONI)	41
1.7.5.2 Clausula “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”	41
1.7.6 Cumplimiento y ejecución de la sentencia.....	42
1.8 El “proceso de protección” y la cosa juzgada.....	42

Capítulo 2: Análisis de jurisprudencia.....	48
2.1 Derechos de la personalidad	48
2.1.1 Caso del sistema jurídico francés	49
2.1.2 Concepto de funa	51
2.2 Una mirada inicial a los datos.....	54
2.3 Correlación de votos	56
2.4 Tendencias observadas	58
2.4.1 Funas en el contexto de violencia de género	59
2.4.2 Funas en sentido amplio.....	63
2.4.3 Medios de comunicación	65
Conclusiones:.....	68
Bibliografía:	75

Introducción:

Problema/Pregunta de investigación:

Mi proyecto de memoria versará sobre un análisis de sentencias dictadas por la Corte Suprema, al resolver recursos de protección por vulneración a la garantía del derecho al honor (art. 19 N°4), garantía que tiende a entrar en pugna con la garantía de la libertad de expresión (art. 19 N°12). La muestra de sentencias se refiere a un período temporal que abarca de julio de 2020 a marzo de 2021.

Busco responder a la pregunta siguiente: ¿Cómo ha fallado la Corte Suprema los recursos de apelación en el marco de un recurso de protección por vulneración al derecho a la honra/derecho a la libertad de expresión entre los años 2020 y 2021? ¿Qué tipos de alianzas se dan entre los jueces (ministros y abogados integrantes inclusive)? A partir de los datos obtenidos, pretendo realizar un análisis estadístico, y a su vez, poder capturar las principales líneas jurisprudenciales que tuvieron lugar durante el período estudiado.

Lo que me motivó a llevar a cabo esta investigación fue, particularmente, la irrupción el año 2018 del Movimiento Feminista en Chile, junto a la ocurrencia del “Estallido Social” en octubre del año 2019.

Estos fenómenos sociales posiblemente han cambiado la forma en que los jueces de nuestro país han interpretado los casos que involucran el derecho al honor y la libertad de expresión, pudiendo incluir postulados feministas y reinterpretando el derecho a un debido proceso (artículo 19 N°3 de nuestra Carta Magna). Más aún, en el entendido que las garantías constitucionales tienen una baja densidad normativa. Por lo anterior, mi objetivo es realizar un análisis empírico de sentencias que abarcan un período entre los años 2020 a 2021.

Metodología:

En el primer capítulo se desarrolla el objeto de estudio: el mal denominado “recurso de protección”. En esta sección, creo necesario ahondar en su naturaleza jurídica, defendiendo la postura que afirma que debe ser entendido como un “proceso de protección” de carácter sumario, como propone Bordalí. Además de realizar una reinterpretación crítica de su historia de creación (tanto de la ley como del Auto Acordado) para visualizarlo como una institución que está construida en clave de “derecho de propiedad” y no “derechos fundamentales”.

En el segundo capítulo, abordo cuestiones procesales de la “acción de protección”. Así, en primer lugar, reviso los presupuestos para ejercer la acción propiamente. En segundo lugar, se analizará la tramitación del “juicio de protección”, dividiendo el estudio en sus distintos elementos esenciales: 1) examen de admisibilidad, 2) plazo (duración y cómputo), 3) partes, 4) regulación de la prueba, 5) decisión, 6) cumplimiento y ejecución de la sentencia definitiva.

En el tercer capítulo, se asume que los jueces no solo utilizan las alegaciones de las partes y la prueba que estas rinden para resolver un caso concreto, sino que, como establecen los autores EPSTEIN Y KNIGHT, los jueces fallan de manera *estratégica*. Dado lo anterior, creo relevante elucidar las parejas de jueces que tienden a votar en conjunto. Para ello, creo pertinente hacer uso de un modelo actitudinal, que en palabras de CARBONELL Y PARDOW: “*Consiste en utilizar sentencias divididas, agrupar a los jueces que tienden a votar juntos y luego tratar de explicar dichas coaliciones a partir de similitudes políticas, religiosas o morales.*”¹

Siguiendo el método propuesto por PRITCHETT, asignaré los siguientes valores al voto de cada ministro según si se encuentra en el voto mayoritario o es disidencia: (A) Dentro de una sala, si votan en el mismo sentido, el valor asignado al voto será de 1. (B) Dentro de una sala, si votan en sentidos opuestos, el valor asignado al voto será un -1. (C) Posteriormente, entre cada par de ministros, obtengo el promedio entre sus “interacciones”.² Todo esto, con el fin de elucidar si

¹ Pardow, Diego; Carbonell, Flavia, “Buscando al juez mediano: estudio sobre a la formación de coaliciones en la tercera sala de la Corte Suprema”, *Revista de Ciencia Política PUC*, vol.38, n.3, (2018): 485.

² Ibid.: 492-494.

tienden a fallar en bloque o existen gran cantidad de disidencias al momento de enfrentarse a un caso que involucre el “derecho al honor”.

Por último, con las sentencias seleccionadas pretendo obtener la siguiente información: a) si lo fallado por los ministros de la tercera sala se acerca más a una tendencia liberal o conservadora en los casos de funas por violencia de género y b) las tendencias jurisprudenciales de la muestra estudiada ordenadas en ejes temáticos: i) funas por violencia de género, ii) funas en sentido amplio y iii) medios de comunicación.

Capítulo 1: Objeto de estudio. El “recurso de protección”

1.1 Origen histórico del “recurso de protección”

Inicialmente, describiremos el contexto histórico a través de las tesis de los autores más tradicionales como SOTO KLOSS Y EVANS ESPÍNEIRA, relacionados con el origen de esta institución. Luego de ello, se dará una visión renovada del trasfondo político – jurídico que envuelve al mal denominado “recurso de protección”, ofrecida por el autor BORDALÍ SALAMANCA.

Para SOTO KLOSS, el antecedente directo de la norma postulada en el artículo 20 de la Constitución de 1980 se encuentra en el proyecto de legislatura que presentaron los diputados DIEZ y ARNELLO en el período 1972 a 1973 (posteriormente presentado por el mismo DIEZ como Senador).³ Procederemos a mostrar extractos del fundamento escrito que acompañó al proyecto de cambio constitucional:

*“Hay otros derechos que para el afectado por actos o [sic] omisiones abusivas del poder público o de particulares (...), pueden ser tan importantes como la libertad personal, y a veces, aún más importantes, como cuando alguien es privado de su trabajo de forma arbitraria o de algún bien que sirve de sustento para sus familiares (...) O se le prive arbitrariamente de un taller o industria que ha sido el producto de una vida de trabajo y ahorro legítimos o de un terreno agrícola que ha visto durante años el trabajo incorporado a dicha tierra por un agricultor”.*⁴

Como se colige del párrafo anterior, son razones económicas las que motivan la presentación del proyecto legislativo. Especialmente relevante para los redactores del proyecto legislativo ARNELLO y DIEZ era la protección de la propiedad sobre bienes raíces tales como latifundios agrícolas o al resguardo de empresas (en tanto concepto económico, no jurídico). Es más, DIEZ en su texto “*Personas y valores*”⁵ cree que uno de los antecedentes de mayor relevancia

³ Eduardo Soto Kloss. *El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*. 1. ed. (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1982.): 24.

⁴ Ibid.: 25.

⁵ Sergio Diez Urzúa. *Personas y Valores: Su protección constitucional*. 1era. ed. (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999): 265.

para presentar la propuesta legislativa, fue el suceso en el cual diversos inmuebles dedicados a la explotación agrícola sufrieron ocupaciones ilegales y los dueños no contaban con acciones útiles para retomar la posesión pacífica y útil de su terreno. SOTO KLOSS expresa que el proyecto tuvo 4 elementos fundamentales: 1) es un remedio procesal para proteger derechos fundamentales, 2) es una acción rápida y eficaz, 3) que se presenta ante una acción u omisión ilegal o arbitraria y 4) sin perjuicio de las demás con las que se cuente⁶.

Ahora bien, tras el golpe de estado del 11 de septiembre de 1973, tuvieron lugar una serie de sucesos que permitieron que el proyecto presentado por DIEZ y ARNELLO cristalizará en una norma positiva como es la del artículo 20 de la Constitución de 1980. Siguiendo a SOTO KLOSS, esta serie de sucesos puede ser resumida de la siguiente manera: en primer lugar, la Junta Militar creó la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (de ahora en adelante, CENC) a partir del Decreto Supremo N°1064, con el fin que un grupo de personas designadas redactasen un anteproyecto constitucional. En segundo lugar, es en este contexto que la CENC decidió emitir un documento denominado *Memorándum*, el cual buscaba informar acerca de los acuerdos esenciales que tenían lugar dentro de la Comisión⁷. Con ese mismo fin se publica un *Informe* de fecha 8 de noviembre de 1974 por parte del mismo organismo.⁸ En tercer lugar, a partir de ambos escritos junto con las discusiones llevadas a cabo en las sesiones N° 214, 215 y 216, se redactan las Actas Constitucionales N° 2 y N° 3 (que se corresponden con los DL N° 1551 y 1552); respecto de esta última, su artículo segundo deja constancia de la redacción actual del art. 20 de la CPR del año 1980.⁹

Este relato, construido a partir de los autores EDUARDO SOTO KLOSS y SERGIO DIEZ, requiere una reinterpretación de los hechos descritos. Como propone BORDALÍ, el recurso de protección no se pensó en un inicio para dar tutela a todos los derechos fundamentales, sino que estaba centrado específicamente en dar una tutela efectiva al derecho de propiedad. Lo anterior, tenía como fin hacer frente a la gran cantidad de expropiaciones realizadas en el gobierno de

⁶ Eduardo Soto Kloss. *El recurso de protección...* Op. cit.: 27.

⁷ Este texto en palabras de Soto Kloss establece la necesidad de crear un mecanismo de amparo expedito y efectivo diverso del *habeas corpus*. Ante situaciones en que un derecho fundamental se vea restringido, amenazado o restringido por una conducta ilegal o arbitraria de otro sujeto. Ibid.: 28.

⁸ Ibid.: 30.

⁹ Ibid: 30.

Salvador Allende. A ello debemos agregar que no existían mecanismos para impugnar actuaciones abusivas del Estado, en tanto nunca se crearon los tribunales del contencioso-administrativo como establecía la Constitución de 1925 en su artículo 87.¹⁰ Por ende, se puede concluir que el “recurso de protección”, en tanto propuesta, buscaba paliar parcialmente estas deficiencias orgánicas del ordenamiento jurídico chileno. El mismo autor establece que, hasta antes de 1970, la administración del Estado chileno no había representado un peligro significativo para las personas; esto explicaría por qué no se buscó operativizar el mencionado artículo 87 de la Constitución de 1925.¹¹

Siguiendo con lo anterior, se contaban con precarias vías para impugnar actos lesivos de la administración que atentaran contra la propiedad de los particulares. BORDALÍ cree que existirían dos caminos posibles para solventar este vacío del ordenamiento. Por un lado, se admitiría la opción de iniciar un interdicto posesorio para recuperar la posesión material del inmueble objeto del litigio. Por otro lado, la segunda vía sería iniciar un juicio ordinario y, tras haberse iniciado el juicio, solicitar una medida cautelar innominada¹², de las que permite el Código de Procedimiento Civil en su artículo 298. Es necesario resaltar que ambas vías no fueron pensadas con el objeto de proteger garantías fundamentales de los administrados y, respecto de la segunda, Bordalí es enfático en señalar que tanto jueces como abogados son bastante reticentes a admitirla o presentarla.¹³

A mayor abundamiento, BORDALÍ caracteriza a esta institución bajo dos rótulos: instrumento de lucha política elitista y autoritario. Por un lado, se trata de un recurso *elitista* dado que dentro de su regulación se da competencia para su conocimiento a la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, según la instancia respectiva, olvidando a los Jueces de Letras. Podría darse la

¹⁰ Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. *Revista de Derecho* 19, n. °2 (2006): 208-210.

¹¹ Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección chileno al banquillo”. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla* 5, n. °27 (2011): 62.

¹² El autor Arístides Rangel Romberg nos entrega la siguiente definición acerca de este instituto procesal: “*Aquellas (medidas) no previstas en la ley, que puede, dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.*” Extraído de: Arístides, Rangel. “Medidas cautelares innominadas”. *Revista del instituto colombiano de derecho procesal*. N°8 (1989): 91.

¹³ Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección entre” ... Op. cit.: 208-210.

particularidad que el ilícito termine discutiéndose en la capital, habiendo ocurrido este a cientos de kilómetros de distancia.¹⁴ Estas normas atributivas de competencia pugnan directamente con el principio de un acceso efectivo a los tribunales. Por otro lado, se lo personifica como *autoritario* en el sentido que el procedimiento que rige la tramitación del recurso tiene un marcado corte inquisitivo, donde las potestades del juez limitan a las partes a la hora de realizar actuaciones dentro del procedimiento.¹⁵

1.2 Panorama jurisprudencial del “recurso de protección”

Esta sección no pretende tratar extensivamente cómo han fallado las Cortes de Apelaciones (y la Corte Suprema eventualmente) los recursos de protección desde que entró en vigor la Constitución de 1980 hace más de 40 años. Pero sí creemos pertinente dar a conocer ciertas estadísticas que demuestran la masificación en el uso de este recurso, junto a algunas tendencias jurisprudenciales que han perdurado en el tiempo y consolidado una determinada visión que se tiene de esta institución jurídica. Por ende, nos haremos cargo de dos fenómenos: 1) El “recurso de protección” ante actos administrativos; revisando las posturas de autores como PIERRY O SOTO KLOSS y 2) El fenómeno de “propietarización de los derechos” a través del análisis dogmático de autores nacionales como GUZMÁN BRITO, VERGARA BLANCO Y CORRAL TALCIANI.

Siguiendo con lo anterior, NAVARRO nos presenta datos empíricos que demuestran un aumento progresivo del uso del “proceso de protección” como mecanismo para tutelar derechos fundamentales. Se verificó que el “proceso de protección” pasó de tramitarse un centenar de veces a fines de los setenta hasta llegar a la presentación de casi 30.000 acciones solo en el año 2011. Más aún, solo en el año 2011 la Corte Suprema resolvió un aproximado de 5.000 recursos (en otras

¹⁴ Véase el Auto Acordado: “Sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales” (2015).

Ahondando aún más en la idea del recurso de protección como instrumento político elitista, el autor Bordalí entrega como argumento que ya al inicio de la década de 1970 la Corte Suprema había criticado las decisiones del ejecutivo en materia de actos expropiatorios. Ejemplo de lo anterior se visualiza en el Oficio N°1217 de fecha 12 de abril de 1973, en el cual la Corte Suprema reprocha el actuar del Intendente de la Región de Santiago Jaime Weissbluth quien intervino en la ejecución de la resolución del proceso penal N°21600-2, la cual tenía por objeto la restitución de la industria frutícola “Indufruta Malloco Ltda.”. Para más información véase: Consejo General de Abogados de Chile. *Antecedentes Histórico-Jurídicos: Años 1972 – 1973*. 1era. ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1980: 81-85.

¹⁵ Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección entre” ... Op. cit.: 206 y 211.

palabras 16,6% de los casos en relación a los conoció la Corte de Apelaciones).¹⁶ Lo anterior, en comparación a otros ordenamientos foráneos es un porcentaje bastante elevado si se tiene en cuenta que en otros lugares el porcentaje de recursos que se declaran inadmisibles bordea el 90%.¹⁷ Si nos vamos más atrás hacia el año 2005, el porcentaje de recursos que lograron superar el test de admisibilidad fue incluso mayor, llegando a una cifra cercana al 25%.¹⁸

1.2.1 El recurso de protección como mecanismo de impugnación de actos administrativos

Para partir, debemos hacer hincapié en que este fenómeno se desarrolla a partir de la discusión doctrinaria entre las posturas de PIERRY Y SOTO KLOSS. El primer autor sostiene que la acción de protección tiene una procedencia restringida para impugnar actos administrativos.¹⁹ Al contrario, el segundo autor aboga por una aplicación amplia de esta herramienta jurídica.²⁰

En relación con la primera postura, esta se funda en diversos argumentos. Primero, en el carácter excepcional del recurso de protección. Segundo, si efectivamente el recurso de protección viniera a reemplazar el contencioso administrativo, esto se contradice con la parca regulación procedimental que acompaña la interposición de una “acción de protección”. En otros países, al regular un procedimiento en sede administrativa, a este se le dota de etapas procesales bien definidas (con sus respectivos recursos) para establecer la legalidad de la actuación²¹. Tercero, PIERRY cree que la excepción que permite a las Cortes de Apelaciones conocer de actos administrativos a través de un recurso de protección sería la “vía de hecho”. Estas hipótesis suponen que el acto administrativo, al nacer a la vida jurídica, puede atentar gravemente contra el sistema jurídico si llegase a tener efectos plenos.²²

¹⁶ Enrique Navarro. “35 años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa”. *Estudios Constitucionales*, 10 n.º 2 (2012): 619.

¹⁷ Navarro, Enrique Beltrán. “La justicia constitucional chilena después de la reforma de 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de leyes y el recurso de protección)”. En *LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*, editado por Eduardo Ferrer Mac Gregor y Arturo Zaldívar (Ciudad de México, Editorial Marcial Pons, 2006): 342.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Pedro Pierry Arrau. “El recurso de protección y lo contencioso administrativo” *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 1, n° (1977): 158 – 159.

²⁰ Eduardo Soto Kloss. *El recurso de protección...* Op cit.: 401-415.

²¹ Pedro Pierry Arrau. “El recurso de protección y lo” ... Op. cit.: 157 y 159. En otro sentido, la regulación procedimental de la acción de protección se regula en “Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales” (2015): <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080916&idParte=>

²² Ibid.: 159-160. En el derecho francés, la vía de hecho de hecho ha tenido las siguientes implicancias:

Respecto de la segunda postura, creemos necesario hacer una prevención histórica. Como establecen en FERRADA, CAZOR Y BÓRQUEZ, en el período que media entre 1833 y 1875 existió una especie de control administrativo y se explicita que la función de resguardar derechos fundamentales corresponde a los tribunales nacionales. Bajo la Constitución de 1833 se estableció un mecanismo de control administrativo que se radicó en el Consejo de Estado (art. 104), un órgano de carácter administrativo. Sumado a lo establecido primigeniamente por la Constitución de 1823 (recogida por la CPR de 1833), se atribuye la protección de derechos fundamentales al Poder Judicial (véase art. 161) y específicamente a la Corte Suprema el deber de “proteger y reclamar” las garantías individuales de las personas (art. 146 N°1).²³ Este sistema de competencias se eliminó por dos razones: 1) en 1874 se revocó la Competencia del Consejo de Estado para conocer de las disputas que surgieran de contratos de privados con la Administración y 2) las normas de los artículos 161 y 146 N°1 fueron derogadas por la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales.²⁴

Entendiendo el contexto previo, podemos decir que el recurso de protección vendría a remediar un vacío normativo de aproximadamente 100 años. SOTO KLOSS cree que el recurso de protección debiese proporcionar una protección amplia de los derechos de los administrados cuando se vean afectados por un acto antijurídico de la Administración.²⁵ Siguiendo con lo anterior, el autor da cuenta de jurisprudencia emanada del recurso de protección desde 1977 (fallos de Corte Suprema). De ese conjunto de fallos, uno puede verificar que se interponen contra los más diversos

-
- a) El juez cuenta con la facultad de condenar a la Administración a indemnizar al recurrente por los daños provocados.
 - b) Imponer la medida de restitución de la cosa. En casos que involucren tomas de posesión.
 - c) Ordenar la expulsión de la Administración de propiedades en que esta se instala ilícitamente.
 - d) Ordenar la paralización de obras, e incluso su destrucción.
 - e) Aplicación de multas contra la Administración.

Extraído de: Pedro Pierry Arrau. “El recurso de protección y lo” ... Op. cit.: 16.

²³ Juan Carlos Ferrada Bórquez, y Andrés Bordalí Salamanca y Kamel Cazor Aliste. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema complejo”, *Revista de Derecho* 14 (2003): 69-70.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Más aún, a juicio de este autor, hasta antes de la aparición del “recurso de protección” el único camino expedito con el que contaba un administrado ante actos ilícitos de la administración serían las querellas posesorias en el Código Civil. Presentar acciones en sede penal tampoco ha sido satisfactorio pues no cumplen necesariamente con un fin restitutorio al administrado. Véase Eduardo Soto Kloss. *El recurso de protección...* Op cit.: 405-406.

tipos de actos administrativos: 1) actos de la Administración central – incluye actos que emanan de ministerios o servicios independientes o jefaturas en zonas de emergencia, 2) actos de administración descentralizada – acá se incluyen actos de empresas estatales, organismos dotados de autonomía (dígase universidades) o municipalidades o 3) respecto del tipo y contenido de la actividad administrada involucrada: que incluyen materias tributarias, sanitarias, de vialidad, entre otras materias.²⁶

1.2.2 El fenómeno de propietarización de derechos

Para hablar del fenómeno jurisprudencial denominado de la “propietarización de derechos” creemos fundamental profundizar en conceptos que corresponden al derecho de los bienes, específicamente, en una correcta interpretación de los así llamados derechos incorporeales (regulados específicamente en el Título I y II del Libro II de nuestro Código Civil). Todo esto, con el fin de obtener mayores herramientas dogmáticas que nos permitan abordar de mejor manera el fenómeno de la “propietarización de derechos”.

Como resume correctamente CORRAL TALCIANI, el autor GUZMÁN BRITO en su libro “Propiedad y cosas incorporeales” buscó dos objetivos. Primero, buscó clarificar a qué se refiere nuestro Código Civil en su artículo 565 cuando ocupa la expresión cosas incorporeales. Segundo, se propuso encontrar un sentido al artículo 583 del mismo cuerpo normativo, el cual prescribe que respecto de las cosas incorporeales existe una “especie de propiedad”, llegando al punto de analizar el estatuto constitucional de la propiedad que se encuentra regulado en el artículo 19 N°24 inciso primero, para así elucidar una relación interpretativa entre ambos cuerpos normativos²⁷. Dado lo anterior, se tratarán las ideas centrales detrás de esta discusión dogmática en nuestro derecho interno.

En primer lugar, creemos relevante la equivalencia terminológica (entre derechos y cosas incorporeales) que realizó Bello a través del artículo 565 de nuestro Código Civil. Desde un punto

²⁶ Ibid.: 407-412.

²⁷ Hernán Corral Talciani. “Propiedad y cosas incorporeales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito.” *Revista Chilena de Derecho* 23, n°1 (1996): 13 y 18.

de visto histórico, fue el jurista Gayo²⁸ quien instauró un concepto restrictivo de *res* incorporal, limitándola a determinadas figuras dotadas de patrimonialidad y traficabilidad muy determinadas siendo estas: el usufructo, las servidumbres, las obligaciones y el derecho real de herencia. Andrés Bello buscó distanciarse aún más del concepto filosófico de incorporalidad al redactar el Código Civil y regular específicamente las cosas incorporales. Estableció, en el artículo 565 inciso 3 del Código, lo siguiente: “*Incorporales (son) los que consisten en meros derechos, como los créditos y servidumbres activas*”. El autor dejó en un segundo plano la discusión filosófica acerca de la esencia de este tipo de derechos. En suma, para el ordenamiento jurídico chileno no puede existir una cosa incorporal que no consista en un derecho, aunque se trate de algo que: 1) sea ficticio, 2) no pueda ser percibido por los sentidos o 3) sea una creación del derecho objetivo (pero haga las veces solamente de una posición jurídica como, por ejemplo, la de hijo en el derecho de familia). Como resalta GUZMÁN BRITO, lo relevante acá es la semejanza entre derecho y cosa incorporal.²⁹

En segundo lugar, resuelta la cuestión de que existe una igualdad entre derechos y bienes incorporales, el siguiente paso es entender cómo se divide este concepto. Por ello, es necesario analizar la división que se realiza respecto de los bienes incorporales. Para lo anterior, debemos mirar al artículo 576 del Código Civil: “*Las cosas incorporales son derechos reales o personales*”. El sentido de este artículo debe observarse en relación con el artículo 565 inciso 3 del Código Civil. Como propone Guzmán Brito, podemos llegar a la siguiente equivalencia terminológica³⁰: cosas incorporales = derechos = derechos reales o personales. Los artículos siguientes, específicamente el artículo 577 y 578 del Código Civil, se refieren a la idea de *numerus apertus* y

²⁸ Ahora bien, es necesario aclarar que Gayo no solo tenía un concepto restringido de *res* incorporal, sino que fue él quien formuló por primera vez la distinción tajante entre cosas corporales e incorporales, lo que se puede apreciar en la siguiente cita extraída de VERGARA BLANCO: “En sus Instituciones dice Gayo que son corporales las cosas que se pueden tocar como un fundo, un esclavo, un vestido, una masa de oro o de plata; incorporales las no tangibles, esto es las que *in iure consistant*, como una herencia, un usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier modo, las servidumbres rústicas y urbanas”. En ese sentido, véase Alejandro Vergara Blanco, “La propieritarización de los derechos”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 14 (1991-1992): 282.

²⁹ Alejandro Guzmán Brito *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. 2da ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999: 52-54.

³⁰ Si se quiere ocupar un lenguaje más exacto podemos ocupar terminología “fregeana”, para decir que los 3 términos singulares se refieren a un mismo objeto, pero difieren en su modo de presentación (su sentido). En ese sentido véase: Gottlob Frege. “Sobre sentido y referencia”. En *Estudios sobre semántica* editado por Gottlob Frege, 51-85. Ediciones Orbis S.A (1984).

numerus clausus.³¹ Estos son principios que rigen al derecho de las obligaciones y el derecho de los bienes, respectivamente.

En tercer lugar, siguiendo la interpretación de CORRAL TALCIANI, es posible que un sujeto titular de un derecho (de carácter personal o real) sea considerado dueño de su crédito o derecho real válidamente constituido.³² Como vimos en los párrafos anteriores, las cosas incorpóreas consisten en derechos, según lo preceptuado en los artículos 565 inciso 3 y artículo 576 del Código Civil. Sumado a lo anterior, debemos integrar a nuestro análisis lo que establecen los artículos 582 inciso 1 y el artículo 583 del mencionado Código:

“Art. 582. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o el derecho ajeno.

Art. 583. Sobre las cosas incorpóreas hay una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.”

El razonamiento que construye CORRAL TALCIANI se puede descomponer de la siguiente manera: 1) respecto de las cosas incorpóreas, pueden entenderse dentro de la clasificación tanto derechos reales tales como: usufructo o servidumbre, como los derechos personales (ver art. 576 y 565 inciso 3 del Código Civil), 2) el artículo 583 del Código Civil establece que sobre las cosas incorpóreas existe una especie de propiedad, sin limitar su objeto a los derechos reales solamente; 3) se concluye entonces que sí es posible hablar de propiedad en relación con las cosas incorpóreas cuando estas correspondan a derechos personales (créditos).³³

³¹ En este sentido si seguimos una tesis de distinción radical, en palabras de Hernández Gil. Tendríamos, por un lado, un sistema de *numerus clausus* es aquel donde el ordenamiento jurídico establece un número limitado de derechos reales, sobre los cuales la voluntad de los sujetos debe adaptarse a estos tipos predefinidos (en el sistema chileno tenemos como ejemplo: el usufructo, el fideicomiso, la hipoteca, entre otros). Por otro, un sistema de *numerus apertus*, propio del derecho de las obligaciones, en la cual, se dota a las partes de una libre voluntad para generar relaciones obligacionales dentro de los límites que imponen la ley, el orden público y la moral. En ese sentido, véase Antonio Hernández Gil. *Derecho de Obligaciones*. España: Editorial Ceura (1983): 23.

³² Hernán Corral Talciani. “Propiedad y cosas incorpóreas. Comentarios” ... Op. cit.: 14.

³³ Ibid.

En cuarto lugar, habiendo analizado la normativa relevante a los bienes incorporeales y su propiedad, pasaremos a analizar el problema de la “propietarización de los derechos”. Para el autor VERGARA BLANCO, la particular redacción del artículo 19 N°24 inciso primero de la Constitución, que incluye la categoría de bienes incorporeales, se puede explicar si atendemos a lo que se discutió en la Sesión N°166, de fecha 13 de noviembre de 1975, que llevo a cabo la Comisión Constituyente.³⁴

Siguiendo con lo anterior, creemos que la intervención más clarificadora a este respecto es la que realiza el comisionado ORTUZAR, quien cree necesario que el texto que dé inicio al numeral 24 del artículo 19, haga referencia expresa tanto a las cosas corporales como incorporeales. Su argumento para sustentar esta petición es que el único artículo que permite asegurar ampliamente el derecho de propiedad y que tenga como objeto tanto cosas corporales como incorporeales es el artículo 583 del Código Civil de Chile. Entonces, si en algún momento el legislador decidiese suprimir este artículo (o realizase cambios significativos), no se podría sostener válidamente que existe propiedad sobre cosas incorporeales.³⁵ Con posterioridad a esta intervención, los comisionados EVANS, GUZMÁN Y SILVA BASCUÑAN propusieron pequeños cambios a la formulación final de este inciso, manteniéndose finalmente la categoría bienes incorporeales.³⁶ De lo anterior, además, se constatan las influencias ius privatistas de nuestro Código Civil sobre la Constitución que terminó promulgándose en la década de 1980.

Ahora bien, diversos autores nacionales han escrito sobre los problemas que genera esta cláusula constitucional. GUZMÁN BRITO señala que el problema se origina porque si entendemos que respecto de los derechos personales sí se puede tener una especie de propiedad (como dice el artículo 583 del Código Civil y en ese mismo sentido la Constitución), distinguir cuándo se está en presencia propiamente de un “derecho personal” no es tarea fácil. Por ejemplo, en los denominados “derechos de la persona”, en un número considerable de casos se presenta el problema de la indeterminación del contenido de la pretensión. Para GUZMÁN BRITO esto es

³⁴ Alejandro Vergara Blanco, “La propietarización de los derechos”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 14 (1991-1992): 284-285.

³⁵ *Ibid.*: 287-288.

³⁶ *Ibid.*

provocado por la poca especificidad de las cláusulas constitucionales.³⁷ Siguiendo con este análisis, CORRAL TALCIANI cree que las situaciones subjetivas que no corresponden a relaciones obligacionales (como por ej. una función pública o a la reputación social) y los ya mencionados “derechos de la personalidad” debiesen ser protegidos por los mecanismos *ad-hoc* para resolver estas situaciones. De no seguir esto último, se terminaría de afectar el núcleo esencial de la propiedad misma.³⁸ VERGARA BLANCO, compartiendo una postura similar, concluye que este fenómeno podría derivar en una situación *de facto* donde los tribunales superiores de nuestro país consideren que toda posición jurídica es reconducible al concepto de “propiedad”.³⁹

En conclusión, siguiendo a CORRAL TALCIANI, es lógicamente posible concluir que se puede derivar una especie de propiedad sobre cosas incorpóreas cuando estas corresponden a créditos.⁴⁰ Para arribar a esa conclusión, se debe interpretar sistemáticamente los artículos 565 inciso 3, 576, 582 y 583 de nuestro Código Civil, como se analizó paso a paso en los párrafos precedentes. Especialmente relevante es la sinonimia lingüística entre: cosas incorpóreas = derechos = derechos reales o personales que se deriva de la interpretación conjunta de las reglas de los artículos 565 inciso 3 y 576.⁴¹

En esta misma línea, debemos recordar el análisis de VERGARA BLANCO acerca de lo discutido en la Sesión N°166 de la CENC, donde la intervención del comisionado Ortúzar nos muestra que la función de esta cláusula constitucional sería la protección del derecho de dominio en sentido amplio. En el caso hipotético de suprimirse el artículo 583 del Código Civil, la propiedad sobre cosas incorpóreas se debilitaría en demasía, a juicio del comisionado. Por ende, se vio con buenos que la regla estuviese positivada ya no solo a nivel legal, sino que también en un rango superior como lo es la Carta Fundamental.⁴² Siguiendo con lo prescrito en el artículo 127 de la Constitución, el quórum necesario para aprobar una reforma al artículo 19 N°24, sería de 2/3 de los senadores y diputados en ejercicio. Ello, a diferencia de la reforma al Código Civil que

³⁷ Alejandro Guzmán Brito “*Las cosas incorpóreas en*”... Op. cit.: 101-102.

³⁸ Hernán Corral Talciani. “Propiedad y cosas incorpóreas. Comentarios” ... Op. cit.: 18.

³⁹ Alejandro Vergara Blanco, “La propieritarización de” ... Op. cit.: 291.

⁴⁰ Hernán Corral Talciani. “Propiedad y cosas incorpóreas. Comentarios” ... Op. cit.: 18.

⁴¹ Alejandro Guzmán Brito “*Las cosas incorpóreas en*”... Op. cit.: 83-84.

⁴² Alejandro Vergara Blanco, “La propieritarización” ... Op. cit.: 284-288.

requeriría la concurrencia de una mayoría simple de votos contabilizados según los senadores y diputados que asistan a la votación de la reforma legal (artículo 63 N°3 de la Constitución).

1.3 Naturaleza jurídica de la acción de protección

En relación con el mal denominado recurso de protección, la doctrina chilena ha ocupado tres denominaciones para referirse a esta institución, las cuales expongo a continuación: 1) recurso de protección, 2) acción de protección, 3) proceso de protección. De esto último, se desprenden dos conceptos más: por un lado, tutela de urgencia vía proceso cautelar autónomo y, por otro, tutela de urgencia vía proceso sumario.⁴³

En primer lugar, esta institución no puede ser considerada un recurso procesal, dado que, como establece NOGUEIRA, un recurso es aquel medio procesal por el cual el recurrente busca impugnar una decisión judicial previamente dictada en un procedimiento que ha causado un perjuicio al actor⁴⁴. Más bien sería la potestad para solicitar la tutela de los derechos fundamentales que expresamente protege nuestra Constitución, cuando estos son vulnerados por un tercero sin la necesidad de agotar otras instancias judiciales *ex – ante*.⁴⁵

En segundo lugar, analizaremos el recurso de protección como acción.⁴⁶ En el entendido que este último concepto es de carácter unitario y unívoco. Al referirnos a acción de protección, acción penal o acción civil usamos adjetivos que dan cuenta del área en donde se encuadra este derecho de petición. El concepto de acción se puede definir como: “*Derecho de acceso a los tribunales, para así sujetar a otro al proceso y para que el tribunal dicte respecto de las peticiones de estos una sentencia sobre el fondo, pero sea cual fuere el contenido de esta (la sentencia)*”.⁴⁷

⁴³ Andrés Bordalí Salamanca “El proceso de protección”. *Revista de Derecho* 10, n. °1 (1999): 43-58. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/html/revider/v10n1/body/art03.htm>: 52 y 55.

⁴⁴ Humberto Nogueira Alcalá. "El recurso de protección en Chile". *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n. ° 3 (1999): 160.

⁴⁵ Andrés Bordalí Salamanca “El proceso de...”: Op. cit. 44.

⁴⁶ Debemos aclarar que este trabajo adscribe a la teoría de la acción como derecho a la tutela judicial abstracta. Por ende, el concepto de acción pasa a entenderse de la siguiente manera: “*Derecho de acceso a los tribunales, para así sujetar a otro al proceso y para que el tribunal dicte respecto de las peticiones de estos una sentencia sobre el fondo, pero sea cual fuere el contenido de esta*” (Bordalí, 1999).

⁴⁷ Andrés Bordalí Salamanca “El proceso de...”: Op. cit. 46 y 47.

Pasando al concepto de pretensión jurídica, BORDALÍ, siguiendo los trabajos de GUASP, entiende que este último concepto se origina en la vida en sociedad. En las múltiples interacciones entre los seres humanos surgirían conflictos e insatisfacciones que se expresan a nivel lingüístico en quejas. Entonces estas “quejas” al expresarse ante un tribunal se puede entender como: “El contenido particular de la reclamación presentada al tribunal”.⁴⁸

Por una parte, la acción se refiere al derecho público subjetivo de acceso a tribunales que permite sujetar a un tercero a un proceso que requiere del conocimiento y fallo de un tribunal. Por otra, la pretensión es una declaración de voluntad donde se exige la satisfacción de una necesidad a un tercero (el demandado).⁴⁹

En tercer lugar, debemos revisar por qué es correcto referirnos a la institución como proceso de protección.⁵⁰ BORDALÍ es enfático en señalar que esta tarea de protección que llevan a cabo las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema no pueda ser caracterizada como administrativa o policial. Esta tarea es jurisdiccional por dos razones: primero, se resuelven conflictos en un tiempo y espacio determinados. Segundo, se busca dar protección a las posiciones jurídicas que requieren amparo con urgencia (razones que encuentran su correlato en el artículo 76 de la Constitución de 1980).⁵¹

En cuarto lugar, quedaría por resolver la distinción entre tutela de urgencia vía proceso cautelar autónomo en contraposición a la tutela de urgencia vía proceso sumario.⁵² Respecto del primero, podemos aducir que su sentido principal es asegurar la correcta prosecución de un procedimiento que se denomina principal. Ello no quita que el procedimiento no sea autónomo (en

⁴⁸ Andrés Bordalí Salamanca “El proceso de...”: Op. cit. 47-49. Para mayor profundización acerca del concepto de pretensión se recomienda acceder a: Jaime Guasp. *La pretensión procesal*.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Andrés Bordalí Salamanca. "El recurso de protección como proceso de urgencia". *Revista Chilena de Derecho* 31, n.º 2 (2004): 275.

⁵¹ Ibid: 277.

⁵² Siguiendo a Bordalí, si uno quisiese resumir en pocas palabras la distinción, podría hacerlo de la siguiente manera: Por una parte, el proceso cautelar autónomo es aquel que permite una respuesta expedita del ordenamiento jurídico suprimiendo el contradictorio del proceso a un momento posterior, solo si concurren los siguientes requisitos: i. Peligro en la demora, ii. Humo de buen derecho, iii. Proporcionalidad. Por otra parte, los procesos sumarios son aquellos en que se reduce cuantitativamente el contradictorio y la sentencia que pone fin a la instancia genera cosa juzgada formal. Para más información véase: Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección como...”: Op cit. 288.

tanto institución jurídica procesal) pero su fin necesariamente se supedita a otro procedimiento⁵³. Por todo lo anterior, creemos que no es procedente entender al objeto de estudio dentro de la familia de la tutela cautelar autónoma. Respecto del segundo, creemos que el recurso de protección se asemeja más bien a un proceso sumario interdictal, que, siguiendo a BORDALÍ se puede entender de la siguiente manera: *“Tipo de proceso en que la discusión limitada y urgente de un concreto objeto y la consiguiente limitación de conocimiento del juzgador provoca la satisfacción anticipada de una concreta pretensión ... la decisión judicial no tiene efectos de cosa juzgada material”*.⁵⁴

Creemos que al objeto de estudio le correspondería la naturaleza jurídica de proceso de carácter sumario, por las siguientes razones: Primero, dentro del procedimiento en que se desenvuelve la pretensión, específicamente en la regulación del Auto Acordado, se garantiza en sus artículos 3º, 4º y 6º los principios formativos de contradicción y bilateralidad de la audiencia.⁵⁵ Por ende, no se podría aseverar que el acusado de cometer una conducta que atenta contra los derechos fundamentales no tiene un derecho a la defensa. Segundo, BORDALÍ expone que a través del “proceso de protección” el demandante no busca la imposición de medidas por el tribunal a la espera que se dicte la sentencia en el proceso principal (como lo es el caso de una medida cautelar). Más bien, el demandante busca que se resuelva su pretensión de fondo⁵⁶.

1.3.1 La continuación del debate respecto a la naturaleza jurídica

Más allá de que este trabajo defienda la postura que el mal llamado “recurso de protección” es un proceso de protección de carácter sumario, creemos atinente ahondar en otras líneas que tiene este debate en nuestro derecho interno. Las posturas que se tratarán a continuación fueron formuladas por los autores GÓMEZ, ALDUNATE Y MARTINS MACHADO respectivamente.

Por un lado, GÓMEZ no cree posible que la tutela de derechos fundamentales pueda realizarse a través de procesos de urgencia, ya sea un proceso cautelar o un proceso sumario. Lo

⁵³ Andrés Bordalí Salamanca “El proceso de” ... Op. cit.: 52-53 y Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección como” ... Op. cit.: 283.

⁵⁴ Ibid.: 55.

⁵⁵ Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección como”... Op. cit.: 278.

⁵⁶ Andrés Bordalí Salamanca “El proceso de” ... Op. cit.: 55.

anterior se fundamenta en las siguientes razones. Primero, los derechos que se protegen en sede constitucional son derechos público-subjetivos, lo que implica que su protección no puede tener un alcance que se agote en el caso concreto. Segundo, las sentencias que se dicten en el contexto de protección de derechos fundamentales (entendiendo que protegen posiciones de derecho público) debiesen tener un alto grado de invariabilidad en el tiempo, por ende, la decisión judicial debiese generar un efecto de cosa juzgada material y no simplemente un efecto de cosa juzgada material como ocurre actualmente. Tercero, un objetivo esencial que debiera imponer el ordenamiento nacional sería llevar a cabo una reforma de nivel legal/constitucional que estableciera el deber de sistematizar la jurisprudencia que emane de los casos de derechos fundamentales a algún órgano de derecho público.⁵⁷

A juicio de Bordalí, esta visión comete un error explicativo. No es capaz de expresar que tipo de procedimiento se debiese crear para que el Tribunal Constitucional conozca de casos de atentados en contra de derechos fundamentales.⁵⁸ En otras palabras, no es capaz de elaborar una propuesta que permita llevar a cabo una correcta protección de los derechos fundamentales del recurrente.

Por otro lado, ALDUNATE entiende la naturaleza del “recurso de protección” como una tutela de urgencia del tipo cautelar. Él entiende que la judicatura chilena ha resuelto los casos que llegan a su conocimiento, tomando decisiones que atienden al fondo del asunto litigioso. Tanto es así, que el tribunal colegiado al resolver la contienda generaría una norma constitucional secundaria que se incorpora al ordenamiento interno. Incluso poniéndose en el caso que el procedimiento sí lograra cumplir una función cautelar, se estarían violando dos principios esenciales del sistema jurídico chileno: el principio de debido proceso y el principio de responsabilidad.⁵⁹

Debemos dejar en claro que para este autor el “recurso de protección” no busca pronunciarse sobre la vigencia circunstancial de un derecho fundamental, sino que esta institución se preocupa de revisar la situación fáctica del individuo que recurre (cómo se ha visto perturbado,

⁵⁷Andrés Bordalí Salamanca. El recurso de protección chileno”... Op. cit.: 66-67.

⁵⁸ Ibid.: 67.

⁵⁹ Ibid: 67.

privado o amenazado la garantía fundamental) y la situación en que debiese quedar el titular para defender su garantía constitucional.⁶⁰ Para aclarar este punto, ALDUNATE realiza un símil con el recurso constitucional de amparo que se regula en el artículo 21 de la Constitución Política de la República. En esta normativa, el constituyente no busca que ante todo evento se proteja la libertad personal del imputado, sino más bien su objeto es que toda intervención que atente contra la libertad de una persona tenga lugar si y solo si se cumplen determinadas condiciones jurídicamente relevantes⁶¹.

Volviendo a la idea que el “recurso de protección”, en tanto institución jurídica, atentaría contra la garantía constitucional del debido proceso (artículo 19 N°3). ALDUNATE rebate la supuesta vulneración a la garantía del debido proceso con el siguiente argumento: Dado que el ordenamiento nacional no prevé un adecuado período de discusión ni de un término probatorio que permita que el recurrido logre defenderse de la acusación adecuadamente en el contexto del “recurso de protección”. Para subsanar lo anterior, este autor propone que la Corte de Apelaciones que conoce del caso debe limitarse a poner a las partes en condiciones de resolver su controversia por los medios legalmente establecidos, un “atrás sin golpes”.⁶²

Respecto del punto en que el “recurso de protección” se visualiza como una institución que vulnera el principio de responsabilidad, se argumenta en base a la distinción entre Estado de Derecho en contraposición al denominado Estado Policiaco. El primero se refiere a aquel ordenamiento que, tomando como presupuesto base la libertad ilimitada de las personas, va

⁶⁰ Eduardo Aldunate, “La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 20 (1999): 237-238.

⁶¹ *Ibid.*: 238. En ese sentido, MATORANA MIQUEL ha escrito que el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece causales no taxativas para presentar la acción de amparo, las cuales corresponderían a:

- a) “Existencia de una orden de arraigo, detención o prisión emanada de autoridad que no tenga facultad de disponerla.
- b) Existencia de un orden de arraigo, detención o prisión expedida fuera de los casos previstos en la ley.
- c) Existencia de una orden de arraigo, detención o prisión expedida con infracción de cualquiera de las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Penal.
- d) Existencia de una orden de arraigo, detención o prisión expedida sin que haya méritos suficientes que la justifiquen.
- e) Cualquier demora del Tribunal en tomar la declaración indagatoria al detenido dentro del plazo de las 24 horas siguientes a aquellas en que hubiere sido puesto a su disposición.”

La anterior cita corresponde a: Mario Mosquera Ruiz y Cristián Matorana Miquel. *Los recursos procesales*. 3era. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020.

⁶² Eduardo, Aldunate “La protección al acecho: Las consecuencias”... Op cit.: 239.

estableciendo límites legales expresos a las conductas humanas que hagan un mal uso de esta libertad. El segundo se refiere a un ordenamiento que busca anticiparse a un mal uso de la libertad humana y busca impedirla. El “recurso de protección” pareciera ser utilizado en este segundo sentido.⁶³

Una crítica que BORDALÍ realiza a ambos autores al buscar la naturaleza de este instituto es que ambos no fueron capaces de asumir el origen del “proceso de protección”, que se remonta al Proyecto de Reforma Constitucional presentado sucesivamente por ARNELLO Y DIEZ (como diputado) y DIEZ (como senador), en los años 1972 y 1973 respectivamente. No tuvo como foco la protección de garantías fundamentales en sentido amplio, sino más bien se buscó proteger el derecho de propiedad. Algo distinto es que posteriormente fuese utilizado para proteger derechos fundamentales que no versaren sobre la propiedad en sí misma.⁶⁴

Una nueva postura que ha reabierto el debate nos la entrega la profesora MACHADO MARTINS. Siguiendo una línea similar a BORDALÍ, descarta que la naturaleza jurídica de la “acción de protección” sea cautelar, por dos motivos. Primero, su existencia no se supedita a la existencia de un procedimiento principal. Segundo, el artículo 20 de la Constitución no establece como requisitos para su interposición el *fumus boni iuris* y *el periculum in mora*.⁶⁵ Realizada esta aclaración, la autora cree que la “acción de protección” se encuadra en los procedimientos sumarísimos. En ese sentido, creemos atinente citar un pasaje de un texto suyo para ilustrar el punto:

*“Hay procedimientos aún más breves y concentrados, denominados por la doctrina como procedimientos sumarísimos. Tales ritos, son aquellos en que las vías procedimentales se caracterizan por establecer plazos aún más breves, mayor concentración de actos procesales y la unicidad de la audiencia. Este tipo de procedimiento se justifica en las demandas en que sea necesario y evidente una tutela jurisdiccional de urgencia”.*⁶⁶

⁶³ Ibid: 239-241.

⁶⁴ Eduardo Soto Kloss. *El recurso de protección...* Op. cit. 27 y Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección chileno” ... Op. cit.: 68.

⁶⁵ Priscila Machado Martins. “La cosa juzgada material secundum eventum probationis en la acción constitucional de protección”. *Revista Chilena de Derecho*, 46 n. °3 (2019): 749.

⁶⁶ Ibid.

De la cita anterior surge una diferencia fundamental entre la argumentación propuesta por BORDALÍ en relación con la de MACHADO MARTINS. Dado que ni el Auto Acordado ni la Constitución regulan expresamente un período probatorio con contradicción de la contraparte, no sería suficiente el vocablo “proceso de protección”.⁶⁷ En otras palabras, que no se haya regulado un período ordinario de prueba y la búsqueda de la unificación de audiencias dentro del procedimiento de protección, nos hace estar en presencia de un “procedimiento sumarísimo”.

1.4 Constitucionalidad del Auto Acordado que regula el “proceso de protección”

La constitucionalidad del Auto Acordado que regula la tramitación y fallo del recurso de protección ha sido objeto de una pugna en nuestro derecho interno que ha derivado en dos posturas contradictorias. Por una parte, están quienes defienden la validez del Acta N°94 – 2015, en el entendido que la Corte Suprema actuó en conformidad a las potestades que le otorga la Carta Fundamental en sus artículos 76 y 82.⁶⁸ Por otra parte, autores como SALAZAR Y ZÚÑIGA impugnan la validez del referido Auto Acordado alegando, por ejemplo, que se infringió el dominio legal previsto para el legislador. Trataremos ambas posturas en mayor profundidad en las líneas que siguen.

Respecto de la postura que defiende la validez del Auto Acordado, se atiende a la propia Constitución en su artículo 82, que prescribe lo siguiente: “*La Corte Suprema tendrá la superintendencia directiva, correccional y económica de los tribunales (...)*”. De la norma anterior, se concluye que dentro de las potestades de la Corte Suprema está la de dictar un Auto Acordado que regule el “recurso de protección”. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC

⁶⁷ Priscila Machado Martins. “La cosa juzgada material secundum “... Op. cit.: 750.

⁶⁸ En ese sentido es clarificadora la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de fecha 18 de agosto de 2011, Rol 1557 al señalar en el considerando 12º: “*Que la referida superintendencia se relaciona, naturalmente, con la independencia de los tribunales en el cumplimiento de los cometidos que la misma Constitución les ha asignado, principio que se encuentra recogido en el artículo 76 de la Carta Fundamental. En efecto, como sostiene la profesora María Pía Silva, “si la Constitución reconoce al Poder Judicial la necesaria independencia para poder ejercer debidamente su jurisdicción (art. 76), parece consecuente que confíe a los tribunales la facultad de adoptar todas las medidas que permitan el adecuado funcionamiento de los medios con que deben contar para cumplir debidamente con su función propia. Dichas medidas pueden concretarse en la formulación de reglas generales y abstractas, es decir, a través de la dictación de autos acordados aplicables a todas las situaciones descritas por sus normas, o en la adopción de acuerdos o resoluciones de carácter especial, particular y específico”.*

Rol N°1557/2011), en sus considerandos 8° al 11°, desarrolló una argumentación histórica que busca sustentar la validez del Auto Acordado. Se falló que desde la Constitución de 1823 en adelante, los Autos Acordados en nuestro ordenamiento jurídico tienen como fuente normativa originaria las facultades económicas de los tribunales.⁶⁹ A mayor abundamiento, VÁSQUEZ señala que tanto en el proyecto de reforma constitucional de 1972 presentado por ARNELLO Y DÍEZ (en relación a la tramitación del recurso de protección) o el Acta Constitucional N°3 de 1976 (que estableció esta acción propiamente tal) son claras en señalar que la regulación de la tramitación del recurso de protección quedase en manos de la Corte Suprema⁷⁰. Además, la Comisión Ortúzar decidió quitar el enunciado que otorgaba la facultad explícita del artículo 20 de la Constitución, pero no con el objeto de desconocer la potestad de la Corte Suprema para regular la tramitación del “recurso de protección”⁷¹. En conclusión, dentro de las facultades administrativas y económicas que corresponde la Corte Suprema se insertaría la regulación de la acción de protección.⁷²

Respecto a la segunda postura, que niega la constitucionalidad del Auto Acordado relativo al recurso de protección, varios autores entregan argumentos que derrotarían la “tesis historicista”. Primero, siguiendo a SALAZAR es posible controvertir el argumento de que la dictación del referido Auto Acordado es resultado de una potestad de autorregulación propia de la Corte Suprema. Según el artículo 63 N°2 de la Constitución, deberá ser regulada por ley toda materia que la CPR así lo establezca (como ocurre en el caso del artículo 19 N°3 inciso 5). Por ende, la tramitación del recurso de protección sería una materia que escapa a las competencias el máximo tribunal del

⁶⁹ **Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de fecha 18 de agosto de 2011, Rol 1557.** Considerandos 8 al 11.

⁷⁰ José Ignacio Vásquez Márquez. “El control de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema”, *Revista de Derecho Público* 72 (2015): 208-209.

⁷¹ *Ibid.* En ese mismo sentido se ha fallado por el Tribunal Constitucional en **STC 1557/2011** en el considerando decimoquinto: “*Del mismo modo, en el Consejo de Estado se indicó por el consejero Philippi que “era innecesario el inciso final, dado que la Corte Suprema posee la facultad de dictar autos acordados, por lo que, si se establece tal atribución en la Carta Fundamental, podría llegarse a la absurda conclusión de que dicho auto acordado tiene la jerarquía de norma constitucional”.* Por su lado, el señor Ortúzar explicó que “*en la fecha en que se redactó la norma observada no se había dictado aún ningún auto acordado sobre tan importante materia*”, por lo que “*concuera que ahora el precepto resulta innecesario*”. Razón por la cual “*por unanimidad se acuerda suprimir el inciso final del artículo 20 del anteproyecto*” (sesión N° 65, 13 de marzo de 1979, en *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990)*, 2008, Tomo I, p. 390).”

⁷² Felipe Valenzuela. “La conveniencia de la inconstitucionalidad: El Auto Acordado sobre el recurso de protección”, *Diario Constitucional*, 16 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-conveniencia-de-la-inconstitucionalidad-el-auto-acordado-sobre-el-recurso-de-proteccion/>

país⁷³. La autora enfatiza: “Esta normativa *infra legal* no regula cuestiones que afecten el mero funcionamiento interno de los tribunales de justicia, sino que su objeto de regulación es el ejercicio del derecho a la protección judicial y a la tutela judicial efectiva en cuestiones de derechos fundamentales, estableciendo condiciones y requisitos para su ejercicio”.⁷⁴ En el mismo sentido, ZÚÑIGA establece que de admitirse la validez sustantiva del Auto Acordado existiría un reemplazo de la potestad legal establecida en favor del legislador (en virtud de los artículos 63 y 19 de la Constitución).⁷⁵ Segundo, otro argumento que no se puede dejar de lado es el que propone VALENZUELA, donde inicia su columna con una cita del juez estadounidense Warren E. Burger, en **la sentencia del caso *Ins vs. Chadha - 482 US 919 (1982)***- :“El hecho de que una determinada ley o procedimiento sea eficaz, conveniente y útil para facilitar las funciones del gobierno, por sí solo, no lo salvará si es contrario a la Constitución”. En el caso concreto, la judicatura chilena no debe transar un principio constitucional relevante como lo es que todo procedimiento se regule a través de una fuente legal, en detrimento de una regulación de carácter reglamentaria como lo es el Auto Acordado, que a primera vista pareciera ser eficaz y fácil de administrar.⁷⁶

Para concluir, creemos que la segunda postura debiera prevalecer por las siguientes razones: 1) una interpretación sistemática de los artículos 19 N°3 inciso 5, el artículo 63 N°2 y 3 en conjunto al artículo 82 de la Constitución, nos debe llevar a concluir las reglas relativas a todo procedimiento debe tener como fuente la ley (art. 19 N°3). Lo anterior, solo es reforzado por el artículo 63 N°2. Por ende, interpretar que dentro de las potestades administrativas – económicas de la Corte Suprema se encuentra la de regular la “tramitación y fallo del recurso de apelación” deviene en una interferencia grave con las competencias que el constituyente previó al legislador; y 2) que una regulación sea útil y eficaz no es sinónimo que sea respetuosa de la Carta Fundamental vigente.

⁷³ Carolina Salazar Salas. “Sobre la (in)constitucionalidad del Auto Acordado que regula la tramitación y fallo de la acción de protección. Un comentario a la sentencia Rol 1557 del Tribunal Constitucional” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 18 N°2 (2011): 422.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Zúñiga Urbina, Francisco. “Control de Constitucionalidad de Auto Acordados”, *Estudios Constitucionales* 9 N°1 (2011): 398-418.

⁷⁶ Felipe Valenzuela. “La conveniencia” ... Op. cit.

1.5 Presupuestos para ejercer la acción

El primer requisito que se debe cumplir es que la conducta (ya sea una acción u omisión) sea ilegal o arbitraria, siguiendo el artículo 20 de nuestra Constitución, siendo la ilegalidad o arbitrariedad requisitos suficientes por sí solos.

1.5.1 Ilegalidad

Respecto a la ilegalidad, LARROUCAU sostiene que, en un principio, los tribunales lo asociaban a normas de carácter legal en el sentido del artículo primero del Código Civil y a su vez, consideraban las infracciones a normas de menor rango tales como reglamentos. En la actualidad, se incluyen estándares normativos propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como, por ejemplo, se aprecia en la **Sentencia de la Corte Suprema (SCS Rol N°76.389 – 2020)** donde se falló que no se le puede negar una asignación familiar a un policía que convive con su pareja, ya que es necesario seguir un concepto amplio de familia⁷⁷. Como se verá a continuación, la ilegalidad – respecto de la acción- puede sostenerse en tres hipótesis: cuando proviene 1) de la actuación de un órgano público, 2) de una función pública o 3) del acto de un privado.

Cuando nos referimos a una función pública, nos referimos a una actuación que no proviene de un órgano que pertenezca a la administración del Estado, pero aun así lleva a cabo una función pública. Un ejemplo de lo anterior son los partidos políticos, que en su regulación – Ley Orgánica N° 18.603 – se establece el deber que estos tienen de “*Contribuir al fortalecimiento de la democracia y al respeto, garantía y promoción de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile*” (artículo 1). De ello se sigue que se pueda accionar en contra de las actuaciones que realice este órgano dotado de personalidad jurídica de derecho público.⁷⁸

⁷⁷ Jorge Larroucau Torres. *La tutela de los derechos fundamentales*. 1 era. ed. Chile: Ediciones DER, 2021: 71-73.

⁷⁸ *Ibid.*: 73-74.

Un caso que se falló a favor del recurrido en tanto la expulsión del partido no conto con las exigencias mínimas del debido proceso es la Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, **Rol N° 74079-2017**. En sentido contrario, no se admitió a tramitación un caso de expulsión de un militante del Partido de la Gente en: Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, **Rol N° 98041-2022**. Dado que no se consideró la vía idónea de resolución del conflicto.

Respecto a los actos de un privado, el “recurso de protección” empezó a utilizarse para regular relaciones ius privatistas. Un ejemplo se ve en la sentencia **Rol CS N° 24.602-2018**, que establece que es una afectación grave a la honra de una persona su inclusión en un registro de morosidades fundado en deudas que no son jurídicamente exigibles. LARROUCAU también cita el caso de empresas de cobranza extrajudicial que acosan a deudores.⁷⁹

Por último, respecto de las omisiones, la doctrina las ha entendido como una falta a un deber de cuidado. Los casos que permiten ilustrar este tipo de hipótesis son las protecciones que se han impuesto por deberes legales desatendidos por municipalidades, como lo es hacerse cargo de perros abandonados (artículo 12 y 15 de la Ley 21.020) o los casos en que se exige a organismo públicos determinadas actuaciones y este decide no actuar.⁸⁰

1.5.2 Arbitrariedad

Una acción arbitraria, para LARROUCAU, es aquella que: “*Carece de una motivación suficiente, ya sea en lo que se refiere a los hechos en que se funda o bien con respecto al derecho que se invoca para actuar de tal modo*”⁸¹. Ejemplo de lo anterior sería la sentencia **Rol CS 144.276-2020**, con ocasión de un recurso de protección, en la que se falló a favor de un médico al que no se le pagó una asignación por estímulo de competencias, a pesar de que el recurrente contaba con las competencias y requisitos para que se le otorgará dicha compensación.

A contrario sensu, si una decisión administrativa se ajusta a estándares técnicos, la decisión adquiere un carácter razonable. En ese sentido, LARROUCAU entrega el ejemplo de una decisión que tomó la municipalidad de Quillón de establecer la prohibición para que circularan lanchas en la laguna Avendaño, si éstas ocupaban hidrocarburo como su fuente de combustible.⁸² Como se estableció en el apartado anterior, es necesario distinguir la acción arbitraria cometida por: un órgano público, un privado y la prohibición de ir contra actos propios.

⁷⁹ Ibid.: 75.

⁸⁰ Ibid.: 76-77.

⁸¹ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. Cit.: 81.

⁸² Ibid.: 82.

En primer lugar, respecto a la arbitrariedad ejercida por un órgano público, SOTO KLOSS entiende que esto aplicaría a los casos en que el legislador otorga potestades discrecionales y la autoridad ejercita las potestades de manera caprichosa o sin fundamento alguno.⁸³ LARROUCAU cree que es posible encontrarse con que la autoridad cometa arbitrariedades en el contexto de una potestad reglada⁸⁴. En segundo lugar, respecto a una acción arbitraria cometida entre particulares, se ha dicho que la conducta debiese dar cuenta de una acción manifiestamente irracional.⁸⁵ En tercer lugar, debemos recordar que en nuestro sistema existe una prohibición de ir en contra de nuestros actos propios, con el fin de proteger la confianza legítima de la persona (o terceros). Esto ha tenido especial relevancia en sede administrativa, por ejemplo, cuando una municipalidad decide paralizar una construcción sin fundamento razonable (tras haber aprobado el inicio de obras).⁸⁶ Ahora bien, SALAH cree que es un recurso que debe ser ocupado de manera excepcional, ponderando correctamente la buena fe objetiva de las partes.⁸⁷

Por último, LARROUCAU entrega una definición sucinta de lo que entiende por una omisión arbitraria: “*Aquella sin una motivación suficiente e infringe un deber de cuidado*”⁸⁸. El caso más típico a ojos del autor sería aquel de información almacenada por órganos públicos, que posteriormente no se elimina de su base de datos interna debiendo hacerlo. Por ejemplo, cuando el Ministerio Público no borra los datos de una persona de su base de apoyo, a pesar de que la investigación culminó con un “sobreseimiento”, “archivo provisional” o en la hipótesis del artículo 1 del DL 409 que permite a la persona eliminar el antecedente de una sentencia condenatoria en su contra.⁸⁹

En relación con los casos de protección a la salud (art. 19 N°9 de la CPR), ZÚÑIGA concluye que hasta antes de la dictación de la reforma al plan AUGE no existía una teoría sólida que

⁸³ Eduardo Soto Kloss. *El recurso de protección...* Op. cit.: 189-190.

⁸⁴ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 84. En ese sentido es clarificador la sentencia **Rol CS N° 95031 – 2020**.

⁸⁵ *Ibid.*: 84.

⁸⁶ *Ibid.*: 85.

⁸⁷ Salah Abusleme, María. “La doctrina de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa”, *Revista de Magister y Doctorado en Derecho* N°2 (2009): 189-202.

⁸⁸ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 86.

⁸⁹ *Ibid.*

permitiera fallar con un mismo estándar casos diversos. En este sentido, las GES (garantías explícitas de acceso, calidad, oportunidad y costo) para las prestaciones prestables en el sistema de salud nacional constituyen el núcleo mínimo de este derecho.⁹⁰ Siguiendo esta línea, en casos de “medicamentos de alto costo”, LARROUCAU ha vislumbrado una tendencia de la Suprema para acoger peticiones de esta naturaleza, a pesar de que en primera instancia habían sido rechazados por la Corte de Apelaciones fundado en que los beneficios terapéuticos no son comprobables, el alto costo afectará en demasía el presupuesto o el medicamento no se encuentra inscrito Instituto de Salud Pública.⁹¹

1.5. Presupuestos para ejercer la acción (continuación)

Además de la existencia de una acción u omisión arbitraria e ilegal, el artículo 20 de nuestra Constitución establece otros dos requisitos para poder presentar la acción. Estos serían: 1) la amenaza, privación o perturbación de un legítimo derecho como consecuencia de una acción ilegal o arbitraria y 2) que el referido derecho se encuentre expresamente cautelado según lo establecido en el artículo 20 de la Constitución.

Respecto a la expresión “amenaza de un derecho”, SOTO KLOSS, siguiendo el razonamiento del fallo Mecklenburg (sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca Rol N° 146.397), afirma que un acto todavía no ejecutado por la Administración puede considerarse una amenaza o un mal próximo.⁹² PALOMO agrega que una amenaza a los derechos fundamentales debe contar con ciertos caracteres esenciales y estos serían los siguientes: actual, seria, precisa y no hipotética.⁹³

En relación con las expresiones “privación o perturbación”⁹⁴ de un derecho, PALOMO es claro en sostener que la conducta lesiva debe ser actual. Más aún, el estado de afectación debe

⁹⁰ Alejandra Zuñiga Fajuri. “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria”, *Estudios Constitucionales* 9 N°1 (2011): 60-61.

⁹¹ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 89.

⁹² Eduardo Soto Kloss. *El recurso de protección...* Op. cit. 81-85.

⁹³ Palomo Valdés, Diego. “Recurso de protección en Chile: Luces y sombras y aspectos que requieren cambios”. En *Estudios en homenaje a Hector Fix Zamudio* (Ciudad de México): 526.

⁹⁴ Un caso esclarecedor del concepto de perturbación lo encontramos en SOTO KLOSS, al narrar el caso que involucró a la Sociedad agrícola y forestal los Chenques S.A. En el caso, el propietario del predio colindante ordenó a sus trabajadores trabajar las tierras que estaban arrendadas a la Sociedad Los Chenques S.A, para la Corte de Apelaciones no fue admisible que el recurrido alegara ser dueño del predio que “invadió”. En ese sentido véase: Eduardo Soto Kloss. *El recurso de protección...* Op. cit.: 88-89.

perdurar desde el momento en que se traba la litis hasta el momento en que el juez que conoce de la causa dicta la sentencia definitiva.⁹⁵

Respecto al tercer requisito, relativo a que el derecho se encuentre taxativamente explicitado en el artículo 20, se tienen algunos comentarios. Primero, siguiendo lo dicho por PALOMO, se ha resuelto que, dada la taxatividad del artículo 20, no se protegerían derechos como: 1) Derecho al debido proceso, 2) Derechos reconocidos en los numerales 7 al 10 del artículo 19 (en caso de maltratos o atropellos por Gendarmería de Chile a personas detenidas).⁹⁶ Segundo, debemos recordar que el fenómeno de “propietarización de derechos” ha provocado que varios derechos que involucran la actividad prestacional del Estado sí se terminasen garantizando.

1.6 Legitimación activa

Con respecto a la legitimación activa, la doctrina y jurisprudencia nacional ha establecido dos líneas argumentativas. Por una parte, están quienes señalan que la legitimación activa se establece exclusivamente a favor del sujeto “agraviado”, quien podrá actuar personalmente o a través de un representante.⁹⁷ Por otra parte, LARROUCAU propone que es posible conceptualizar la “acción de protección” como una acción colectiva.⁹⁸

Retomando la postura tradicional que establece de manera tajante que la acción de protección no es una acción colectiva, SOTO KLOSS establece que se requiere que se esté en presencia de un interés personal y concreto. De lo contrario, sería suficiente que el recurrente al presentar el escrito correspondiente estableciera la acción u omisión de carácter antijurídico cometida por determinada persona con independencia de si tuvo lugar o no un agravio⁹⁹. En el mismo sentido se falló un caso en que se alegó que la Academia Diplomática actuó de manera discriminatoria (véase **CS Rol 64 – 2002**).¹⁰⁰

⁹⁵ Ibid: 526-527.

⁹⁶ Ibid: 528.

⁹⁷ En ese sentido véase: Eduardo Soto Kloss. “Comentario al caso del Párroco San Roque (o ayunantes)” *Revista Chilena de Derecho* 12 (1985): 147-162.

⁹⁸ En ese sentido véase: Jorge Larroucau Torres., “La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 37, (julio-diciembre 2019): 249-282, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.1>

⁹⁹ Eduardo Soto Kloss. “Comentario al caso del” ... Op. cit.: 157-158.

¹⁰⁰ Jorge Larroucau Torres., “La expansión procesal de la protección de” ... Op. cit.: 267.

LARROUCAU ha intentado alejarse de esta conceptualización tradicional, con el fin de determinar si el recurso de protección es una vía idónea para tutelar intereses supra – individuales. En este sentido, el autor deja en claro que entender que la única excepción al carácter “individual” del recurso de protección sería el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, no es correcto por las siguientes razones. Primero, la tutela de urgencia para casos en que la garantía del artículo 19 N°8 sea vulnerada, está siendo canalizada a través de instancias especializadas. Ejemplo de lo anterior sería la Sentencia de Corte Suprema, Rol N°39.697-2017 en donde se rechazó la protección interpuesta por habitantes del Valle del Choapa ante las vulneraciones que sufrían con ocasión de la actividad minera en zonas aledañas.¹⁰¹ Segundo, los casos que dicen relación con el alza unilateral del plan de Isapre. A lo largo de los años, se ha visto que las Cortes tienden a construir el mismo razonamiento. Acogen el recurso si la Isapre no es capaz de probar el siguiente enunciado: “*Un cambio efectivo y verificable del valor de las prestaciones médicas (...) de manera cabal, pormenorizada y cabal*”. De lo anterior se sigue que las Cortes chilenas sí protegen intereses que van más allá del caso particular. Además, esta litigación masiva en materia de Isapre (pero individualista), para el autor, sería un síntoma de que la conceptualización tradicional produce un problema de eficacia, dado que la conducta de los órganos requeridos – ISAPRES- a partir de fallos desfavorables por más de 15 años permanece invariable.^{102 103}

En suma, pareciera que existen ciertos casos que, con el fin de rebajar costos administrativos y lograr un mejor *enforcement*, se beneficiarían que la acción de protección se entendiese jurisprudencialmente con carácter colectivo.

A continuación, ejemplificaremos con una sentencia que se desliga del paradigma individualista del recurso de protección y se convirtió en un vehículo para tutelar intereses supra

¹⁰¹ Ibid.: 268.

¹⁰² Ibid: 269-270.

¹⁰³ En el mismo sentido Gastón Gómez Bernales señala que: “*Soportar como consecuencia de dicha alza (referido al plan de ISAPRE), unos cuantos RP [recursos de protección], perder, incluso, un 50 % de ellos, como es evidente que acontece, es parte de la política adoptada, es un costo predecible e internalizable. Muy probablemente el cuestionamiento judicial del aumento del valor de los planes, en las condiciones planteadas más arriba, ni siquiera es materia de una conversación en el directorio de dichas compañías.*”. De lo que se sigue que para las ISAPRES litigar uno a uno contra los asegurados no termina de repercutir en sus márgenes de ganancias. *En ese sentido véase: Gastón Gómez Bernales. Derechos fundamentales y recurso de protección. 1era ed., Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.*

individuales. La Sentencia **Rol CS N° 12.508-2022**, en donde se acoge la pretensión de la parte recurrente en desmedro de la Isapre Colmena Golden Cross S.A, dejando sin efecto el alza del precio base del plan de salud de la parte recurrente. La Corte fue más allá y ordenó una serie de medidas con efectos erga omnes que nombraremos a continuación:

1) Se deja sin efecto la comunicación de Isapre Colmena Golden Cross a la Superintendencia de Salud el día 22 marzo del 2022, donde se informa el alza de un 7,6% de todos los planes de salud, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 198 letra e) del DFL N°1 del Ministerio de Salud.

2) En consecuencia, se deja sin efecto el alza porcentual de los precios bases de todos los planes de salud administrados por la Isapre Colmena Golden Cross S.A que se informó a la Superintendencia.

3) Que la Superintendencia de Salud dispondrá las medidas administrativas para que, en el evento de que se haya cobrado a otros afiliados las cantidades resultantes del alza porcentual de los precios base de todos los planes de salud administrados por la recurrida, éstos hayan optado por un plan diferente o su desafiliación, dichas cantidades sean restituidas como excedentes de cotizaciones o, en su caso, se revoque la modificación de los planes acordada para evitar el alza dejada sin efecto o se reintegre a los afiliados que, para evitar su pago, han optado por su desafiliación.¹⁰⁴

4) Que la Superintendencia de Salud dispondrá un plazo prudencial para que Colmena Golden Cross S.A cumpla fundamente (presentando los antecedentes correspondientes) con la comunicación prevista en el artículo 198 letra e) del cuerpo normativo anteriormente nombrado. Todo esto para que la propuesta de alza se ajuste con los parámetros legales.

5) Se oficiará a todas las Cortes de Apelaciones que estén conociendo recursos de protección en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A por la variación porcentual en sus

¹⁰⁴ Este párrafo se traspasó textualmente a esta tesis.

precios, con ocasión de la comunicación de fecha 17 de marzo de 2022 a la Superintendencia de Salud y a sus afiliados para que se agregue copia autorizada de la sentencia en comento.

En suma, pareciera que existen ciertos casos que, con el fin de rebajar costos administrativos y lograr un mejor *enforcement*, se beneficiarían que la acción de protección se entendiese jurisprudencialmente con carácter colectivo.

1.7 Tramitación del “proceso de protección”

Para pasar a analizar la tramitación del proceso de protección, establecida por el Auto Acordado de la Corte Suprema N°94/2015, dividiremos el estudio sus distintos elementos esenciales: 1) examen de admisibilidad, 2) plazo (duración y cómputo), 3) partes, 4) regulación de la prueba, 5) decisión y 6) cumplimiento y ejecución de la sentencia. Además, se quiere adelantar que los siguientes sub – puntos analizan al proceso de protección desde una óptica “sumaria”.¹⁰⁵

1.7.1 Examen de admisibilidad

El examen de admisibilidad establecido por el Auto Acordado de 1998 permite a las Cortes de Apelaciones decidir qué acciones de protección pueden proseguir con su tramitación y cuáles no.¹⁰⁶ Recién en 1998, con el Auto Acordado N°1, se establece de manera expresa el filtro de admisibilidad para los juicios de protección.¹⁰⁷ Nogueira cree que este filtro normativo generaría una excesiva formalización de la “acción de protección” y se restringiría el acceso a la justicia de los recurrentes.¹⁰⁸

1.7.2 Plazo: Duración y cómputo

¹⁰⁵ La contracara de una óptica sumaria sería caracterizar al proceso de protección como cautelar. Ríos señala: “(El recurso de protección) se caracteriza por su informalidad; su unilateralidad, su brevedad, su carácter inquisitorio” (...). Lo anterior muestra los rasgos esenciales de una caracterización de corte cautelar. En ese sentido véase: Ríos, Lautaro. “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”. *Revista de Derecho Coquimbo* N°2 (1995): 27-50.

¹⁰⁶ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 275. Se debe recordar que la cláusula normativa originaria proveniente del Auto Acordado N°3 de 1977 establece: “Interpuesto el recurso”. Posteriormente, el Auto Acordado del año 1992 la norma quedó estipulada como: “acogido a tramitación”.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Humberto Nogueira Alcalá. “El recurso de”... Op. cit.: 175.

Para MATURANA Y MOSQUERA, el plazo de interposición del recurso de protección se caracteriza por ser: “*de días, continuo, legal, fatal, improrrogable y no ampliable por la tabla de emplazamiento*”.¹⁰⁹ El plazo de interposición es de 30 días pero existe una cierta línea jurisprudencial que ha dicho que el establecimiento de un plazo para la interposición de la acción de protección sería un atentado contra el principio de igualdad ante la ley, el de no discriminación y de dignidad de las personas¹¹⁰.

Para el cómputo del plazo MATURANA Y MOSQUERA aconsejan distinguir entre 3 situaciones: a) hecho material: el cómputo del plazo inicia desde la ejecución del acto. En caso de existir una perturbación permanente, se debe contar desde la última perturbación; b) acto jurídico: el cómputo del plazo inicia desde su publicación o notificación; c) acto jurídico no publicado/notificado: si el acto no ha sido publicado/notificado el plazo empieza a correr desde que el recurrente toma conocimiento de ellos (esto deberá acreditarse dentro del procedimiento).¹¹¹

- 112

1.7.3 Partes (informe y acumulación)

Por una parte, respecto del recurrente¹¹³ en el juicio de protección, el Auto Acordado solo establece una exigencia: en caso de quien presente la acción de protección no sea el mismo afectado, el tercero deberá contar con la capacidad para comparecer en juicio. El Tribunal Constitucional ha dicho que esta situación constituye un caso de agencia oficiosa.¹¹⁴

Por otra, respecto del recurrido, siguiendo el tenor del numeral 4 del Auto Acordado 94-2015, la calidad de parte se adquiere por decisión del propio afectado o recurrido. LARROUCAU va

¹⁰⁹ Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. *Los recursos...* Op. cit.: 473.

¹¹⁰ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 169.

¹¹¹ Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. *Los recursos...* Op. cit.: 473.

¹¹² En un sentido similar, el autor Hernández propone distinguir entre hechos brutos e institucionales. Por una parte, en el caso de un hecho bruto, el cómputo se inicia desde el momento en que se ejecuta el acto (o el último si son múltiples). Por otra, si estamos en frente de un hecho institucional nos debemos fijar en el momento en que se notifica al afectado el “hecho”, de no mediar notificación el cómputo iniciará con la toma de conocimiento por parte del afectado. Véase: Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op cit.: 172.

¹¹³ Para MATURANA Y MOSQUERA, el sujeto activo incluye a personas naturales, personas jurídicas o grupos de personas que no cuentan con personalidad jurídica. Véase: Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. *Los recursos...* Op. cit.: 470.

¹¹⁴ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 172-173.

más allá y establece que la norma en comento transforma el procedimiento de unilateral a bilateral.¹¹⁵⁻¹¹⁶

El Acta N°173 de 2018 entregó una nueva facultad a los tribunales que conocen de un recurso de protección en primera instancia, ya que estos pueden solicitar informes a terceros que pueden ser perjudicados por el fallo. LARROUCAU, haciendo un símil con el juicio de lato conocimiento, expresa que: a) la solicitud del informe equivale a un “traslado” y b) el informe como tal equivale a una “contestación de la demanda”. Lo que buscaría el juicio de protección sería una contradicción entre las partes que sea ágil.¹¹⁷

El Auto Acordado 94-2015 N°10 permite la acumulación de autos si: a) la afectación provenga de un mismo acto/omisión y b) conozca una misma Corte de Apelaciones. Este mecanismo ha permitido una mayor protección de intereses supraindividuales y colectivos.¹¹⁸

1.7.4 Prueba y verdad

Para introducir esta sección, debemos recordar que los enunciados probatorios¹¹⁹ del tipo “*está probado que p*” tienen fuerza descriptiva, dado que estas oraciones refieren a la ocurrencia de un hecho(s) en una realidad diversa a la del proceso judicial. Estos enunciados son susceptibles de tener un valor de verdad: lo verdadero o lo falso.¹²⁰⁻¹²¹

¹¹⁵ Ibid: 173.

¹¹⁶ Para MATURANA Y MOSQUERA, La acción de protección se dirige contra el Estado y el agresor, si se le conoce”. En otras palabras, no es una condición necesaria conocer a la persona (autoridad) que cometió la acción-omisión que amenazó las garantías constitucionales del recurrente. Véase: Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. *Los recursos...* Op. cit.: 471.

¹¹⁷ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 172-173.

¹¹⁸ Ibid: 176.

¹¹⁹ Debemos recordar que el objeto de la prueba serán los enunciados acerca de los hechos y no los hechos por sí mismos. Veasé: Matheus López, Carlos. “Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba” *Revista de Derechos* Vol. XIV (Junio, 2003): 175-176.

¹²⁰ Jordi, Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. (2da ed. Madrid: Marcial Pons, 2005): 25-26.

¹²¹ Además, respecto de los hechos, siguiendo a Searle uno puede distinguir entre:

a. Hecho bruto: Refiere a un hecho que puede ser descrito con independencia de instituciones humanas.

b. Hecho institucional: Refiere a un “hecho” que para ser elucidado necesita de instituciones humanas.

En ese sentido veasé: Searle, John. *La construcción de la realidad social*. 1era ed. Barcelona: Paidós, 1997: 45.

Además, el concepto de prueba es polisémico, es decir, tiene diversos usos lingüísticos:¹²²

- a) El primer uso se refiere a los medios mediante los que se aportan elementos de juicio a favor de cierta tesis.
- b) El segundo uso refiere a la actividad misma de aportar los elementos de juicio a favor de cierta tesis. También refiere a aquel período donde la acción de aportar medios probatorios tiene lugar (período probatorio).
- c) El tercero denota el resultado¹²³ producido por la aportación de medios de prueba con relación a determinar el valor veritativo (si es verdadera o falsa) de una determinada hipótesis acerca de los hechos.

Entendiendo que el concepto de prueba puede ocuparse para referirse a: un medio, una actividad y un resultado. Pasaremos a analizar si es posible establecer una relación de identidad en los siguientes términos: “*está probado que p = Es verdad que p*”, o más bien lo que prevalece es una relación del tipo: “*está probado que p = hay elementos de juicio suficientes a favor de p*”.

Por una parte, establecer que: “*está probado que p = es verdad que p*”, implica establecer una equivalencia entre los conceptos de verdad y prueba, esto trae como consecuencia que la verdad de una proposición determinará si se logrará tener por probado el enunciado dentro del procedimiento. El problema de esta noción es que no se hace cargo del resultado probatorio, especialmente, de casos en que el juez tiene por probado un enunciado y, a su vez, la realidad empírica nos indica la no ocurrencia del hecho.¹²⁴ Por otra, si se establece: “*está probado que p = hay elementos de juicio suficientes a favor de p*”, esta concepción ya no considera como condición necesaria la verdad de la proposición “p” para considerarla como probada dentro de un procedimiento. Más bien, lo relevante es determinar si los elementos de juicio presente son

¹²² Jordi, Ferrer. *Prueba y verdad en ...* Op. cit.: 27-28.

¹²³ Jordi Ferrer no cree que este resultado probatorio sea asimilable a la convicción judicial entendida como estado psicológico del juez. Véase: Jordi, Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. (2da ed. Madrid: Marcial Pons, 2005): 28.

¹²⁴ *Ibid*: 30-32.

un apoyo suficiente a la proposición “p”. De ello se sigue que: una proposición empíricamente verdadera de no contar con suficientes elementos de apoyo puede no ser tenida por probada y viceversa.¹²⁵

Siguiendo a FERRER, debemos entonces entender la relación entre prueba y verdad como teleológica. Esto quiere decir que a pesar de que un conjunto de pruebas nunca nos va a entregar certeza absoluta acerca de la ocurrencia de un hecho, la verdad, en tanto concepto, sí es relevante al estudio de la prueba jurídica y no debiese ser desechada.¹²⁶

1.7.4.3 Valoración de la prueba

La forma de apreciar la prueba en el proceso de protección, desde el año 1998, es a través del sistema de sana crítica. GONZÁLEZ parece entender la sana crítica como una fórmula para regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba que cuenta con 4 elementos fundantes.¹²⁷

Primero, se entiende como una actividad lógica que no puede desobedecer ciertos principios: del tercero excluido, de contradicción y de razón suficiente. Segundo, como una actividad que se sirve de las máximas de la experiencia, estas se entienden según COUTURE como: *“juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que... pretenden tener validez para otros nuevos.* Tercero, se sirve los conocimientos científicamente afianzados. Cuarto, a raíz de ocupar este sistema de valoración, no se evade la obligación de fundamentar la sentencia.¹²⁸

Algunas sentencias muestran que los tribunales ocupan las máximas de la experiencia en el proceso de protección. Por ejemplo, en el caso de una Universidad que niega haber dado inicio al trámite de titulación de determinado estudiante, a pesar de emitir en su favor un documento que dicta: “título en trámite”.¹²⁹

¹²⁵ Ibid: 35-36.

¹²⁶ Ibid: 69-73.

¹²⁷ González, Joel. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, 33 n°1, (2006): 95.

¹²⁸ González, Joel. “La fundamentación”... Op. cit.: 96-97 y 104.

¹²⁹ **Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, Recurso de protección, Rol N° 133-2021.**

Respecto de la categoría “hecho público y notorio” se ha ocupado en casos vinculado al 18-O (“18 de Octubre):

“Es público y notorio lo que se ve, además, corroborado por los medios de comunicación social y diversos soportes que contienen evidencia, respecto del estado deplorable en que han quedado diversas edificaciones públicas y privadas, como consecuencia de las diferentes marchas que acontecieron en la ciudad de Valparaíso, después del 18 de octubre último, hechos indiscutibles que pueden ser observados por cualquier persona atenta en su recorrido por la ciudad.”¹³⁰

1.7.4.4 Estándar de prueba

Para introducir esta sección, debemos recordar que un estándar de prueba, a nivel general: *“tiene la intención de indicar al investigador ... cuando está autorizado a considerar algo como probado”*.¹³¹ Aplicado al Derecho según FUENTES: *“su función más elemental es dotar al juez de un parámetro que le indique con la máxima claridad cuando la prueba que ha recibido es suficiente para dar un hecho como cierto”*.¹³²

Para LAUDAN, el parámetro se subjetiviza cuando el ordenamiento construye el estándar en base al nivel de confianza del juzgador respecto a la culpabilidad del acusado¹³³. Dado que es la convicción subjetiva del juzgador mas no la fortaleza de las pruebas presentadas lo que permite satisfacer el estándar.¹³⁴

En el proceso de protección, el estándar de prueba es una materia donde existe un vacío regulatorio, ni la Constitución vigente ni el Auto Acordado regulan este punto. Dado lo anterior, LARROUCAU propone adoptar un estándar similar al de la tutela laboral¹³⁵, que se construye de la

¹³⁰ **Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, Recurso de protección, Rol N° 37406-2020.**

¹³¹ Laudan, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, (2005): 104. Con este trabajo busca asentar la idea que un estándar de prueba no se sustenta por la convicción subjetiva del juzgador, sino por las conexiones lógicas entre la evidencia presentada y las hipótesis que se desprenden de esta.

¹³² Fuentes, Claudio. “Ensayo: ¿Por qué es necesario establecer un estándar de prueba en el proyecto de reforma al proceso civil?”, *REVISTA DE DERECHO - Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 37, (2020): 57.

¹³³ Con esto me refiero a la conexión entre la evidencia presentada y la culpabilidad del acusado en un proceso penal.

¹³⁴ Laudan, Larry. “Por qué”... Op. cit.: 106.

¹³⁵ Con el fin de uniformar criterios jurisprudenciales.

siguiente manera: por una parte, el trabajador debe aportar datos que haga verosímil su relato (la jurisprudencia habla de “prueba indiciaria”). Por otra, el empleador debe acreditar a través de medios probatorios que la medida que tomó respecto del trabajador fue “razonable y proporcionada”.¹³⁶

1.7.5 Decisión

1.7.5.1 Orden de no innovar (ONI)

El Tribunal Constitucional entrega una clara definición de la institución: “*Consiste en un mandato de no hacer o en una prohibición de hacer que impone un tribunal en el proceso, de modo que las cosas queden como estaban en el momento en que se concede*”.¹³⁷ Ahora bien, nada obsta a que haga las veces de una medida cautelar innovativa -que permite una tutela anticipada a la parte que recurre.¹³⁸

*Se exige al tribunal que conoce de la medida un deber de justificación. Por una parte, cumplir con los requisitos de fumus boni iuris y periculum in mora. Por otra, el tribunal debe aclarar porque la concesión de la ONI es conveniente a los fines de la acción presentada.*¹³⁹

1.7.5.2 Clausula “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”

Para LARROUCAU, las sentencias de los tribunales en materia de protección no se limitan a constatar una ilegalidad o arbitrariedad de la conducta, sino que van un paso más allá y las sentencias pueden establecer derechos y obligaciones para las partes. Estos derechos/deberes son estables en el tiempo.¹⁴⁰ Cito a continuación varios ejemplos que entrega el autor:

“Imponer obligaciones de hacer - como regularizar un polígono de tiro ante la Dirección de obra municipales (...) obligaciones de no hacer - no funar a un ex arrendataria por redes sociales o no

¹³⁶ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 188-189.

¹³⁷ **Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 18 de agosto de 2011, Rol N° 1557.**

¹³⁸ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 190.

¹³⁹ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 191.

¹⁴⁰ *Ibid.*: 192.

modificar unilateralmente una malla curricular respecto de estudiantes a punto de titularse (...) obligaciones de dar - financiar el procedimiento de instalación de un marcapaso diafragmático a una niña”.¹⁴¹

También es necesario mencionar que los tribunales pueden establecer medidas de “no repetición”, que buscan que la conducta que violó derechos fundamentales no vuelva a ocurrir con posterioridad. Por ejemplo en el caso “Rendón con Ejército de Chile” se ordenó el retiro de imágenes y placas alusivas a Manuel Contreras - condenado en diversas causas por violación de DDHH- en la Escuela de Guerra y en la Escuela de Ingenieros Teja Verde.¹⁴²

1.7.6 Cumplimiento y ejecución de la sentencia

El Auto Acordado solo contempla 2 normas en este aspecto. Primero, la disposición N°3 del Auto Acordado 94-2015 que establece que los oficios necesarios para el cumplimiento se deben tramitar expeditamente. Segundo, la disposición N°15 del mismo Auto Acordado que sanciona a toda persona que: a) no evacuar informes que se le soliciten, b) no cumpla diligencias, c) no cumpla resoluciones/sentencia.¹⁴³

Para LARROUCAU, esto da cuenta de que necesitamos un modelo especial de ejecución para los casos en que el recurrido no cumpla voluntariamente con sus obligaciones de dar, hacer y no hacer. Subsidiariamente, debiese regir el Título 19 del Libro I y los Títulos 1 y 2 del Libro III del CPC.¹⁴⁴

1.8 El “proceso de protección” y la cosa juzgada

El esquema de este apartado será como sigue. En una primera parte, se introducirá una concepción general de la cosa juzgada, analizando progresivamente las distinciones que el estudio

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Corte de Santiago ordena al Ejército retiro de placas conmemorativas de general condenado por violaciones a los DD.HH”. *Diario Constitucional*. 30 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2019/12/30/corte-de-santiago-ordena-al-ejercito-retiro-de-placas-conmemorativas-de-general-condenado-por-violaciones-a-los-ddhh/>

¹⁴³ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 201.

¹⁴⁴ Ibid.

de esta institución ha significado para la dogmática procesal. En una segunda parte, se indagará respecto de la vinculación que existe entre el “proceso de protección” y la cosa juzgada, para determinar si es posible que una sentencia definitiva con ocasión de un “recurso de protección” genere cosa juzgada material o formal.

En primer lugar, es fundamental iniciar el estudio de esta subsección estableciendo un concepto claro de cosa juzgada. En ese sentido, la definición de EZURMENDIA es clarificadora, dotando a la cosa juzgada de un contenido mínimo, visión compartida tanto por legislaciones del derecho común como del *common law*. Este contenido mínimo corresponde a que las partes que han participaron de un proceso que concluyó con la dictación de una sentencia definitiva, no podrán volver a litigar sobre dicho asunto nuevamente.¹⁴⁵ Complementando lo anterior, NIEVA trata a la cosa juzgada como aquella regla que prohíbe la repetición de juicios.¹⁴⁶

En segundo lugar, creemos necesario hacer referencia a la primera clasificación del concepto de cosa juzgada, en formal y material. Como ha establecido ROMERO SEGUEL, el distingo se desarrolla de la siguiente manera: 1) el concepto de cosa juzgada formal alude a una decisión judicial que es susceptible de una revisión judicial *a posteriori* a través de un nuevo procedimiento¹⁴⁷ y 2) el concepto de cosa juzgada material alude a un pronunciamiento judicial que alcanza inmutabilidad y, por ende, la decisión sobre el fondo no puede ser discutida en un procedimiento a futuro.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Jesús Ezurmendia Álvarez. “Capítulo XIII: Definitividad y cosa juzgada como reglas contra-epistémicas en el proceso civil”. En *Prueba, Proceso y Epistemología, ensayos sobre derecho probatorio* editado por Jesús Ezurmendia (Santiago de Chile, Editorial Tirant lo Blanch, 2021): 546.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Complementando lo anterior, NIEVA establece que la cosa juzgada formal es aquella que prohíbe la repetición del juicio por parte del mismo que empezó el procedimiento primigenio. En ese sentido véase: Jordi Nieva Fenoll. *La cosa juzgada: El fin de un mito*. 1era. ed. España: Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010: 11.

¹⁴⁸ Romero Seguel, Alejandro. *La cosa juzgada en el proceso civil chileno: Doctrina y Jurisprudencia*. 1ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002: 19.

A mayor abundamiento queremos resaltar que para el autor Romero Seguel, el carácter excepcional de la cosa juzgada formal se justifica en dos razones. Primero, la cláusula *rebus sic stantibus* que establece que un cambio de las circunstancias de hecho del caso concreto o de condiciones jurídicamente relevantes justifica que se pueda tomar una nueva sobre el fondo del asunto litigioso (por ej. el derecho de alimentos menores). Segundo, atendiendo a la naturaleza particular de ciertos procedimientos, como lo es el caso de los procedimientos catalogados de sumarísimos (los cuales no cuentan con un contradictorio que permita a las partes discutir las alegaciones controvertidas).

En tercer lugar, veremos la distinción de la cosa juzgada positiva y negativa. Esta división analítica (dentro de la llamada cosa juzgada material) atiende a las funciones del instituto y ha sido tratada latamente por la doctrina chilena y comparada. En primer lugar, la cosa juzgada negativa, EZURMENDIA la concibe como una sanción a aquel litigante que no hace cabal uso de sus derechos en el procedimiento primigenio. Lo anterior, se materializa en la potestad del tribunal que conoce de la segunda pretensión, o en la facultad de la parte interesada, para hacer valer la existencia de la sentencia previa que tuvo lugar en el procedimiento primigenio¹⁴⁹. En segundo lugar, EZURMENDIA ha definido la cosa juzgada positiva valiéndose de una conceptualización el autor ROMERO SEGUEL: “*Impide que en un juicio posterior se decida en contradicción con la declaración del derecho que se consta en una sentencia anterior (...) siempre que lo resuelto en ese fallo constituya un antecedente lógico jurídico para resolver la nueva acción deducida en el juicio.*”¹⁵⁰ En otras palabras, supone vincular dos procesos, y respecto del segundo (o posterior) no se puede desconocer la relación jurídica que se ha declarado en el primero.¹⁵¹

Ahora bien, esta clásica distinción relativa a la cosa juzgada positiva en contraposición a la cosa juzgada negativa pierde sentido, si atendemos al hecho que existe un punto en común entre ambas: la prohibición de reiteración de juicios sucesivos. Respecto del primer concepto, se busca omitir la reiteración de una parte del objeto del primer juicio. Respecto del segundo concepto, atiende a todo el proceso y tiene lugar una prohibición total.¹⁵²

Finalizado el marco teórico general que dice relación con la cosa juzgada, en los siguientes párrafos nos referiremos a la aplicación de la cosa juzgada en el “proceso de protección”. Para desarrollar esto, atenderemos a las posturas que nos presentan los autores nacionales ROMERO SEGUEL Y MARTINS MACHADO. El primer autor cree que en el contexto de una acción de protección solo se genera cosa juzgada formal. La segunda autora cree que es posible hablar de una cosa juzgada en sentido material *secundum eventum probationis* al resolverse una acción de protección.

¹⁴⁹ Ibid.: 548.

¹⁵⁰ Jesús Ezurmendia Álvarez. “Eficacia positiva de la cosa juzgada e iniciativa para su introducción al proceso. Rol del juez en la vinculación de procesos conexos entre las mismas partes. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema rol: 28600/2016, del 8 de noviembre de 2016”. *Revista Ius Praxis*, 24 n°2 (2018): 674.

¹⁵¹ Jesús Ezurmendia Álvarez. “Capítulo XIII: Definitividad”: Op. cit.: 550 – 551.

¹⁵² Jordi Nieva Fenoll. *La cosa juzgada: El fin...*: Op. cit.: 12-13.

En primer lugar, ROMERO SEGUEL ha establecido que, en materia de recurso de protección, la sentencia definitiva ejecutoriada generaría cosa juzgada formal. Lo anterior se funda en tres razones: A) primero, se parte del supuesto que la “acción de protección” tiene una naturaleza jurídica de carácter cautelar y de ello se sigue que la declaración del órgano judicial tiene un mero carácter paliativo¹⁵³, B) segundo, dado que este procedimiento no tiene un “contradictorio” que permita a los sujetos discutir acerca de la verosimilitud del derecho fundamental vulnerado invocado; para ROMERO SEGUEL este carácter de sumariedad aumenta las posibilidades de cometer errores judiciales al dictarse la sentencia definitiva¹⁵⁴, C) tercero, la existencia de un concurso de acciones, con esto el autor nos dice que una acción que tutela derechos fundamentales puede coexistir con una acción de lato conocimiento (ambas atienden al mismo objeto litigioso). Por ejemplo, presentar una acción reivindicatoria y una acción de protección fundado en la vulneración del artículo 19 N°24 para recuperar la tenencia material de un inmueble en manos de un tercero que alega ser poseedor. Cosa distinta es que, obteniéndose una sentencia definitiva en el procedimiento de lato conocimiento, se presente con posterioridad una acción de protección con el mismo objeto ¹⁵⁵.

En segundo lugar, debemos revisar la postura de MARTINS MACHADO desglosándola lógicamente. Primero, esta autora nos recuerda que el derecho que alega el recurrente debe ser pre-existente e indubitado.¹⁵⁶ Esto quiere decir que el escrito donde se exponga la teoría del caso que desarrolle la vulneración de algún derecho fundamental, protegido por el artículo 20 de la CPR, debe necesariamente ir acompañado de la prueba documental correspondiente que permita sostener

¹⁵³ El autor admite las limitaciones que esto trae si uno llegase a considerar que la resolución judicial tuviese él. carácter de sentencia declarativa de derechos o constitutiva de derechos. No da una respuesta satisfactoria. En ese sentido ver: Alejandro Romero Seguel. “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección”, *Revista Chilena de Derecho* 26 N°2 (1999): 511.

¹⁵⁴ Cabe mencionar que Romero Seguel considera que la “acción de protección” da lugar a un proceso. De no ser así, no podría deducir lógicamente la generación de cosa juzgada sea formal o material, ya que la institución de cosa juzgada es propia de una jurisdicción contenciosa.

¹⁵⁵ Alejandro Romero Seguel. “Notas sobre la cosa...” Op. cit.: 510-515.

¹⁵⁶ Machado Martins ahondando en este respecto entrega 3 requisitos claves que nos permite identificar que nos encontramos en frente de un derecho pre – existente e indubitado:

- a. Debe existir certeza jurídica: El derecho del titular debe provenir de una cláusula constitucional del artículo 19 – leyéndose en armonía con el artículo de la CPR- o ser considerado un “derecho fundamental implícito”.
- b. El interés debe atender a proteger derechos fundamentales. De lo anterior se sigue que no sirve para proteger prestaciones indeterminadas, genéricas, fungibles y provisionales.
- c. Tener un objeto determinado.

¹⁵⁶ En ese sentido véase: Priscila Machado Martins. “La cosa juzgada material secundum “... Op. cit.: 751.

las premisas fácticas.¹⁵⁷ Segundo, en el caso de que la prueba presentada por el recurrente dentro del procedimiento no llegase a constituir un “derecho preexistente e indubitado”, el objeto del juicio es decidido sin un carácter de definitividad.¹⁵⁸ La autora establece las dos hipótesis en que no se estaría en presencia de un derecho preexistente-indubitado: 1) presentados los medios probatorios, se concluye que no existe tal vulneración de un derecho fundamental y 2) cuando se hace necesario un término probatorio en que las partes presenten y rindan sus medios probatorios correspondientes (en otras palabras, la prueba documental por sí sola es insuficiente).¹⁵⁹

Para concluir, este trabajo busca alejarse de este debate dicotómico, para establecer una tercera reflexión fundada en el trabajo doctoral de EZURMENDIA,¹⁶⁰ con el fin de entregar un cierre satisfactorio a esta sección del trabajo. Debemos recordar que, al caracterizar la cosa juzgada a nivel institucional, dijimos que era una regla de exclusión de juicios futuros.¹⁶¹ Esta definición choca con lo establecido en el artículo 20 de la Constitución al finalizar su inciso primero: “*Sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”. De lo anterior no se sigue que esto sea un caso de cosa juzgada formal (siguiendo la postura de ROMERO SEGUEL), sino que lo que uno debiese interpretar de lo establecido en el artículo 20 es una excepción a la regla de cosa juzgada material. Esto trae como consecuencia que, en un procedimiento de lato conocimiento (con mayores garantías procesales, por ejemplo, la existencia de un término probatorio), se reabra la disputa que se inició en un primer momento a través del recurso de protección. En otras palabras, se está frente a una excepción normativa, no frente a una cosa juzgada de menor entidad¹⁶².

Para finalizar, nos referiremos a la teoría que propone MARTINS MACHADO. Creemos que la construcción de un derecho preexistente e indubitado es condición necesaria para que la sentencia que se dicte, con ocasión de un recurso de protección, genere cosa juzgada material¹⁶³.

¹⁵⁷ Ibid.: 750 -751.

¹⁵⁸ Ibid.:745.

¹⁵⁹ Ibid.: 759.

¹⁶⁰ En este sentido veasé: Jesús Ezurmendia Álvarez. *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada: Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law*. 1era ed. España: Bosch Procesal, 2021.

¹⁶¹ Jordi Nieva Fenoll. *La cosa juzgada: El fin...*: Op. cit.: 12-13.

¹⁶² Jesús Ezurmendia Álvarez. *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada: Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law*. 1era ed. España: Bosch Procesal, 2021: 168-169.

¹⁶³ Priscila Machado Martins. “La cosa juzgada material secundum “... Op. cit.: 751.

Esto cierra la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento y no es coherente con lo establecido en el artículo 20 inciso primero de la Constitución que establece explícitamente: “*Sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”. Si uno siguiera la teoría propuesta por MARTINS MACHADO, la posibilidad de acudir a instancias ordinarias podría devenir en problemático para cualesquiera de las partes.

Capítulo 2: Análisis de jurisprudencia

2.1 Derechos de la personalidad

Esta subsección cumple el rol de situar el derecho al honor dentro de una categoría teórica aún más amplia, esto es, los derechos de la personalidad. Veamos ciertos ejemplos prácticos que involucran infracciones claras a derechos de la personalidad. Un primer caso: una mujer famosa va saliendo de un evento privado y súbitamente una gran cantidad de medios de televisión le empiezan a tomar fotografías y grabarlas sin su consentimiento. Un segundo caso: en redes sociales, dígame Instagram, se crea un perfil con la finalidad de denunciar a un hombre A por la comisión de un delito de abuso sexual contra su ex – pareja. La gran mayoría de los casos que llegan a conocimiento de tribunales a través de acciones de protección al ser apeladas llegan, por regla general, a la Tercera Sala de la Corte Suprema. En esta sección se expondrá un marco conceptual acerca de la noción de derechos de la personalidad y su evolución en el tiempo en relación con el sistema jurídico francés y chileno.

Al hablar ya sea de derechos de la personalidad, atributos de la personalidad, o simplemente derecho de personas, en verdad nos estamos refiriendo a un conjunto de intereses jurídicos. En ese sentido, una breve referencia al desarrollo histórico de esta área va a apuntar a cómo se relacionan todas estas ideas entre sí, y como ello influye en nuestra concepción actual del área.

Por un lado, referencias clásicas al estado civil de una persona, las normas sobre capacidad, etc., ilustran una estructura seguida por la mayor parte de codificaciones del siglo XIX, que sigue el modelo de las Instituciones del *Corpus Iuris Civilis*.¹⁶⁴

En paralelo, la idea de persona experimentó un marcado desarrollo durante el Renacimiento, estando el énfasis en la dignidad, derechos y obligaciones innatos de la persona. La consolidación de los procesos de constitucionalización de los derechos de la persona con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, explican en parte este carácter dual de los derechos

¹⁶⁴ Para una conceptualización más clásica de atributos de la personalidad veasé Lyon, Alberto. *Personas Naturales*. 3era ed. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica, 2007.

de la personalidad.¹⁶⁵ Esto también queda en evidencia si se compara la situación chilena con la del derecho francés.

En Francia, en el contexto del racionalismo naturalista (siglo XVIII), se entiende que la idea de la dignidad humana no puede ir desligada del concepto de persona, lo que trae como consecuencia que las personas, en tanto sujetos de derecho, tiene derechos y obligaciones ex ante y siga la línea del *actio iniuriarum*.¹⁶⁶

2.1.1 Caso del sistema jurídico francés

Uno de los primeros antecedentes de protección jurídica de los derechos de la personalidad se encuentra en los arts. 2 y 11 de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano de 1789. Estos prescriben que: i. uno de los deberes principales de todo cuerpo estatal es proteger “los derechos naturales” de las personas y ii. la libertad de expresión. Los mecanismos de protección quedaron en manos del Código Civil Napoleónico de 1804. Para realizar un análisis ordenado dividiremos el estudio en tres fases sucesivas.

Primera Fase¹⁶⁷

En esta fase se desarrollan los conceptos del derecho a la propia imagen y el derecho al honor.

a) Derecho a la propia imagen

El desarrollo de este derecho inicia con el caso “*Rachel affair*” (1858), que versa sobre una mujer famosa que fue fotografiada en su lecho de muerte y posteriormente se comercializaron bocetos no autorizados de la mujer. A partir de lo anterior y de casos posteriores, se entendió que estos casos se subsumían en la cláusula general de responsabilidad contenida en el antiguo Art.

¹⁶⁵ Bruggemeier, Gert. “Chapter 5: Protection of personality interests in continental Europe: The examples of France, Germany and Italy and a European Perspective”. En *Rights of Personality in Scots Law: A Comparative Perspective*. Editado por Niall Whitty y Richard Zimmerman. (Edinburgh University Press, 2009): 317.

¹⁶⁶ *Ibid.*: 315.

¹⁶⁷ *Ibid.*: 318-319.

1382 del Code Civil “*el daño infligido culpablemente*” y procedía la indemnización por daño moral. Ahora bien, todavía no estaba claro la naturaleza jurídica de este derecho de la personalidad.

b) Vida privada/derecho al honor

Esta materia, al menos durante todo el siglo XIX, fue regulada de manera estricta por el ordenamiento francés, como lo demuestra la Ley de Libertad de Prensa de 1881. Las primeras clasificaciones taxonómicas del área datan de principios del siglo XX y se desarrollan de la siguiente manera: (1) derechos del individuo en su faceta física: esto incluye el consentimiento en el derecho médico, salud mental y salud corporal propiamente tal; (2) derechos que conciernen a la personalidad moral: tienen carácter *erga omnes* y no puede ser cuantificados en una suma de dinero. Por ende, son inalienables, imprescriptibles y no – heredables. Solo pueden ser ejercidos por el titular.

Segunda Fase¹⁶⁸

El caso que le da inicio se denomina el *affair de Marlene Dietrich (1950)*, el cual trata sobre una *supuesta* entrevista publicada por un diario francés que incluye fragmentos de las memorias de Dietrich. Se produce una reforma al *Code Civil*, generando 2 mecanismos de protección: (A) los daños que se provoquen contra la vida privada están sujetos a un régimen especial de responsabilidad; (B) toda relevación que conciernan a aspectos esenciales de la vida privada de una persona permite la interposición de medidas prejudiciales para mitigar (o impedir) el daño. Esto permite apreciar cómo se desarrollan mecanismos diferentes a la clásica protección de la persona a través del estado civil y regulaciones tradicionales.

¹⁶⁸ Ibid: 320-322.

Tercera Fase: “Constitucionalización de los derechos de la personalidad”¹⁶⁹

Esta fase tiene importancia porque permite trazar paralelos con Chile. En esa época se conforma el bloque de constitucionalidad compuesto por: 1. la Constitución de la quinta república francesa, 2. la Declaración de Derechos de 1789 y 3. la sección de derechos sociales y económicos de la Constitución de 1946.

En Chile se ha vivido un proceso paralelo de constitucionalización de los derechos de la persona, lo cual explica, en parte, que se acuda a la idea de personalidad en el contexto de acciones de protección. Esta es un área donde es particularmente visible que una gran cantidad de casos llega a conocimiento de la Corte Suprema vía acción de protección, lo cual da cuenta que, en realidad, los derechos de la personalidad irrumpe con la tradicional distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.¹⁷⁰

2.1.2 Concepto de funa

El origen histórico de la funa se remonta a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, tras la detención de Augusto Pinochet en Londres manifestantes se comienzan a reunir en vigiliadas organizadas por la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos. Con el tiempo se funda la organización “Acción, Verdad y Justicia” (Hijos Chile). Esta organización crea la Comisión Funa, la cual da inicio a la organización de “funas”, estas se conceptualizan como: “*actos públicos de repudio contra un grupo o persona que ha cometido un acto que se considera ilegal o injusto*”¹⁷¹. En un sentido similar, CONTRERAS Y LOVERA consideran la funa como: “*acto público de denuncia contra organismos o personas relacionadas con actos de represión delante de su sede o domicilio*”.¹⁷²⁻¹⁷³

¹⁶⁹ Ibid: 322-325.

¹⁷⁰ Gutiérrez, Arantxa; Pacheco, Juan Sebastián. “Personas”, *Proyecto Vigía*, 2021. Disponible en: <https://proyectovigia.cl/personas/>

¹⁷¹ Schmeisser, Carol. “La funa: Aspectos históricos, jurídicos y sociales”. Tesis, Universidad de Chile, 2019: 6.

¹⁷² Contreras, Pablo; Lovera, Domingo. “Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena. *Revista de la Facultad de Derecho*, 87 (2021): 348.

¹⁷³ Para Yuri Gahona, la funa cumple una doble función. Por una parte, identificar a las personas responsables de las violaciones de los DDHH. Por otra, reconstruir memoria histórica dentro del país, en un contexto de post-dictadura. En ese sentido revisar: Gahona, Yuri. “Si no hay justicia... hay funa”. *Revista Virtual ILAS*, 3 (2003). Disponible en línea en: http://www.archivochile.com/Derechos_humanos/FUNA/hhddfuna0000a.pdf

Para ANA ROS, la Comisión Funa es un espacio de acción política que nace como respuesta al clima de apatía y de impunidad que se vive en Chile a fines del siglo veinte. En ese sentido, la detención de Pinochet en Londres fue un elemento de cambio porque desde ese evento la idea de ajusticiamiento pasó a configurarse como un ideal posible.¹⁷⁴

Para CLARK, existe tensión en el concepto de cancelación¹⁷⁵. Por una parte, los grupos de poder lo asocian con situaciones de censura hacia su persona que genera un daño en su persona. Por otra parte, para grupos marginalizados lo entienden como una crítica a las desigualdades sistemáticas. A través de redes sociales, los usuarios analizan la conducta considerada “injusta” y proponen soluciones, por ej. Solicitar la renuncia del cancelado.¹⁷⁶

En esta fase podemos reconocer, según SCHMEISSER, ciertos elementos diferenciadores del fenómeno: (a) protesta de carácter presencial y pacífica, (b) realizada contra personas que perpetraron actos contrarios a los derechos humanos, (c) realizada en Chile desde fines del siglo XX, (d) por parte de familiares de personas “detenidos desaparecidos” e instituciones similares.¹⁷⁷

La “segunda fase” que han vivido las funas, creemos va de la mano con la proliferación de las redes sociales, donde las personas pueden ejercer su libertad de expresión sin necesidad de un intermediario.¹⁷⁸ Debemos tener en cuenta que el modelo actual de redes sociales ya no es de carácter unilateral, más bien se centra en la interacción bilateral entre usuarios y la generación de contenido por estos.¹⁷⁹

En esta fase, los elementos constituyentes de la funa varían: (a) una publicación en redes sociales, (b) ejercida contra quien haya cometido un acto considerado ilegal o injusto, (c) en el

¹⁷⁴ Schmeisser, Carol. “La funa: Aspectos históricos”... Op. cit.: 15.

¹⁷⁵ CLARK entrega una definición preliminar de lo que entiende por cancelación: “*La decisión de desviar la atención de alguien o algo cuyas acciones, discurso o valores son tan ofensivos, que uno ya no quiere dedicarles su presencia ni tiempo*”. En ese sentido revisar: Clark, Meredith. “DRAG THEM: A brief etymology of so-called “cancel culture.” *Communication and the Public*, 5(3–4) (2020): 88.

¹⁷⁶ Ibid: 88–91.

¹⁷⁷ Schmeisser, Carol. “La funa: Aspectos históricos”... Op. cit.:17.

¹⁷⁸ Contreras, Pablo; Lovera, Domingo. “Redes sociales, funas, honor”... Op. cit.: 348-349.

¹⁷⁹ Schmeisser, Carol. “La funa: Aspectos históricos”... Op. cit.: 20.

contexto de medios de comunicación masivo y (d) por quien se considerado vulnerado en sus derechos.¹⁸⁰

En nuestro país, las funas por violencia de género se inician a partir del 2017 con la publicación de la ex – pareja de Camilo Castaldi, integrante de la banda “Los Tetas”. En aquella publicación, se denuncia violencia física y psicológica que tendía a empeorar por el uso de drogas por parte de Camilo Castaldi. Desde entonces, los casos de violencia de género que se dan a conocer a través de funas en redes sociales han aumentado exponencialmente.¹⁸¹

Se han entregado distintos argumentos para la validación o no de las funas por violencia de género. Por una parte, DIAZ-MUÑOZ establece que: (a) para paliar el dolor causado por el acto de violencia de género es más efectivo recurrir al apoyo del círculo cercano y/o recurrir a un experto del área de la salud mental, (b) si se recurre a la funa dado que la víctima no cree en la efectividad de los medios tradicionales de justicia, estamos en presencia de un caso de autotutela, (c) se estaría infringiendo el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal, en tanto, se estaría dando el tratamiento de “culpable” a la persona funada sin haberse iniciado siquiera un procedimiento en su contra que resguarde sus garantías judiciales básicas y (d) las funas son atentorias contra el derecho a la honra establecido en el artículo 19 número 4 de la Constitución.¹⁸²

Por otra parte, el CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO (HUMANAS), valida la funa a través de los siguientes argumentos: (a) no existe realmente un ánimo de hacer justicia por mano propia, la intención principal es contar su experiencia (vinculada a la violencia de género) y lograr una instancia de catarsis, (b) dado que la mayoría de los abusos sexuales ocurren en el ámbito clandestino, sin testigos o registros, la funa aparece entonces como un medio de reparación ante el injusto cometido.¹⁸³ En sentido similar, POWELL cree que los sistemas penales actuales no han sido capaces de lograr 2 objetivos importantes al enfrentar delitos sexuales: (a) empoderar a las víctimas y que recuperen la sensación de “control” respecto de sus

¹⁸⁰ Ibid: 21.

¹⁸¹ Ibid: 19-20.

¹⁸² Díaz-Muñoz, Andrea. “Las funas en redes sociales y su implicancia en el derecho”, *Enestrado*, 4 de agosto de 2021. Disponible en: <https://enestrado.com/las-funas-en-redes-sociales-y-su-implicancia-en-el-derecho-por-andrea-diaz-munoz/>

¹⁸³ *Humanas*. Disponible en: <https://www.humanas.cl/es-la-funa-realmente-una-forma-de-punitivismo/>

vidas y (b) poder contar su relato en sus propios términos (y no caer en la dinámica ritualista del proceso penal).¹⁸⁴

2.2 Una mirada inicial a los datos

Para partir, es necesario aclarar que se analizará una muestra de 24 sentencias dictadas por la Tercera Sala de la Corte Suprema¹⁸⁵, que se pronuncian sobre recurso de apelación de acciones de protección presentado con ocasión de una vulneración a la garantía constitucional del derecho al honor establecida en el artículo 19 N°4 de nuestra Carta Magna (y que se vincula, además, con la garantía constitucional de la libertad de expresión del artículo 19 N°12).

Como establecí al inicio del trabajo pretendo adherir al modelo actitudinal para el análisis de sentencias. El modelo es definido por Carbonell y Pardow como aquel que “*Consiste en utilizar sentencias divididas, agrupar a los jueces que tienden a votar juntos y luego tratar de explicar dichas coaliciones a partir de similitudes políticas, religiosas o morales.*”¹⁸⁶ Ahora bien, se debe hacer una aclaración inicial dado que: 1. la muestra de sentencias puede calificarse de reducida, y 2. atendido que de las 24 sentencias de la Corte Suprema solo 5 cuentan con disidencias¹⁸⁷ el Coeficiente de Prittchet¹⁸⁸ obtenido, al comparar cómo se comportan distintos pares de jueces, tendrá valores elevados.

¹⁸⁴ Powell, Anastasia. 2015. “Seeking Rape Justice: Formal and Informal Responses to Sexual Violence through Technosocial Counter-Publics”. *Theoretical Criminology* 19 (4): 581-83.

¹⁸⁵ Queremos aclarar que esta sala de jueces se dedica a ver los asuntos constitucionales y contenciosos administrativos. Además, quiero aclarar que el criterio principal para seleccionar estas sentencias es que corresponden a una época inmediatamente posterior tanto al Movimiento Feminista del año 2018 y al Estallido Social que inició el año 2019, y creía plausible que esto afectará como los jueces percibían la tensión entre el derecho al honor y libertad de expresión especialmente en casos de funas por violencia de género

¹⁸⁶ Pardow, Diego; Carbonell, Flavia, “Buscando al juez mediano” ... Op. cit.: 485.

¹⁸⁷ Para efectos de este trabajo ocuparemos el vocablo disidencias en sentido amplio. Esto implica que para efectos de este trabajo tanto las prevenciones de un Ministro/Abogado Integrante como las disidencias propiamente tal. Lo anterior, dado que en las prevenciones el Ministro/Abogado Integrante puede entregar nuevos argumentos para fundar su decisión o estar en contra de varios considerandos. En ese sentido véase: Pardow, Diego; Carbonell, Flavia, “Buscando al juez mediano” ... Op. cit.: 489.

¹⁸⁸ Debemos recordar que el enfoque de Prittchet nos permite elucidar cuales votan juntos y con qué frecuencia. Asignaré los siguientes valores al voto de cada par de ministros de la siguiente manera: (A) Dentro de una sala, si votan en el mismo sentido, el valor asignado al voto será de 1. (B) Dentro de una sala, si votan en sentidos opuestos, el valor asignado al voto será un -1. (C) Posteriormente, entre cada par de ministros, obtengo el promedio entre sus “interacciones”, al sumar los valores obtenidos y dividiéndolo por el total de interacciones.

A continuación, se presenta la participación de los Ministros y/o Abogados Integrantes de la muestra de 24 sentencias anteriormente mencionada:¹⁸⁹

Tabla N°1 y N°2: Participación de Ministros y Abogados Integrantes

Nombre ministro	Número de sentencias en que participó	Nº de veces que formó parte del voto mayoritario	Nº de veces que formó parte de la disidencia
A. María Sandoval	22 veces	21 veces	1 vez
B. Sergio Muñoz	21 veces	19 veces	2 veces
C. Ángela Vivanco	17 veces	Todas	Ninguna
D. María Repetto	8 veces	7 veces	1 vez
E. Adelita Ravanales	4 veces	Todas	Ninguna

Nombre Abogado Integrante	Número de sentencias en que participó	Nº de veces que formó parte del Voto mayoritario	Nº de veces que formó parte de la disidencia
A.2 Jorge Lagos	12 veces	11 veces	1 vez
B.2 Álvaro Quintanilla	11 veces	11 veces	Ninguna
C.2 Pedro Pierry	9 veces	7 veces	2 veces
D.2 Julio Pallavicini	5 veces	4 veces	1 vez

¹⁸⁹ En este sentido quiero aclarar que se descartó graficar a Ministros/Abogados Integrantes que hayan participado en 3 fallos o menos, con el fin de poder obtener mayor certeza en la medición del Coeficiente Pritchett.

De la muestra anterior, se colige que los Ministros u Abogados Integrantes con una participación mayor al 70% de los fallos totales, serían 3 Ministros: María Sandoval, Sergio Muñoz y Ángela Vivanco.

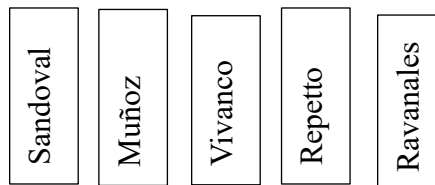
2.3 Correlación de votos

Para la conformación de las parejas de jueces (en primer lugar, la de ministros), construimos un trío de columnas que contenían la siguiente información relevante: 1. Rol de sentencia en que concurren el par de ministros que se busca estudiar, 2. la asignación de un valor de 1, si los ministros votasen en un mismo sentido, o -1 si votan en sentidos opuestos.

Posteriormente, entre cada par de ministros, obtengo el promedio entre sus “interacciones”, al sumar el valor de cada interacción (que pueden tomar el valor de 1 o -1) y dividir el valor obtenido según el número de interacciones.

Tabla N°3: Coeficiente de Pritchet obtenido con ocasión de interacciones entre Ministros de la Corte Suprema

Sandoval	—	20	16	6	2
Muñoz	0,800	—	15	6	3
Vivanco	0,875	0,867	—	1	3
Repetto	0,667	0,667	1,000	—	1
Ravanales	1,000	1,000	1,000	1,000	—



Del gráfico anterior, se pueden derivar 4 conclusiones: 1) Sandoval en relación con casi todos los ministros tiende a disentir en un grado relevante (la excepción a esta regla es la ministra

Ravanales), 2) Ravanales es una ministra que, en principio, se muestra como una persona que busca evitar los disensos dentro de la Tercera Sala, en tanto no se observa ningún disenso con los demás ministros, 3) en los casos en que las interacciones no sobrepasasen los 3 eventos, se puede aseverar con menor certeza que los jueces actuarían en coaliciones constantemente, 4) la dupla Sandoval – Muñoz es la que cuenta con mayor número de interacciones y se colige de la tabla que tienden a fallar en conjunto, la probabilidad es de un 90%.

También se realizó un análisis de la correlación de votos entre los abogados integrantes respecto de los ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema (específicamente Sandoval, Muñoz, Vivanco, Repetto y Ravanales):

Tabla N°4: Coeficiente de Prittchet obtenido con ocasión de interacción entre Abogados Integrantes y Ministros de la Corte Suprema

Pallavicini	0,600	0,600	0,600	N/A	N/A
Lagos	0,818	0,636	0,667	1,000	1,000
Quintanilla	0,800	1,000	1,000	1,000	1,000
Pierry	0,333	0,500	0,500	N/A	N/A
	Sandoval	Muñoz	Vivanco	Repetto	Ravanales

Tabla N°5: Número de interacciones entre Abogados Integrantes y Ministros de la Corte Suprema

Pallavicini	5	5	5	N/A	N/A
Lagos	11	11	6	6	2
Quintanilla	10	10	10	5	1
Pierry	9	8	8	N/A	N/A
	Sandoval	Muñoz	Vivanco	Repetto	Ravanales

De los 2 gráficos anteriores, se pueden derivar las siguientes conclusiones: 1) Quintanilla es un abogado integrante que busca evitar los disensos a la hora de fallar los casos que entran a su conocimiento, 2) respecto de Pierry, existe una alta probabilidad que forme parte del voto disidente a la hora de fallar los casos (algo similar se puede decir de Pallavicini en menor grado), 3) Si Lagos interviene en apelaciones con los ministras Repetto y/o Ravanales, tenderán a fallar conjuntamente.

2.4 Tendencias observadas

De las 24 sentencias que se utilizaron para este análisis, se dividirá su tratamiento en 3 ejes temáticos: a) funas en el contexto de violencia de género, b) funas en sentido amplio (excluyendo los casos de violencia de género) y c) medios de comunicación.

2.4.1 Funas en el contexto de violencia de género

Para el conjunto de sentencias que versan sobre funas con ocasión de violencia de género, estableceremos cómo fallarían tanto un juez de ideología¹⁹⁰ liberal, como uno de ideología conservadora. El juez de ideología liberal tendería a fallar protegiendo la garantía de libertad de expresión (art. 19 N°12 de la CPR), fundado en argumentos que ya se han analizado con anterioridad en este trabajo: a) la funa tendría como intención principal relatar una experiencia personal y poder obtener una instancia de catarsis y b) la funa permitiría empoderar a las víctimas de violencia de género.¹⁹¹ El juez de ideología conservadora, en cambio, buscaría proteger el derecho a la honra (art. 19 N°4 CPR), fundado principalmente en 2 razones: a) la funa sería un caso donde el emisor estaría cometiendo un acto de autotutela y b) se infringiría la presunción de inocencia establecida en el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal, al dar un tratamiento de “culpable” a la persona funada sin siquiera haberse iniciado un procedimiento judicial en su contra.¹⁹²

Si aplicásemos el *proxy* relativo a que la ideología del juez estuviese determinada por el presidente de turno que lo nombró en su puesto¹⁹³, esto referido tanto a los ministros de la Tercera Sala como a los abogados integrantes, obtendríamos los siguientes resultados: (donde: C = ideología conservadora, L =ideología liberal y N = sin ideología)

¹⁹⁰ Entendemos ideología, siguiendo el modelo actitudinal, el cual establece que los jueces fallaran el caso en concreto siguiendo sus valores (de índole político). Es decir, el juez A falló de determinada manera porque es de ideología liberal. En ese sentido ver: Fischman, Joshua; Law, David. “What is judicial ideology and how do we measure it?”. *Journal of Law & Policy*, 29 (2009): 139.

¹⁹¹ En ese sentido revisar: Powell, Anastasia. 2015. “Seeking Rape” ... Op. cit.: 581-83 y *Humanas*. Disponible en: <https://www.humanas.cl/es-la-funa-realmente-una-forma-de-punitivismo/>

¹⁹² Díaz-Muñoz, Andrea. “Las funas en redes sociales y su implicancia en el derecho”, *Enestrado*, 4 de agosto de 2021. Disponible en: <https://enestrado.com/las-funas-en-redes-sociales-y-su-implicancia-en-el-derecho-por-andrea-diaz-munoz/>

¹⁹³ Fischman, Joshua; Law, David. “What is judicial ideology and how do we measure it? *Journal of Law & Policy*, 29 (2009): 167-168.

Tabla N°6: Nombre Ministro de Corte Suprema y Presidente que los nombra en el cargo

Nombre ministro	Presidente que los nombra
A. María Sandoval (C)	Sebastián Piñera (2011)
B. Ángela Vivanco Martínez (C)	Sebastián Piñera (2018)
E. María Repetto García (C)	Sebastián Piñera (2019)
F. Adelita Ravanales (C)	Sebastián Piñera (2020)
G. Leopoldo Llanos Sagrista (C)	Sebastián Piñera (2019)
I. Rodrigo Biel (N)	Actúa como ministro suplente
J. Juan Shertzer (N)	Actúa como ministro suplente
K. Sergio Muñoz Gajardo (L)	Ricardo Lagos (2005)
L. Juan Muñoz Pardo (N)	Actúa como ministro suplente

Tabla N°7: Nombre Abogado Integrante y Presidente que los nombra en el cargo

Nombre Abogado Integrante	Presidente	que los nombra
A.2 Pedro Pierry (L)	Michelle (2018)	Bachelet
B.2 Jorge Lagos Gatica	Sebastián (2019)	Piñera
C.2 Julio Pallavicini (L)	Michelle (2018)	Bachelet
D.2 Álvaro Quintanilla (L)	Michelle (2018)	Bachelet
E.2 Diego Munita (L)	Michelle (2018)	Bachelet
F.2 Leonor Etcheberry (L)	Michelle (2018)	Bachelet

Tabla N°8: Resultados votación sentencias en la temática de funas por violencia de género

Rol	Ministros	Abogados Integrante	Resultado votación según proxy	Que garantía prevaleció
(10) 94954 - 2020	María Sandoval (C), Ángela Vivanco (C), y Leopoldo Llanos (C)	Álvaro Quintanilla (L), y Pedro Pierry (L)	3-2 (prevalece postura conservadora)	D° a la libertad de expresión
(11) 127201 - 2020	María Repetto (C), Adelita Ravanales (C) y Rodrigo Biel (N)	Álvaro Quintanilla (L), Jorge Lagos (C)	3-1 (prevalece postura conservadora)	D° a la honra
(14) 90.737 - 2020	Sergio Muñoz (L), María Sandoval (C) y Ángela Vivanco (C).	Jorge Lagos (C) y Pedro Pierry (L)	3-2 (prevalece postura conservadora)	D° a la honra
(18) 104785 - 2020	Sergio Muñoz (L), María Sandoval (C), y Ángela Vivanco (C)	Álvaro Quintanilla (L) y Jorge Lagos (C)	3-2 (prevalece postura conservadora)	D° a la honra

Si predijéramos los resultados de la votación de los jueces en base a la ideología de estos, en los 4 casos terminaría por prevalecer la postura de ideología conservadora, es decir, es más probable que se proteja la garantía constitucional del derecho al honor. Ahora bien, en la práctica fueron 3 casos de los cuales se protegió tal garantía, esto quiere decir que el proxy ocupado predijo con un 75% de acierto los resultados del veredicto de los jueces de la Tercera Sala. En las líneas que siguen, daremos cuenta de las tendencias observadas en esta materia:

1. En primer lugar, si dentro de los antecedentes presentados por el recurrente, no se tiene certeza que los perfiles de redes sociales que difundieron la funa -por violencia de género- correspondan a las partes recurridas, se rechaza el recurso presentado¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Ahora bien, el voto de minoría disiente de este razonamiento por 2 razones: a) que las recurridas no hayan evacuado el informe solicitado no puede ser una circunstancia que las beneficie, b) existe una presunción que las recurridas si compartieron dado que las cuentas de redes sociales se corresponden con los nombres de las recurridas (además tampoco la autoría de las publicaciones. En ese sentido ver: **Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N°94.954-2020.**

2. En segundo lugar, varias sentencias comparten un determinado concepto del derecho a la propia imagen: *“Referido a una proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el nombre, un signo genuino de identificación de todo individuo”*. A pesar de no estar explícitamente protegido a nivel constitucional, la jurisprudencia y doctrina nacional creen que sí se encuentra tutelado por el artículo 19 N°4 de la Constitución, al vincularse directamente con el derecho a la vida privada.¹⁹⁵ Respecto del derecho a la propia imagen, se estaría frente a su dimensión negativa, que se refiere al derecho de impedir que terceros sin autorización: capten, reproduzcan o difundan esa imagen, cualquiera sea la finalidad con la que se piense ocupar.¹⁹⁶
3. Ciertas sentencias comparten el siguiente razonamiento: (1) se realiza una publicación en redes sociales donde se le atribuye la comisión de un delito sexual a cierta persona, (2) existen una serie de comentarios que reaccionan frente a dichas afirmaciones, (3) la persona sindicada como agresora no tiene capacidad de respuesta, (4) dado todo lo anterior, se tiende a distorsionar gravemente la imagen pública de la persona funada, y, por ende, se entiende vulnerado su derecho a la honra¹⁹⁷.
4. No afecta la garantía del artículo 19 N°4 los relatos personales de víctimas de violencia de género que no atribuyan la comisión de delitos a terceros (y además suban imágenes del supuesto agresor sin su consentimiento).¹⁹⁸

2.4.2 Funas en sentido amplio

Respecto al segundo conjunto de sentencias el cual se compone de 11 casos, la Tercera Sala tuvo una ligera preferencia por proteger la garantía constitucional del artículo 19 N°12, esto es, la

¹⁹⁵ En ese sentido veasé: **Recurso de protección, Rol CS N°127.201-2020; Recurso de protección, Rol CS 90.737-2020; Recurso de protección, Rol CS N°104.785-2020.**

¹⁹⁶ **Recurso de protección, Rol CS N°104.785-2020, considerando 7°.**

¹⁹⁷ **Recurso de protección, Rol CS N°127.201-2020, considerando 10° a 13° y Recurso de protección, Rol CS N°90.737-2020, considerando 12°.**

¹⁹⁸ **Recurso de protección, Rol CS N°90.737-2020, considerando 13°.**

libertad de expresión (en 6 casos de los 11 casos). A continuación, se dará cuenta de las principales tendencias observadas:

1. En primer lugar, en la sentencia **Rol CS 72.061-2020** se estableció un estándar de lo que implicaría periodismo investigativo en virtud de la ley 19.733: a) estar en posesión del respectivo título universitario (reconocido válidamente en Chile) que acredite al sujeto como periodista y b) la publicación realizada emane de los métodos de investigación periodísticos: *“recopilación de datos objetivos, consulta a fuentes abiertas y transparentes de información, neutralidad, verdad, ausencia de sesgo”*¹⁹⁹.
2. En segundo lugar, si de las expresiones proferidas por la persona que realiza la publicación en redes sociales no se puede distinguir bien si ellas van dirigidas en contra de un órgano público o un trabajador de este, entonces no se puede concluir que exista una vulneración del derecho a la honra (artículo 19 N°4 de la Constitución)²⁰⁰.
3. En tercer lugar, para que una funa sea susceptible de vulnerar el derecho a la honra del actor, de acuerdo con la Corte Suprema, deben concurrir 2 requisitos: a) las expresiones contenidas en la funa deben ser de un gran calibre ofensivo (o, en su defecto, los comentarios que realicen usuarios con ocasión de la publicación)²⁰¹ y b) no debe existir posibilidad de respuesta o contrargumentación por parte del ofendido.

¹⁹⁹ **Recurso de protección, Rol CS N° 72.061-2020**, considerando 9°.

²⁰⁰ **Recurso de protección, Rol CS N° 104.499-2020**.

²⁰¹ Ejemplos de lo anterior hay varios: **a)** en el caso **Rol CS N° 144.091-2020** se refieren en una publicación online a una funcionaria de la salud como “parece drogadicta” o tiene “aliento etílico”, **b)** en el caso **Rol CS 125.688-2020**, la publicación realizada dio pie a comentarios tales como: “abusadora”, “cruel” y “llamados a hacerle una funa”, **c)** en el caso **Rol CS N° 104.773-2020** se imputan “pagos irregulares” a una funcionaria de la Municipalidad en su período de vacaciones, **d)** en el caso **Rol CS N° 112.349-2020** se publica un video de una reunión de la Asociación Gremial de Mariscadores y Pescadores, en el título se trata a su presidente de “traidor”. Además, en los comentarios se le imputa haber recibido sobornos por parte de la minera Dominga Andes Iron para que revocara la defensa de FIMA respecto de la Asociación Gremial en comento, **e)** en el caso **Rol CS 72.061-2020** a un funcionario de salud de la comuna de La Pintana, en publicaciones por redes sociales, se lo tilda de: **i.** “rey de las licencias médicas” con ocasión de un reportaje, **ii.** se lo caracteriza de alcohólico y **iii.** se le imputa que acciones suyas faltaron a la probidad. Todas estas expresiones (o acusaciones) deben mirarse en conjunto.

4. En cuarto lugar, también es interesante mostrar las expresiones que no alcanzan a constituir una ofensa de gran calibre a juicio de la Corte Suprema: a) en el caso **Rol CS 104.519-2020** se determinó que el calibre de expresiones como: *“el nivel de presión de esta institución es demasiado grande con amenazas incluidas”* o *“existe una querrela contra la empresa”* (refiriéndose a la empresa Felices y Forrados SPA) no es suficiente para vulnerar el derecho a la honra de la persona jurídica en cuestión; b) en el caso **Rol CS 104.587-2020**, una publicación de Facebook dice, respecto de una matrona del Cesfam de San Pedro de la Costa: i. que tiene influencias dentro de su lugar de trabajo y ii. la trabajadora tiene falta de vocación, y se entiende que ambas expresiones no constituyen ofensas de gran calibre, al punto de afectar el derecho de honra de la trabajadora; c) en el caso **Rol CS 29.853-2019**, se determinó que el reproche realizado por la Sociedad de Debate UC a la Sociedad de Debate UChile, por la falta de protocolos idóneos para investigar incidentes de acoso y abuso sexual dentro de esta última, no constituye una ofensa de gran calibre.

5. En quinto lugar, en el caso **Rol CS 133.916-2020**, la Corte Suprema concluyó que publicaciones por redes sociales (Facebook y Twitter) solicitando reiteradamente a un deudor a que cumpla su prestación (cuando quien acciona de protección aduce que esto lo convierte una persona poco honesta), no es susceptible de afectar el derecho a la honra del actor.

6. En sexto lugar, en el caso **Rol CS 76.519-2019**, la Corte Suprema entendió que si la actora desiste su pretensión respecto de quien realizó la publicación original en Facebook, y estos dichos no difieren sustantivamente de los comentarios (dentro de la misma red social) realizados por los demás recurridos, cabe concluir que los dichos en contra de su persona no son lo suficientemente graves para afectar el derecho a la honra de quien recurre.

2.4.3 Medios de comunicación

Respecto al tercer conjunto de sentencias (6 casos), la Tercera Sala tendió a proteger la libertad de expresión y de información por sobre el derecho a la honra, lo que se justifica porque

se busca fomentar la crítica social dentro de una sociedad democrática como es el caso de Chile.²⁰²
A continuación, se dará cuenta de las principales tendencias observadas:

1. En primer lugar, el **caso Rol CS N° 33.079-2020**²⁰³ entiende la libertad de expresión ya no solamente como un derecho de carácter individual, sino más bien como un derecho colectivo: el derecho a la información en una sociedad democrática. El argumento detrás de este constructo jurídico es que, sin su establecimiento, se daría rienda suelta a la auto censura y la crítica social se vería reducida sustancialmente, afectando en último término la convivencia democrática. Por ello, el legislador ha preferido establecer un régimen de responsabilidad ulterior por abusos que se cometan al ejercer este “derecho a la información” antes que la censura previa.

En ese sentido, (1) un reportaje acerca del tráfico ilícito de vehículos robados desde Chile a Bolivia, en conjunto, a averiguar si ambos Estados han dado cumplimiento a sus compromisos de investigar los ilícitos y (2) un programa que muestra una investigación acerca de adopciones irregulares en nuestro país, corresponden a hechos de relevancia pública en donde prevalece el “derecho a la información”.

2. En segundo lugar, las sentencias **Rol CS 71.962-2020 y 79.540-2020**, nos muestran hipótesis donde se materializa claramente el derecho a la libertad de expresión (artículo 19 N°12 de la CPR). En el primer caso, se trata de una entrevista en donde una persona, desde su perspectiva vivencial, entrega una visión crítica, como usuaria del sistema de salud, del desempeño de un médico del sistema. En el segundo caso, se trata de una entrevista realizada a concejales de la municipalidad de Chillán que expresan sus aprehensiones respecto a un contrato de mantenimiento de áreas verdes entre la municipalidad y OHL SERVICIOS INGESAN S.A, dada la cuestionable gestión por parte de OHL. Cabe agregar que en ambos casos las expresiones vertidas se enmarcan en un lenguaje de respeto.

²⁰² En ese sentido revisar **Rol CS 31.817-2019**, considerando 6° y 7°.

²⁰³ Un análisis similar realiza la sentencia **Rol CS 31.817-2019**.

3. En tercer lugar, la sentencia **Rol CS 104.771-2020**, da cuenta que, para la Corte Suprema, no procede la censura previa de investigaciones que tienen por objetos sucesos de interés público. El razonamiento anterior aplica respecto de la investigación sobre la eventual existencia de una red de corrupción en la municipalidad de Alto Hospicio, que involucra a funcionarios de la entidad en comento. Ahora bien, siguiendo el caso **Rol CS 79.112-2020**, a pesar de que la emisión de un programa que contenga información de interés público no es atentatoria a la honra de una persona, sí lo son las expresiones abusivas emitidas en el programa. Las expresiones ocupadas fueron del tipo: “*Sinvergüenza*”, “*Cómo puede haber gente tan sinvergüenza, un año sin pagar la luz, ni el agua, cinco meses me debes de arriendo*”, “*Devuelve la casa*”²⁰⁴.
4. En cuarto lugar, la Corte Suprema falló en el caso **Rol CS 131.124-2020** que las imágenes y vídeos íntimos enviadas en el contexto de una relación afectiva y la posterior divulgación de estas sin el consentimiento del/la emisor(a) originario, se entiende como una vulneración al artículo 19 N°4 de la Constitución, dado que el conocimiento por terceros de las imágenes y/o vídeos constituye una intromisión no querida (de parte del afectado).

²⁰⁴ Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, **Rol N° 79.112-2020**, Considerando 1°.

Conclusiones:

1. En primer lugar, siguiendo a BORDALÍ, el proceso de protección se estableció con el fin de salvaguardar el derecho de propiedad.²⁰⁵ Lo anterior, dada la gran cantidad de expropiaciones de terrenos que se llevó a cabo en el gobierno de la Unidad Popular. Además, se buscó crear una vía de impugnación de actuaciones administrativas, dado que los tribunales del contencioso administrativo nunca vieron la luz en nuestro país.²⁰⁶
2. En segundo lugar, respecto al fenómeno de “propietarización de derechos”, siguiendo a CORRAL TALCIANI, es posible concluir que existe una especie de propiedad sobre las cosas incorporales, a través de un análisis sistemático de los artículos 565 inciso tercero, 576, 582 y 583 del Código Civil Chileno. Aquí es de especial relevancia la sinonimia lingüística que tiene lugar entre: cosas incorporales = derechos reales = derechos personales.²⁰⁷

La Comisión Ortuzar (CENC) decidió incluir en el artículo 19 N°24 de la Constitución la propiedad sobre cosas incorporales, con el argumento de que así se protege más robustamente el derecho de propiedad en su conjunto²⁰⁸. Como se vio en este trabajo, esta norma tiene el gran problema de que las Cortes pueden eventualmente empezar a fallar que cualquier posición jurídica puede ser reconducida a un “derecho de propiedad”, como, por ejemplo, funciones públicas o la reputación social.

3. En tercer lugar, como se desarrolló en el primer capítulo, la naturaleza jurídica que le correspondería al mal llamado “recurso de protección” sería la de proceso de carácter sumario dado que: a) el procedimiento donde se desenvuelve la pretensión permite garantizar los principios formativos de contradicción y bilateralidad de la audiencia y b) el demandante busca que se le resuelva una pretensión de fondo (este procedimiento no se supedita a un procedimiento principal).²⁰⁹

²⁰⁵ En un sentido similar, Arnello y Diez al presentar el proyecto de reforma legal en los 70’.

²⁰⁶ Andrés Bordalí Salamanca. “El recurso de protección entre” ... Op. cit.: 208-210.

²⁰⁷ Alejandro Vergara Blanco, “La propieritarización” Op. cit.: 284-288.

²⁰⁸ Ibid.: 291.

²⁰⁹ Andrés Bordalí Salamanca “El proceso de...”: Op cit. 55.

4. Este trabajo sigue la tesis de la inconstitucionalidad del Auto-Acordado que regula la tramitación del proceso de protección. Primero, el artículo 63 N°2 de la Constitución dice que deberá ser objeto de una ley toda materia que la CPR así lo exija. En ese sentido, el artículo 19 N°3 inciso 5 de la Constitución delega expresamente la regulación de los procedimientos al legislador y no a la Corte Suprema.²¹⁰ Segundo, la Corte Suprema no debiese quebrantar la normativa constitucional (del artículo 63 inciso 2 y artículo 19 N°3 inciso 5) fundándose únicamente en el argumento de que el Auto Acordado vigente entrega reglas eficaces y “fáciles de administrar”²¹¹.
5. En quinto lugar, se debe recordar los presupuestos que deben cumplirse para poder ejercer la “acción de protección” son que: a) la acción u omisión sea ilegal o arbitraria, b) que, con ocasión de la conducta ilegal o arbitraria, se produzca la amenaza, privación perturbación de un derecho y c) que el referido derecho se encuentre expresamente cautelado según lo establecido en el artículo 20 de la Constitución.
6. En sexto lugar, siguiendo a LARROUCAU, el proceso de protección ha evolucionado de tal manera que se ha convertido en una instancia para tutelar intereses supra-individuales. Lo anterior, queda de manifiesto respecto de la litigación en materia de ISAPRES. Específicamente, en el caso Rol CS N°12.508-2022 se establecieron medidas que van más allá de las partes del caso en concreto, por ejemplo:
 - a. **Se deja sin efecto la comunicación de Isapre Colmena Golden Cross a la Superintendencia de Salud, donde se informa el alza de un 7,6% de todos los planes de salud,** cumpliendo lo dispuesto en el artículo 198 letra e) del DFL N°1 del Ministerio de Salud.
 - b. En consecuencia, se **deja sin efecto el alza porcentual de los precios bases de todos los planes de salud administrados por la Isapre Colmena Golden Cross S.A** que se informó a la Superintendencia.

²¹⁰ Carolina Salazar Salas. “Sobre la (in)constitucionalidad del Auto Acordado que regula la tramitación”... Op. cit.: 422.

²¹¹ Felipe Valenzuela. “La conveniencia de la inconstitucionalidad: El Auto Acordado sobre el recurso de protección”, *Diario Constitucional*, 16 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-conveniencia-de-la-inconstitucionalidad-el-auto-acordado-sobre-el-recurso-de-proteccion/>

7. En séptimo lugar, los elementos esenciales de la tramitación de proceso de protección son:

- a. El plazo de interposición del recurso, siguiendo a MATURANA Y MOSQUERA, sería de 30 días. El plazo se caracteriza por ser: “*de días, continuo, legal, fatal, improrrogable y no ampliable por la tabla de emplazamiento*”.²¹² Para su cómputo, los autores recomiendan distinguir entre 3 categorías: a) hecho material: el cómputo inicia con la ejecución del acto, b) acto jurídico: el cómputo inicia con la publicación y notificación del acto en cuestión, c) acto jurídico que no se publica o notifica: el cómputo se inicia desde que el recurrente toma conocimiento de este.²¹³
- b. Por una parte, en relación con la persona del recurrente, el ordenamiento jurídico establece solo un requisito: en caso de ser presentado por una persona distinta del afectado, el tercero debe contar con capacidad para comparecer en juicio.²¹⁴ Por otra, respecto del recurrido el Auto Acordado 94-2015 en su numeral 4, establece que la calidad de parte se adquiere por la voluntad del propio recurrido.²¹⁵
- c. Como se analizó en este trabajo, el concepto de prueba es polisémico: a) como medio: mecanismo para aportar elementos a favor de cierta tesis, b) como actividad y c) como resultado: la aportación de los medios de prueba nos permitirá determinar el valor veritativo de una determinada hipótesis acerca de los hechos.

Además, la relación entre los conceptos de prueba y verdad es teleológico, dado que un conjunto de pruebas nunca nos entregará la certeza absoluta sobre la ocurrencia de un suceso. Ahora bien, de eso no se sigue que el concepto de verdad deba erradicarse de los estudios acerca de la prueba.

²¹² Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. *Los recursos...* Op.cit.: 473.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. *Los recursos...* Op.cit.: 470.

²¹⁵ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op. cit.: 172-173.

- d. Acerca del estándar de prueba, entendido como: “*un parámetro que le indique con la máxima claridad (al juez) cuando la prueba que la ha recibido es suficiente para dar un hecho como cierto*”²¹⁶, e mostró que actualmente existe un vacío regulatorio, ni el Auto Acordado 94-2015 ni la Constitución establecen el estándar probatorio que rige para un proceso de protección.
 - e. Siguiendo a LARROUCAU, las sentencias con ocasión de un proceso de protección pueden establecer derechos/obligaciones (no se limitan a constar la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta) a las partes que litigan, como, por ejemplo: “*Imponer obligaciones de hacer -como regularizar un polígono de tiro ante la Dirección de obra municipales (...) obligaciones de no hacer -no funar a un ex arrendataria por redes*”²¹⁷.
 - f. En materia de cosa juzgada, debemos recordar que es una institución jurídica que tiene por objeto la prohibición de reiteración de juicios sucesivos.²¹⁸ Siguiendo a EZURMENDIA, debiésemos interpretar la regla²¹⁹ del artículo 20 inciso primero de la Constitución como una excepción a un caso de cosa juzgada material. Ello se sigue de que se permita reabrir la disputa (que tuvo lugar previamente en un proceso de protección) en un procedimiento de lato conocimiento.
8. En octavo lugar, el derecho al honor forma parte de una categoría aún más amplia: derechos de la personalidad. Este último concepto atiende a una miscelánea de intereses jurídicos. En este trabajo se hizo un análisis histórico que da cuenta de la evolución del concepto en el ordenamiento jurídico francés. Vale la pena recalcar que la tercera (y última) fase estuvo marcada por la constitucionalización de los derechos de la personalidad. El bloque de constitucionalidad, para el caso del derecho francés, se compuso de: a) la Constitución de la

²¹⁶ Fuentes, Claudio. “Ensayo: ¿Por qué es necesario establecer un estándar de prueba en el proyecto de reforma al proceso civil?”, *REVISTA DE DERECHO -Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 37, (2020): 57.

²¹⁷ Jorge Larroucau Torres. *La tutela judicial...* Op cit.: 192.

²¹⁸ Jordi Nieva Fenoll. *La cosa juzgada: El fin...* Op. cit.:12-13.

²¹⁹ “*Sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”.

quinta república francesa, b) la declaración de derechos de 1789 y c) la sección de derechos sociales y económicos de la Constitución de 1946.²²⁰

9. El concepto de funa se entendió como un “*acto público de denuncia contra organismos o personas relacionadas con actos de represión delante de su sede o domicilio*”.²²¹ Este trabajo tiene la postura de que actualmente las funas que se llevan a cabo tienden a ser masificadas a través de las redes sociales. Además, su temática se ha alejado de la dictadura chilena y las violaciones a los Derechos Humanos que ocurrieron en ese período.²²²
10. Para el análisis de sentencias, se ocupó el modelo actitudinal. El enfoque de Pritchett permite elucidar que jueces votan juntos y con qué frecuencia. Se asignaron los valores de la votación de cada juez/abogado integrante de la siguiente manera: (a) dentro de una sala, si votan en el mismo sentido, el valor asignado al voto será de 1, (b) si votan en sentidos opuestos²²³, el valor asignado al voto será un -1, (c) posteriormente, entre cada par de ministros, se obtuvo el promedio entre sus “interacciones”, al sumar los valores obtenidos y dividiéndolo por el total de interacciones.
11. Respecto de las interacciones entre ministros, se rescatan 2 conclusiones: a) Sandoval en relación con casi todos los ministros tiende a disentir en un grado relevante, b) Ravanales es una ministra que en principio se muestra como una persona que busca evitar los disensos dentro de la Tercera Sala, en tanto, no se observa ningún disenso con los demás ministros.
12. Al analizar como interactúan al votar los abogados integrantes con los ministros de la Tercera Sala se rescatan 2 conclusiones: a) Quintanilla es un abogado integrante que busca evitar los disensos a la hora de fallar los casos que entran a su conocimiento, b) respecto de Pierry, existe una alta probabilidad que forme parte del voto disidente a la hora de fallar los casos.

²²⁰ Bruggemeier, Gert. “Chapter 5: Protection of personality interests in continental Europe: The examples of France, Germany and Italy and a European Perspective”. En *Rights of Personality in Scots Law: A Comparative Perspective*. Editado por Niall Whitty y Richard Zimmerman. (Edinburgh University Press, 2009): 318-319 y 322-325.

²²¹ Contreras, Pablo; Lovera, Domingo. “Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena. *Revista de la Facultad de Derecho*, 87 (2021): 348.

²²² Schmeisser, Carol. “La funa: Aspectos históricos”... Op. cit.: 20-21.

²²³ Como se dijo anteriormente, se ocupa el sentido de disidencia de manera amplia. Esto implica que una disidencia será: a) una prevención y b) disidencia propiamente tal.

13. Analizando el *set* de casos agrupados en la temática “funas por violencia de género” y aplicando un *proxy* que permite determinar la ideología ²²⁴ del juez según el presidente que lo nombró en el cargo. Teóricamente prevalecería en todos los casos una ideología del tipo conservadora que busca proteger el derecho a la honra (artículo 19 N°4 de la CPR). Ahora bien, en la práctica solo en 3 de los 4 casos se protegió la garantía del derecho al honor.

14. Respecto de las tendencias jurisprudenciales más relevantes en materia de “funas por violencia de género” se obtuvo lo siguiente:

- a.** La Tercera Sala desarrolló un concepto determinado del derecho a la propia imagen: *“Proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el nombre, un signo genuino de identificación de todo individuo”*. Además, a pesar de no aparecer explícitamente en la Constitución, este derecho se vincula de manera directa con el derecho a la vida privada.
- b.** Constituye una distorsión grave de la imagen pública de una persona, la siguiente serie de sucesos: a) realizar una publicación en redes sociales donde se le atribuye la comisión de un delito sexual a cierta persona, b) los comentarios de terceros que reaccionan a dicha publicación y c) la persona sindicada como agresora no tiene capacidad de respuesta.

15. Respecto de las tendencias jurisprudenciales más relevantes en materia de “funas en sentido amplio” se obtuvo lo siguiente:

- a.** Para la Corte Suprema, para que una funa sea susceptible de vulnerar el derecho a la honra del actor, deben concurrir 2 requisitos: a) las expresiones contenidas en la funa sean de un gran calibre ofensivo (o en su defecto los comentarios que se realicen con ocasión de la publicación) y b) no existe posibilidad de respuesta por parte del ofendido.

²²⁴ En el presente trabajo, establecimos que en los casos de funas por violencia de género, por una parte, un juez de ideología liberal buscará proteger la garantía constitucional de la libertad de expresión. Por otra, un juez de ideología conservadora buscará proteger la garantía constitucional del derecho al honor.

- b. A continuación, daremos cuenta de expresiones que no alcanzan a constituir ofensas de gran calibre a juicio de la Corte Suprema: a) *“el nivel de presión de esta institución es demasiado”* – *“existe una querrela contra la empresa”*, b) una publicación de Facebook que dice respecto de una matrona de un CESFAM lo siguiente: i. que tiene influencias en su trabajo y ii. la trabajadora tiene falta de vocación y c) el reproche a una Sociedad de Debate por la falta de protocolos para investigar incidentes de acoso y abuso sexual.

16. Respecto de las tendencias jurisprudenciales más relevantes en materia de “medios de comunicación” se obtuvo lo siguiente:

- a. El derecho a la información puede entenderse como un derecho de carácter colectivo. La fundamentación detrás de este derecho es que sin su presencia aumentarían los casos de auto – censura y disminuiría la crítica social, afectando en último término, la convivencia democrática.
- b. El envío de imágenes y vídeos íntimos enviados en el contexto de una relación afectiva, y su posterior divulgación arbitraria (que no cuenta con el consentimiento del emisor originario), se entiende como una vulneración del derecho a la honra. Dado que el conocimiento de las imágenes/vídeos por terceros constituye una intromisión no querida a la vida privada del afectado.

Bibliografía:

1. Aldunate Lizana, Eduardo, “La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 20 (1999): 225-241.
2. Bordalí Salamanca, Andrés. "El recurso de protección como proceso de urgencia". *Revista Chilena de Derecho* 31, n.º 2 (2004): 269–88.
3. —————. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. *Revista de Derecho* 19, n. º2 (2006): 205-228.
4. —————. “El proceso de protección”. *Revista de Derecho* 10, n. º1 (1999): 43-58. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/html/revider/v10n1/body/art03.htm>
5. —————. “El recurso de protección chileno al banquillo”. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla* 5, n. º27 (2011): 58-71.
6. Bruggemeier, Gert. “Chapter 5: Protection of personality interests in continental Europe: The examples of France, Germany and Italy and a European Perspective”. En *Rights of Personality in Scots Law: A Comparative Perspective*. Editado por Niall Whitty y Richard Zimmerman. (Edinburgh University Press, 2009): 312-347.
7. Clark, Meredith. “DRAG THEM: A brief etymology of so-called “cancel culture.”” *Communication and the Public*, 5(3–4) (2020): 88–92. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/2057047320961562>
8. Consejo General de Abogados de Chile. *Antecedentes Histórico-Jurídicos: Años 1972 – 1973*. 1era. ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1980.

9. Contreras, Pablo; Lovera, Domingo. “Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena. Revista de la Facultad de Derecho, 87 (2021): 345-371
10. Corral Talciani, Hernán. “Propiedad y cosas incorpóreas. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito.”. *Revista Chilena de Derecho* 23, n°1 (1996): 13-18.
11. “Corte de Santiago ordena al Ejército retiro de placas conmemorativas de general condenado por violaciones a los DD.HH”. *Diario Constitucional*. 30 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2019/12/30/corte-de-santiago-ordena-al-ejercito-retiro-de-placas-conmemorativas-de-general-condenado-por-violaciones-a-los-ddhh/>
12. Díaz-Muñoz, Andrea. “Las funas en redes sociales y su implicancia en el derecho”, *Enestrado*, 4 de agosto de 2021. Disponible en: <https://enestrado.com/las-funas-en-redes-sociales-y-su-implicancia-en-el-derecho-por-andrea-diaz-munoz/>
13. Diez Urzúa, Sergio. *Personas y Valores: Su protección constitucional*. 1era. ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
14. Evans Espiñeira, Eugenio. *La constitución explicada*. 3era ed. Chile: Abeledo Perrot, 2010.
15. Ezurmendia Álvarez, Jesús. “Capítulo XIII: Definitividad y cosa juzgada como reglas contraepistémicas en el proceso civil”. En *Prueba, Proceso y Epistemología, ensayos sobre derecho probatorio* editado por Jesús Ezurmendia (Santiago de Chile, Editorial Tirant lo Blanch, 2021): 541-577.
16. ————. “Eficacia positiva de la cosa juzgada e iniciativa para su introducción al proceso. Rol del juez en la vinculación de procesos conexos entre las mismas partes. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema rol: 28600/2016, del 8 de noviembre de 2016”. *Revista Ius Praxis*, 24 n°2 (2018): 673-684.

17. —————. *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada: Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law*. 1era ed. España: Bosch Procesal, 2021.
18. Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Bordalí Salamanca y Cazor Aliste, Kamel. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema complejo”. *Revista de Derecho* 14 (2003): 67-81.
19. Fischman, Joshua; Law, David. “What is judicial ideology and how do we measure it?”. *Journal of Law & Policy*, 29 (2009): 133-214.
20. Frege, Gottlob. “Sobre sentido y referencia”. En *Estudios sobre semántica* editado por Gottlob Frege, 51-85. Ediciones Orbis S.A, 1984.
21. Fuentes, Claudio. “Ensayo: ¿Por qué es necesario establecer un estándar de prueba en el proyecto de reforma al proceso civil?, *REVISTA DE DERECHO - Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 37, (2020): 51-66.
22. Gutiérrez, Arantxa; Pacheco, Juan Sebastián. “Personas”, *Proyecto Vigía*, 2021. Disponible en: <https://proyectovigia.cl/personas/>
23. Gahona, Yuri. “Si no hay justicia... hay funa”. *Revista Virtual ILAS*, 3 (2003). Disponible en línea en: http://www.archivochile.com/Derechos_humanos/FUNA/hhddfuna0000a.pdf
24. González, Joel. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, 33 n°1, (2006): 93-107.
25. Guzmán Brito, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. 2da ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
26. Hernández Gil, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. España: Editorial Ceura, (1983).

27. *Humanas*. Disponible en: <https://www.humanas.cl/es-la-funa-realmente-una-forma-de-punitivismo/>
28. Jordi, Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2da ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
29. Larroucau Torres, Jorge, “La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile”. *Revista de Derecho Privado* , n.º 37, (julio-diciembre 2019): 249-282, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.1>
30. —————. *La tutela de los derechos fundamentales*. 1 era. ed. Chile: Ediciones DER, 2021.
31. Laudan, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, (2005): 96-113.
32. Lyon, Alberto. *Personas Naturales*. 3era ed. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica, 2007.
33. Machado Martins, Priscila. “La cosa juzgada material *secundum eventum probationis* en la acción constitucional de protección”. *Revista Chilena de Derecho* 46 n.º3 (2019): 741-764.
34. Matheus López, Carlos. “Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba”. *Revista de Derechos* Vol. XIV (Junio, 2003): 175-186.
35. Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. *Los recursos procesales*. 3era. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020.
36. Navarro, Enrique Beltrán. “La justicia constitucional chilena después de la reforma de 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de leyes y el recurso de protección)”. En *LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*, editado por Eduardo Ferrer Mac Gregor y Arturo Zaldívar (Ciudad de México, Editorial Marcial Pons, 2006): 327 – 349.

37. ——— "35 años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa". *Estudios Constitucionales*, 10 n.º 2 (2012): 617–42.
38. Nieva Fenoll, Jordi. *La cosa juzgada: El fin de un mito*. 1era. ed. España: Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010.
39. Nogueira Álcala, Humberto. "El recurso de protección en Chile". *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 3 (1999): 157–80.
40. Palomo Valdés, Diego. "Recurso de protección en Chile: Luces y sombras y aspectos que requieren cambios". En *Estudios en homenaje a Hector Fix Zamudio* (Ciudad de México): 511 – 566.
41. Pardow, Diego; Carbonell, Flavia, "Buscando al juez mediano: estudio sobre a la formación de coaliciones en la tercera sala de la Corte Suprema", *Revista de Ciencia Política PUC*, 38 N°3, (2018): 485-505.
42. Pierry Arrau, Pedro. "El recurso de protección y lo contencioso administrativo". *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 1, n°1 (1977): 153-173.
43. Powell, Anastasia. 2015. Seeking Rape Justice: Formal and Informal Responses to Sexual Violence through Technosocial Counter-Publics. *Theoretical Criminology* 19 (4): 571–88.
44. Salah Abusleme, María. "La doctrina de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa", *Revista de Magister y Doctorado en Derecho* N°2 (2009): 189-202.
45. Salas Salazar, Carolina. "Sobre la (in)constitucionalidad del Auto Acordado que regula la tramitación y fallo de la acción de protección. Un comentario a la sentencia Rol 1557 del Tribunal Constitucional" *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 18 N°2 (2011): 417-427.

46. Schmeisser, Carol. “La funa: Aspectos históricos, jurídicos y sociales”. Tesis, Universidad de Chile, 2019.
47. Searle, John. *La construcción de la realidad social*. 1era ed. Barcelona: Paidós, 1997
48. Soto Kloss, Eduardo. *El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*. 1. ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1982.
49. —————. “Comentario al caso del Párroco San Roque (o ayunantes)”, *Revista Chilena de Derecho* 12 (1985): 147-162.
50. Rangel, Arístides. “Medidas cautelares innominadas”. *Revista del instituto colombiano de derecho procesal*. n° 8 (1989): 85 – 111.
51. Ríos, Lautaro. “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”. *Revista de Derecho Coquimbo* N°2 (1995): 27-50.
52. Romero Seguel, Alejandro. *La cosa juzgada en el proceso civil chileno: Doctrina y Jurisprudencia*. 1ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
53. ————. “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección”. *Revista Chilena de Derecho* 26 n°2 (1999): 503-515.
54. Valenzuela, Felipe. “La conveniencia de la inconstitucionalidad: El Auto Acordado sobre el recurso de protección”, *Diario Constitucional*, 16 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-conveniencia-de-la-inconstitucionalidad-el-auto-acordado-sobre-el-recurso-de-proteccion/>
55. Vergara Blanco, Alejandro, “La propieritarización de los derechos”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 14 (1991-1992): 281-291.

56. Vásquez Márquez, José Ignacio. “El control de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema”, *Revista de Derecho Público* 72 (2015): 198-210.
57. Zúñiga Urbina, Francisco. “Control de Constitucionalidad de Auto Acordados”, *Estudios Constitucionales* 9 N°1 (2011): 398-418.
58. Zuñiga Fajuri, Alejandra. “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria”, *Estudios Constitucionales* 9 N°1 (2011): 37-64.

Jurisprudencia citada

1. Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, Recurso de protección, Rol N° 133-2021.
2. Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de protección, Rol N° 98041-2022.
3. Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de protección, Rol N° 74079-2017.
4. Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, Recurso de protección, Rol N° 37406-2020.
5. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 76389-2020.
6. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección Rol 144.276-2020.
7. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 24.602-2018.
8. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N°39.697-2017.
9. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 12.508-2022.
10. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 31.817-2019.
11. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 71.962-2020.
12. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N°79.540-2020.
13. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 33.079-2020.
14. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 29853-2019.
15. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 104.499-2020.
16. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 104.519-2020.
17. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 104.587-2020.
18. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 94.954-2020.
19. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 127.201-2020.
20. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 122.294-2020.
21. Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 79.112-2020.

- 22.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N°90737-2020.
- 23.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N°144.091-2020.
- 24.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 72.061-2020.
- 25.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 104.785-2020.
- 26.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 131.124-2020.
- 27.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 125.688-2020.
- 28.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 133.916-2020.
- 29.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 76.519-2019.
- 30.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 104.773-2020.
- 31.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 100.815-2020.
- 32.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 112.349-2020.
- 33.** Sentencia de Corte Suprema, Recurso de protección, Rol N° 104.771-2020.
- 34.** Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 18 de agosto de 2011, Rol N° 1557.
- 35.** Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 5 de diciembre de 2011, Rol N°1907

