

Los Terceros en el Recurso de Protección

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

“LOS TERCEROS EN EL RECURSO DE PROTECCION”

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memorista: Luis Alberto Aninat Urrejola

Profesor Guía: José Bernales Pereira

Año 2003

INDICE

Indice	i
Abreviaturas	iv
Introducción	1
I Parte: El Recurso de Protección	3
1. Concepto de Recurso de Protección	3
2. Historia Fidedigna del Establecimiento del Recurso de Protección	3
a) Antecedentes Históricos	3
b) Antecedentes Mediatos	6
c) Antecedentes Inmediatos	8
3. El Recurso de Protección en la Constitución de 1980: Contenido y Alcances	11
a) A Quién Protege	12
b) Qué Protege	13
c) Frente a Qué Protege	16
d) Cuándo Protege	21
e) Cómo Protege	23
4. Naturaleza Jurídica del Recurso de Protección	24
a) Tres Opiniones y Nuestra Posición	25
b) Características de la Acción de Protección	30
II Parte: Regulación Procesal del Recurso de Protección	34
1. Contenido del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso	

<u>de Protección</u>	35
<u>N°1 Tribunal Competente y Plazo de Interposición</u>	35
<u>N°2 Constitución de la Relación Procesal, Partes Directas del Procedimiento y Examen de Admisibilidad</u>	39
<u>N°3 Providencia, Informe y Orden de No Innovar</u>	44
<u>N°4 Posibilidad del Ofensor o Afectado de Hacerse Parte</u>	45
<u>N°5 Diligencias Probatorias Para Mejor Resolver y Sentencia</u>	48
<u>N°6 Notificación de la Sentencia de Protección y Apelación</u>	49
<u>N°7 Vista del Recurso de Apelación</u>	52
<u>N°8 Prueba Instrumental como Medida para Mejor Resolver en Segunda Instancia</u>	52
<u>N°9 Suspensión de la Vista de la Causa</u>	53
<u>N°10 Plazo para Fallar</u>	54
<u>N°11 Condenación en Costas</u>	54
<u>N°12 Inexistencia de Casación en la Forma, Recursos</u>	54
<u>N°13 Acumulación de Autos</u>	56

N°14 Comunicación del Fallo Firme	58
<u>N°15 Medidas Compulsivas para el Cumplimiento de las Resoluciones y la Sentencia dictadas en el Procedimiento de Protección</u>	<u>58</u>
2. <u>Medidas de Protección</u>	<u>59</u>
3. <u>Características del Procedimiento de Protección</u>	<u>61</u>
<u>III Parte: Los Terceros en el Recurso de Protección</u>	<u>63</u>
1. <u>Los Sujetos en el Procedimiento de Protección</u>	<u>63</u>
2. <u>Los Terceros en el Recurso de Protección</u>	<u>67</u>
a) <u>Terceros Excluyentes en el Procedimiento de Protección</u>	<u>68</u>
	<u>ii</u>
b) <u>Terceros Coadyuvantes en el Procedimiento de Protección</u>	<u>71</u>
3. <u>La Adhesión en el Procedimiento de Protección</u>	<u>79</u>
4. <u>La Sentencia de Protección y Los Terceros</u>	<u>81</u>
<u>Conclusión</u>	<u>91</u>
<u>Bibliografía</u>	<u>94</u>
	<u>iii</u>

ABREVIATURAS

1. **RP:** **Recurso de Protección.**
2. **CPC:** **Código de Procedimiento Civil.**
3. **COT:** **Código Orgánico de Tribunales.**
4. **R. o R.D.J.:** **Revista de Derecho y Jurisprudencia.**
5. **R.G.J.:** **Revista Gaceta Jurídica.**
6. **R.F.M.:** **Revista Fallos del Mes.**
7. **Art.:** **Artículo.**
8. **Inc.:** **Inciso.**
9. **t.:** **Tomo.**
10. **Sec.:** **Sección.**
11. **Pág.:** **Página.**
12. **Op. cit.:** **Obra Citada.**

INTRODUCCION

El presente trabajo, realizado como memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, contiene, en primer lugar, una exposición sintética, pero cabal, de la que, en nuestro concepto, es la sana doctrina en relación con los alcances, contenido y naturaleza del Recurso de Protección, según se encuentra instituido en la Constitución de 1980 y en el Auto Acordado que reglamenta su tramitación y fallo. Y, a continuación, en lo que constituye la tesis de esta memoria, un análisis en torno a los límites del Recurso de Protección en relación con los terceros que pueden intervenir en su procedimiento y solicitar la protección del legítimo ejercicio de sus derechos.

Estimamos que el objeto de nuestra tesis es de la mayor relevancia práctica y doctrinaria, toda vez que dice directa relación con la naturaleza jurídica de este remedio constitucional, en términos que las diferentes conclusiones a que se pueda arribar al respecto importan una diversa conceptualización del Recurso de Protección.

Según la postura que adoptaremos –y dentro de las limitaciones de este trabajo intentaremos demostrar como la más acertada- el Recurso de Protección por su naturaleza y finalidad, sólo admite como partes directas al recurrente y al tribunal ante quien se presenta, de manera que sólo pueden solicitar protección como terceros, los coadyuvantes del recurrente.

Lo anterior, por cuanto consideramos que el autor de una acción u omisión que produzca

privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos conculcados al recurrente, que denominamos ofensor y que es comúnmente llamado recurrido, necesariamente ha de tener el carácter de tercero excluyente respecto de las partes directas del procedimiento de protección. En esa calidad, la regulación procesal del Recurso de Protección le da la posibilidad de hacerse parte, sólo para los efectos de intervenir en el procedimiento oponiéndose al recurso en igualdad de condiciones con el recurrente. Y siendo el ofensor un tercero excluyente del procedimiento de protección, no puede aceptarse, sin vulnerar la naturaleza del Recurso de Protección y los principios básicos del derecho procesal común, que existan terceros coadyuvantes del ofensor.

Para desarrollar la tesis de esta memoria y arribar a las conclusiones que se consignan al final, dividiremos la materia en tres partes: Una primera en la que propondremos un concepto de Recurso de Protección, nos referiremos a la historia fidedigna de su establecimiento y a su naturaleza jurídica, dejando sentada nuestra posición sobre el particular. Una segunda dedicada al análisis de las normas de procedimiento del Auto Acordado que regula la tramitación y fallo del Recurso de Protección. Y una tercera en la que, sobre la base de todo lo anterior, estableceremos quiénes son a nuestro juicio partes y quiénes pueden, en consecuencia, ser terceros en el procedimiento de protección. Esta tercera parte terminará con un acápite dedicado a la sentencia de protección y los terceros, tema que también presenta particularidades si es que se acepta lo que se dirá respecto de la naturaleza del Recurso de Protección y de quiénes son terceros en el procedimiento en que se tramita. Hicimos esfuerzos para que las tres partes guardaran entre sí una cierta equivalencia o correspondencia en cuanto a su extensión y profundidad.

I PRIMERA PARTE:

EL RECURSO DE PROTECCION

1. Concepto de Recurso de Protección:

El Recurso de Protección (en adelante en este trabajo aludido como RP) es una acción constitucional de carácter cautelar y autónoma que representa para el actor una concreción de su derecho constitucional de petición respecto de un órgano jurisdiccional, para que en un proceso judicial, excepcionalmente con efectos erga omnes, se proteja en un procedimiento de emergencia, el legítimo ejercicio de un derecho constitucional determinado, sin que se emita un pronunciamiento sobre el fondo del derecho ni su titularidad.

2. Historia Fidedigna del Establecimiento del Recurso de Protección:

a) Antecedentes Históricos:

Desde los inicios de nuestra tradición constitucional se contempló en los Textos Fundamentales, como base del funcionamiento de los Poderes Estatales, el principio de defensa de la Constitución misma y de los derechos y garantías ciudadanas. Este principio se formalizó en la primordial función entregada al Poder Judicial que se dio en llamar “Facultades Conservadoras”, y es dentro de ellas donde se entronca el origen y desarrollo

del RP.

Las facultades conservadoras de los tribunales de justicia constituyen también un reconocimiento formal del principio de la separación de los Poderes del Estado, en cuanto los órganos jurisdiccionales tienen el poder-deber de amparar a “todas las personas” respecto de los actos antijurídicos de otros particulares y de los demás Poderes del Estado.

Así, desde el siglo XIX, el constituyente fue creando una serie de mecanismos constitucionales garantes de los derechos fundamentales, que dieron paso al instrumento más expedito y eficaz en el amparo de estos derechos de nuestra historia jurídica, el Recurso de Protección establecido en la Constitución de 1980.

La Constitución de 1822 contempló el “Recurso de Fuerza i Protección”, como instrumento de restablecimiento de las garantías individuales cuando fueren conculcadas por acto de autoridad, y entregó su conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia. En las Constituciones de 1823 y 1833 se creó igual mecanismo. Posteriormente, en la Ley de Organización de Atribuciones de los Tribunales de 1876, el legislador entregó esta función en términos amplios a todos los tribunales de la República al disponer en su art. 3º que “[L]os tribunales tienen, además, las facultades conservadoras (...)”.

En todos estos casos, sin embargo, el rol protector de los derechos de las personas que se asignaba al Poder Judicial comprendería únicamente a la tutela de las garantías individuales respecto de actos de autoridad y no de cualesquiera persona, como ocurre en la actualidad con el RP de la Constitución de 1980.

La tradición establecida por los anteriores mecanismos de garantía y tutela constitucional de los derechos fundamentales, se vio desvirtuada en alguna medida por la Constitución de 1925 que dispuso la creación de los Tribunales Administrativos (art. 87 de la Constitución de 1925), a los que se encomendó resolver las reclamaciones contra actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas. El constituyente de 1925 entregó la creación de estos tribunales al legislador, tarea que nunca se llevó a cabo, transformándose la norma constitucional en una mera disposición programática. Como consecuencia de ello, el Poder Judicial se declaró sistemáticamente incompetente para conocer de los conflictos entre autoridades y particulares –en razón de existir tribunales especiales al efecto- y renunció así a las amplias facultades conservadoras que históricamente habían ejercido para velar por el control y protección de las garantías individuales y los derechos fundamentales de las personas.

La situación descrita se tradujo en un estado de indefensión total para los administrados, quienes ante un atropello por parte de la autoridad de sus derechos fundamentales garantizados en la Constitución (que no sea el derecho a la libertad personal que siempre estuvo protegido por el recurso de amparo) se veían desprovistos de un organismo jurisdiccional al cual recurrir para solicitar el restablecimiento de sus derechos fundamentales, incluso aquellos de la entidad del derecho de propiedad, cuando les fueren conculcados.

Este estado de cosas impulsó dos importantes iniciativas de reforma a la Constitución, en orden a devolver a la judicatura su natural competencia en la “conservación” de los

derechos fundamentales por medio de un instrumento constitucional eficaz y funcional a su protección.

b) Antecedentes Mediatos:

Un primer proyecto de reforma constitucional con esos objetivos nació del seno de nuestra Facultad, que encomendó a un grupo de profesores el estudio de la ampliación del recurso de amparo a otros derechos, distintos de la libertad personal, garantizados en la Constitución. Este proyecto de reforma se denominó “Proyecto de Reforma Constitucional para ampliar el Recurso de Amparo a todos los derechos garantizados por la Constitución Política y leyes complementarias y sancionar los abusos de poder”.

Este trabajo concluyó con la proposición de extender el recurso de amparo a la protección de todos los derechos garantidos por la Constitución. La norma que lo crearía se ubicaría en la Constitución de 1925 como art. 16 bis, a continuación del art. 16 que establecía el recurso de amparo, y otorgaría competencia para conocerlo a las Cortes de Apelaciones. El procedimiento de este recurso de amparo ampliado se establecería por los propios tribunales a través de un Auto Acordado de la Corte Suprema.

Paralelamente, los profesores Eduardo Soto y Jaime Navarrete elaboraron un proyecto que constituyó, en definitiva, el antecedente directo del RP creado por la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución de 1980. Este proyecto, a diferencia del anterior, diseñó un mecanismo independiente del recurso de amparo y no una extensión del mismo, que protegería el ejercicio de los derechos garantidos por la Constitución que se vieran

vulnerados a consecuencia de actos de autoridad y también de cualquier otra persona o entidad. Este trabajo es conocido como “Proyecto de 1972”.

El objetivo y alcance del recurso o acción que se propuso, y su procedimiento, quedaron establecidos en los fundamentos del proyecto de reforma, donde sus autores expresan: “nuestra Constitución Política sólo ha dado una protección eficaz y rápida a la libertad personal, protegiéndola contra los abusos que puedan cometer las autoridades o simples ciudadanos (...) el recurso de amparo ha permitido poner término casi inmediato a dichas situaciones abusivas, debido al procedimiento especialmente breve y eficaz contemplado en el artículo 16 de la Constitución Política, y que deja a salvo todas las acciones ordinarias adecuadas (...). Pero junto a la libertad personal, hay otros derechos que, para el afectado por actos u omisiones abusivas del poder público o de particulares con respecto a dichos derechos, pueden ser tan importantes como la libertad personal, y a veces, aún más importantes (...). Por ello se hace indispensable establecer en nuestra Constitución Política un procedimiento eficaz y brevísimo, paralelo al recurso de amparo para la libertad personal ya contemplado en ella, que permita al afectado por los abusos mencionados tener protección inmediata y evitarle daños mayores, y todo ello, y tal como es el caso de la libertad personal, sin perjuicio de las acciones civiles y criminales ante los tribunales que correspondan a que dé lugar el acto u omisión arbitrario o ilegal”.¹

Este estudio aportó los elementos esenciales de la institución, sobre los cuales el constituyente luego conformó el actual RP. Estos elementos esenciales, en nuestra opinión,

¹ Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de Protección Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1982, p. 25 y 26.

son, en primer término, el constituir un remedio pronto y eficaz para prestar inmediato amparo al afectado (cada vez que una garantía de libertad o un derecho fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales de una autoridad o particular, sean entes con o sin personalidad jurídica) mendicante una petición formulada por él mismo a la Corte de Apelaciones respectiva, para ser satisfecha directamente por este tribunal. Y, en segundo lugar, que su ejercicio deja a salvo las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico haya previsto para cautelar los derechos del agraviado.

c) Antecedentes Inmediatos:

El primer documento emitido por la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución de 1980 –también denominada Comisión de Estudio o Comisión Ortúzar, por su presidente, don Enrique Ortúzar Escobar- en relación con el contenido de la nueva Constitución, se encuentra en un *memorándum* denominado “Metas u Objetivos Fundamentales para la nueva Constitución Política de la República”. En este texto la Comisión expuso en los siguientes términos los fundamentos de la creación de un instrumento jurídico especial para garantizar las libertades y derechos fundamentales: “La Constitución organizará un Estado de Derecho, cuya misión principal ha de ser promover el bien común y proteger efectivamente las garantías fundamentales de las personas, de la familia y de los cuerpos intermedios (...). El Poder Judicial debe ser el guardián de los derechos humanos precisamente con el fin de impedir que las garantías constitucionales carezcan de eficacia jurídica; pues a nadie le debe ser negada la justicia por arbitrios procesales o secundarios o a pretexto de que no exista una ley que determine el órgano o la forma de resolver una

determinada materia (...). Finalmente, y como instrumento esencial para la adecuada protección de los derechos humanos, la Constitución chilena establecerá mecanismos expeditos para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado, en todos los casos en que una garantía de libertad o un derecho básico esté o puede estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarias de una autoridad o particular”.² De este modo, quedaron establecidas las ideas centrales que informaron la creación de, entre otras instituciones, el RP.

Llegado el momento de tratar en especial esta acción cautelar dentro de la discusión del Capítulo III de la Constitución, subsistían entre los comisionados las dos posturas que se encontraban en discusión hasta 1973; aquella elaborada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que concebía esta acción como una extensión del recurso de amparo, y la propuesta por los profesores Eduardo Soto y Jaime Navarrete, que concebía la protección judicial de los derechos individuales garantizados por la Constitución, distintos de la libertad personal, a través de una acción especial e independiente.

Fue el comisionado Enrique Evans el que presentó ante la Comisión el trabajo de los profesores Soto y Navarrete y fundó en él su convicción acerca de la utilidad de crear una acción especial diversa del recurso de amparo, que llamó por primera vez “Recurso de Protección”.

Este nuevo recurso, en la proposición del comisionado Evans, sería análogo al amparo, pero destinado a resguardar libertades y derechos distintos de la libertad personal, no obstante

² Idem., p. 29.

que en su opinión, no todos los derechos garantidos por la Constitución debieran ser objeto de la tutela que brindaría esta acción constitucional. En especial consideró que deberían estar excluidos los llamados “derechos sociales” por depender su concreción de la capacidad económica del Estado, y no del sólo hecho de vivir en el territorio nacional, que es el ámbito subjetivo de aplicación de las garantías individuales que establece el art. 19 de la Constitución de 1980.

En las sesiones destinadas por la Comisión a estudiar el que ya se denominaba Recurso de Protección (sesiones 214 y siguientes), se acepta la proposición de don Enrique Evans y se pasa a debatir el objeto y contenido del RP, precisando cada uno de los aspectos sustantivos de este instrumento.

La finalidad que persiguió la Comisión de Estudios en esta materia fue entregar a la sociedad un mecanismo garante de los derechos fundamentales y que en su regulación se bastara a sí mismo, por el sólo hecho de incluirse en la Constitución, a fin de evitar disposiciones constitucionales programáticas como las relativas a los Tribunales Administrativos en la Constitución de 1925. Para alcanzar tal objetivo, la Comisión de Estudio discutió detalladamente cada uno de los aspectos que conforman el RP hasta llegar a la actual redacción que contiene el art. 20 de la Constitución de 1980 y, además, resolvió entregar la reglamentación de su tramitación a la Corte Suprema, la que fijaría el procedimiento aplicable a través de un Auto Acordado.

3. El Recurso de Protección en la Constitución de 1980: Contenido y Alcances:

El art. 20 de la Constitución, instituye el RP en los siguientes términos:

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

Para los fines de este trabajo, estimamos indispensable establecer el sentido y alcance de las disposiciones del art. 20 de la Constitución de 1980 de manera tal que, en el acápite siguiente, podamos establecer con sólidos asideros hermenéuticos la verdadera naturaleza jurídica del RP.

Luego de la revisión de la citada norma constitucional, de las actas de las sesiones respectivas de la Comisión Ortúzar, de la bibliografía que hemos tenido a la vista y de la

jurisprudencia recaída en el art. 20 de la Constitución de 1980, analizaremos la institución del RP, respondiendo las siguientes preguntas: (a) A quién protege; (b) Qué protege; (c) Frente a qué protege; (d) Cuándo protege; y (e) Cómo protege.

a) A Quién Protege el RP:

La pregunta equivale a determinar quién puede ser el sujeto amparado por la sentencia que se dicta en el procedimiento de protección o por las medidas cautelares que puedan decretarse durante su transcurso.

El Proyecto de 1972 ya contemplaba una gran latitud respecto de las personas protegidas por el futuro RP, refiriéndose a la persona del ofendido con la expresión “quienquiera”. Ello, pues el objeto del recurso era el amparo de todos los habitantes de la República.

La Comisión de Estudio mantuvo esta misma idea, sin perjuicio de limitar, de la manera que se señaló, los derechos protegidos por el RP. Así, sobre una redacción preliminar del comisionado Ortúzar, que hace amplia referencia al agraviado a través de la expresión “el que”, la Comisión manifestó en actas que, en general, la protección del recurso en estudio se extiende a “toda ‘persona’, y en ello quedan comprendidas no sólo las persona naturales, sino también las personas jurídicas, de derecho privado y también público, sean éstas estatales o no estatales; todo ‘grupo’, incluyendo toda reunión de personas, ente, agrupación, organización, movimiento o asociación, de cualquier tipo, naturaleza o

condición”.³

Tras los trámites establecidos para el despacho de las disposiciones constitucionales elaboradas por la Comisión de Estudio y los demás órganos que intervinieron en la creación de la Constitución de 1980, el precepto constitucional que establece el RP mantuvo la redacción propuesta por la Comisión.

La jurisprudencia ha recogido el amplio sentido del sujeto a quien protege el RP al acoger en diversos fallos como sujeto legítimamente activo del recurso a personas naturales, grupos de personas, sucesiones, agrupaciones sin personalidad jurídica, entidades a las que se les cancela su personalidad jurídica, organismos públicos, y otros.

b) Qué Protege el RP:

Ya habíamos señalado que el comisionado Evans propuso delimitar la protección a determinados derechos, excluyendo los llamados derechos sociales.

Habiendo prosperado esta idea, se dejó constancia en actas de que no todos los derechos y libertades reconocidas en el art. 19 de la Constitución eran susceptibles de protección, por cuanto “hay algunos derechos que por su misma naturaleza no pueden ser objeto de este recurso, como, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho a la educación y otros que suponen prestaciones por parte del Estado” (sesión N° 216). Y que “debe exigirse que sean (los derechos cautelados) de carácter personal, que sea una garantía que se ejerce

³ Soto Kloss, Eduardo, op. cit., p. 73.

continuamente en la vida diaria de la gente, en forma general; o una libertad de carácter personal amparada en la Constitución (...) que no dependa de las prestaciones que debe suministrar el Estado” (sesión N° 214).

La órbita tutelar del RP se acotó a los derechos garantizados en el art. 19 de la Constitución que cumplieran los requisitos señalados precedentemente, estableciéndose una enumeración taxativa que recogió la redacción definitiva del RP y que comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas (Art. 19 N°1);
2. El derecho a la igualdad ante la ley (Art. 19 N°2);
3. El derecho de toda persona o ente a no ser juzgado por comisiones especiales, es decir, a ser juzgado por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido por ésta con anterioridad al hecho que se juzga (Art. 19 N°3 inc. 4°);
4. El derecho al respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (Art. 19 N°4);
5. El derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (Art. 19 N°5);
6. El derecho a la libertad de conciencia (Art. 19 N°6);
7. El derecho de cada persona de elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado (Art. 19 N°9 inc. Final);
8. El derecho a la libertad de enseñanza (Art. 19 N°11);
9. El derecho a emitir opinión e informar sin censura previa (Art. 19 N°12);
10. El derecho a reunirse sin permiso previo (Art. 19 N°13);

11. El derecho a asociarse sin permiso previo, y el derecho a no ser obligado a pertenecer a asociación alguna (Art. 19 N°15);
12. El derecho a la libertad de trabajo y su protección, también el derecho a la libre elección del trabajo y a la libre contratación, como asimismo el derecho a no verse obligado a una determinada afiliación en una organización o entidad como requisito para desarrollar una actividad o trabajo (Art. 19 N°16 en lo pertinente);
13. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (Art. 19 N°21);
14. El derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (Art. 19 N°22);
15. El derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes (Art. 19 N°23);
16. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales (Art. 19 N°24);
17. El derecho de propiedad del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie (Art. 19 N°25); y
18. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a no ser afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada (Art. 19 N°8 y art. 20 inc. 2°).

En cuanto a los anteriores derechos, la tutela que otorga el RP se refiere al “legítimo ejercicio” de los mismos por cualquiera de los sujetos señalados anteriormente. No se ampara el derecho en sí, sino su legítimo ejercicio. “Esto significa que lo que ampara el recurso de protección es una situación de pacífico y aparentemente legítimo ejercicio de un derecho determinado. Lo amparado es el statu quo vigente, la normalidad imperante en

cuanto al ejercicio del derecho al momento de cometerse la acción u omisión agravante”.⁴

De este modo, al momento de acogerse a tramitación un RP el juez deberá indagar si el derecho que el recurrente solicita que se le ampare era ejercido por éste, al menos aparentemente, conforme al ordenamiento jurídico. No podría ser de otra manera, toda vez que si el interés del constituyente fue crear un recurso o acción de carácter tutelar de emergencia, debió necesariamente excluir la protección de los derechos y limitarla al ejercicio de los mismos, pues lo contrario forzosamente supondría un pronunciamiento sobre la existencia y alcances del derecho que suscita la controversia, cuestión que escapa por completo a la naturaleza y finalidad de un recurso o acción de esta naturaleza.

Por los mismos motivos, el ejercicio del recurso no impide que al titular del derecho se le reconozca su titularidad por vías judiciales de lato conocimiento, mediante declaraciones sustantivas en un procedimiento contradictorio. Así lo establece expresamente el art. 20 de la Constitución al disponer que una vez deducido el recurso, la Corte de Apelaciones respectiva “adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

c) Frente a Qué Protege el RP:

En cuanto a las causas que pueden dar lugar a la protección del legítimo ejercicio de alguno

⁴ Errázuriz, Juan Manuel y Otero, Jorge Miguel. *Aspectos Procesales del Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1989, p. 45.

de los derechos cautelados, la Comisión de Estudio mantuvo la misma idea del proyecto base de los profesores Soto y Navarrete que, en lo que se analiza, contenía, a nuestro juicio, dos aspectos centrales para la posterior creación del actual RP. Ellas son: (1) Que la entidad de la ofensa debe encontrarse constitucionalmente formulada en términos amplios, pero no ilimitados, de modo de hacer suficientemente efectiva la garantía constitucional que se trata de proteger, sin desnaturalizar el carácter de urgente y excepcional del RP por la vía de incentivar que cualquier conflicto relativo al legítimo ejercicio de los derechos tutelados termine resolviéndose por medio de un RP; y (2) Que el ofensor puede ser cualquier persona, lo que comprende a la autoridad política o administrativa y a los individuos y entidades particulares.

De allí que la redacción del art. 20 de la Constitución haya quedado como la conocemos hoy, que en la parte pertinente dispone: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva (...)” e interponer un RP.

De este modo, se configura una situación amparable por el RP cuando copulativamente se cumplen dos situaciones de hecho: (1) Que existan actos u omisiones de la administración o de quienquiera y (2) Que ellos produzcan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos cautelados por el RP.

Nos referiremos brevemente al contenido que se ha dado a estos conceptos, tanto desde la perspectiva de la historia fidedigna de su establecimiento a que nos venimos refiriendo,

como desde su formulación jurisprudencial posterior.

1) En primer lugar, debe tratarse de actos u omisiones: (i) Por actos se entiende una actividad o hecho positivo. La acción de desplegar alguna actividad que amenace, perturbe o prive del legítimo ejercicio de algunos de los derechos amparados por el RP. La jurisprudencia ha indicado al respecto: “Es necesario que dicho peligro se deba a actos, esto es, a hecho o acción”.⁵

El hecho o actividad puede ser material o jurídico, esto es, producto de un hecho físico o de una decisión de autoridad administrativa, tales como decretos, resoluciones, permisos e, incluso, la toma de razón de la Contraloría General de la República, toda vez que, como sostiene el profesor Soto, “la toma de razón misma viene a configurarse como amenaza, pues luego de efectuarse dicho trámite en el procedimiento de elaboración del acto administrativo y notificado o publicado, adquiere existencia plena y total, estando listo para ser ejecutado o para producir plenos efectos”.⁶

ii) Por omisión se ha entendido la abstención o mera inactividad de un sujeto que esté en la obligación jurídica de hacer aquello que se le imputa no haber hecho; esta obligación puede ser de carácter constitucional, legal, reglamentaria o estatutaria. Al respecto la jurisprudencia ha resuelto que “[p]rocede acoger el RP en contra del Superintendente de Seguridad Social por no cancelar a jubilados y montepiados un reajuste de pensiones

⁵ C. Suprema, 29 diciembre 1986. R.G.J. N°78, p. 22.

⁶ Soto Kloss, op. cit., p. 84

establecido por ley”.⁷

2) En segundo término, las acciones u omisiones que sean causa del agravio materia del RP, deben ser arbitrarias o ilegales. La Comisión de Estudio nunca precisó el contenido de estos vocablos, tomando simplemente las expresiones en el mismo sentido que el Proyecto base de 1972, el cual los vincula a las ideas de abuso o capricho, sin tampoco definirlos expresamente. Sólo a partir de la doctrina y la jurisprudencia podemos aproximarnos al contenido de los conceptos en estudio.

i) En cuanto a la arbitrariedad, el profesor Soto señala que ella, en general, “indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanzar, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o aun inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, o sea una actuación carente de fundamentación”.⁸

Precisando este concepto general de arbitrariedad respecto a los actos u omisiones de la administración, hay que señalar que el concepto se vincula con la discrecionalidad y la regulación jurídica de sus actuaciones y potestades, toda vez que incluso la discrecionalidad supone el cumplimiento de la norma jurídica que confiere una determinada facultad, en términos que no puede jamás ser ejercida al margen de la razonabilidad. Y la jurisprudencia así lo ha declarado: “La discrecionalidad, concebida como una potestad pública no sujeta a la ley, vale decir, posibilidad liberadora de ciertos actos de autoridad de control jurídico que

⁷ C. Valparaíso, 18 agosto 1986, R.G.J. N° 78, p. 89.

⁸ Soto Kloss, op. cit., p. 189.

sobre ellos pudiere ejercitarse, se encuentra actualmente muy reducida desde el momento que la Constitución Política de la República ha concedido al ciudadano la acción cautelar que contempla su artículo 20 para protegerlo de toda acción u omisión ilegal que lo prive, perturbe o amenace en su derecho de dominio y demás que contempla”.⁹

ii) La ilegalidad, por su parte, ha encontrado en la doctrina y la jurisprudencia un contenido menos difuso, en el sentido que tanto jueces como juristas, interpretando el concepto en un sentido amplio, han concluido que consiste en la violación –por acción u omisión- de toda norma jurídica, incluyendo la Constitución, la ley, un reglamento, decreto o cualquier otra disposición a la cual está sujeto el actor u omisor. Tratándose de la administración, el profesor Soto sostiene “lo ilegal, en consecuencia, se daría en el ámbito de los elementos reglados de las potestades jurídicas, allí donde el agente público aparece como mero ejecutor de la ley (competencia, procedimiento, fin), y donde habrá en general un vicio de error –fruto de una negligencia- sea error en los hechos, o error en la calificación jurídica de ellos, o error del derecho aplicable”.¹⁰

En atención a que ya se encuentran ampliamente zanjadas, no nos referiremos aquí a las controversias jurídicas que se han suscitado en torno al alcance del RP, respecto de si las estipulaciones convencionales de un contrato deben entenderse como una norma jurídica, en términos tales de hacer procedente el RP ante la infracción de una obligación contractual; materia que a partir de un trabajo de los autores Andrés Jana y Juan Carlos Marín, también realizado como Memoria de Prueba en esta Facultad, se ha dado en llamar

⁹ C. Suprema, 27 abril 1989. R., t. 86, sec. 5ª, p. 20.

¹⁰ Soto Kloss, op. cit., p. 190.

“Recurso de Protección y Contratos”. De igual modo, dejaremos fuera de este acápite sobre el establecimiento del sentido y alcance del RP, lo relativo a la posibilidad de ejercerlo para impugnar resoluciones judiciales. Sólo diremos que hoy existe amplio consenso en la doctrina y la jurisprudencia en el sentido que ambas situaciones se encuentran fuera del alcance del RP.

Por último, cabe advertir que en materia de la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contenido en el art. 19 N° 8 de la Constitución, según el inciso final del art. 20 del mismo Texto Fundamental, la privación, perturbación o amenaza de su legítimo ejercicio, sólo puede provenir de una acción, no de una omisión, la que, además, debe ser copulativamente arbitraria e ilegal.

d) Cuándo Protege el RP:

Los momentos en que este remedio constitucional puede operar para proteger los derechos cautelados están determinados por los conceptos de privación, perturbación y amenaza que señala el art. 20 de la Constitución como efectos necesarios de la acción u omisión arbitraria o ilegal que motiva la interposición del RP.

El constituyente quiso crear un mecanismo amplio para amparar los derechos constitucionales, de modo que protegiera con posterioridad al evento de la conculcación de su legítimo ejercicio, esto es cuando exista “privación” de su legítimo ejercicio, y también antes y durante, esto es, ante el peligro inminente de verse amagados, en otras palabras, cuando exista una “amenaza” de verse amagados y cuando estén siendo actualmente

conculcados, vale decir, durante su “perturbación” en los términos establecidos en la Constitución.

La jurisprudencia y la doctrina han determinado los requisitos que deben cumplir cada uno de estos términos para hacer procedente el RP en los tres momentos cronológicos que hemos descrito.

i) “Para que la amenaza en el legítimo ejercicio de derechos protegidos por el art. 20 de la Constitución sea suficiente para hacer procedente el recurso de protección ha de ser seria y no ilusoria, actual, precisa y no vaga y concreta en sus resultados.”¹¹

La amenaza, normalmente provendrá de actos, jurídicos o materiales, sin perjuicio de que también pueda configurarse por omisiones, particularmente de autoridades que deban actuar sujetas a potestades regladas. En este último caso “la omisión viene a constituir una amenaza cuando del no pronunciamiento de la autoridad administrativa se sigue un efecto perjudicial o desfavorable, o de gravamen o de carga, al afectado, en razón a que éste debe con la decisión –que no se emite- efectuar una actuación o comportamiento determinado, que no puede realizar al omitir la decisión la Administración”.¹²

Las situaciones de perturbación y privación, por su parte, estuvieron contempladas desde el Proyecto base de 1972 y la Comisión de Estudio las adoptó sin alteraciones.

¹¹ C. Suprema, 1º enero 1988. R., t. 85, sec. 5ª, p. 307.

¹² Soto Kloss, op. cit., p. 86.

ii) Sobre la idea de perturbación la doctrina a dicho: “perturbación indica, o da a entender, un trastorno del orden y concierto de las cosas, o bien un trastorno de su quietud y sosiego, la alteración de una situación pacífica, tranquila y cuyo goce satisface. Esa alteración de una situación de goce tranquilo, quieto, sosegado y ese trastorno del orden en que se inserta, viene a ser el fruto de una acción u omisión de un tercero –particular o autoridad– que, siendo ilegal o arbitraria, va a hacer susceptible de interponer el recurso de protección y que sea acogido, acogimiento que se traducirá en la orden del Tribunal de hacer cesar la susodicha perturbación”.¹³

En el caso de privación del legítimo ejercicio de uno de los derechos protegidos, el profesor Soto señala que al privar se está ante las acciones de “despojar, cercenar, quitar, impedir de modo entero y total, el ejercicio legítimo de uno de los derechos amparados por el recurso de protección”.¹⁴ En este mismo sentido la jurisprudencia ha indicado: “Privación del legítimo ejercicio de un derecho consiste en apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía”.¹⁵

e) **Cómo Protege el RP:**

Según se verá más adelante, la respuesta que demos a esta pregunta resulta fundamental para ilustrarnos acerca de la naturaleza jurídica del RP.

Efectivamente, del estudio de las actas de las sesiones respectivas de la Comisión de

¹³ Idem., p. 88.

¹⁴ Idem., p. 91.

Estudio se puede apreciar que se buscaba dar remedio a las lesiones que motivaran el ejercicio del RP, principalmente, a través de la prontitud de la solución jurisdiccional. De allí que la regulación del RP entrega al tribunal competente, la Corte de Apelaciones respectiva, la determinación de las “providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. Se dejan a salvo los demás derechos y acciones que procedan para promover ante la autoridad o los tribunales correspondientes una discusión de lato conocimiento de la controversia.

Las providencias que la Corte de Apelaciones respectiva estime necesarias, también llamadas “medidas de protección”, pueden estar constituidas por cualquier medio que el tribunal considere conducente al restablecimiento del imperio del derecho en cada caso concreto. Dichas medidas no están enumeradas ni se encuentran taxativamente definidas en ningún texto legal.

4. Naturaleza Jurídica del Recurso de Protección:

Existe consenso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que el RP es una acción y no un recurso.

Bien se sabe que en Derecho Procesal los recursos son “los medios que la ley concede a la parte que se cree perjudicada por una resolución judicial para obtener que ella sea modificada o dejada sin efecto”.¹⁶ Claro es, entonces, que el RP no es un recurso, pues no

¹⁵ C. Suprema, 1º enero 1988. R. t. 85, sec. 5ª, p. 307.

¹⁶ Alejandro Solís de Ovando, *De los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición, Santiago,

persigue subsanar el perjuicio o agravio que una resolución judicial produce a una parte de un proceso, sino que, precisamente, pone en movimiento un proceso para resolver un conflicto jurídico mediante la sentencia de protección.

A lo largo de nuestra tradición constitucional el constituyente ha utilizado el término recurso no en un sentido técnico procesal, sino como medio o instrumento destinado a proteger un derecho.

En las actas de la Comisión de Estudio se habló indistintamente de acción y recurso y en ningún punto se dirimió la naturaleza propia de esta acción. Lo mismo hacía el texto original del Auto Acordado de la Corte Suprema de 29 de Marzo de 1977, y el posterior Auto Acordado de la Corte Suprema de fecha 27 de Junio de 1992 sobre la tramitación y fallo del RP. Sin embargo, la última modificación de este segundo Auto Acordado dispuso toda duda sobre el punto, al llamar en su número 1º al RP, “recurso o acción” de protección.

Queda, en todo caso, por dilucidar la naturaleza de esta acción, cuestión indispensable para arrancar, de la posición sustantiva que se adopte sobre la materia, las consecuencias procesales que sustentarán la tesis de este trabajo.

a) Tres Opiniones y Nuestra Posición:

Existen varias posturas doctrinarias sobre la naturaleza del RP. A continuación reseñaremos brevemente las que a nuestro juicio se encuentran mejor fundadas, para luego dejar sentada

nuestra postura sobre el particular.

i) Una de las posiciones más controversiales es la del profesor Eduardo Soto que concibe el RP como una acción declarativa. Funda su parecer en que esta acción “implica el ejercicio en plenitud de los poderes típicos de jurisdicción, a saber cognición, ejecución y conservación, y con preponderancia integral del principio inquisitivo”.¹⁷ Así, desde su punto de vista, iniciado el proceso al interponerse la acción de protección, termina la fase de cognición con la declaración de si se acoge o no dicha acción; de acogerse sigue la fase de ejecución, constituida por las medidas de protección o “providencias necesarias”, que implican una orden contra el ofensor, para que de este modo se logre la conservación del *statu quo* o situación jurídica existente antes del acto u omisión antijurídico agravante. Cabe además, señala el profesor Soto, dentro del proceso una fase cautelar si se solicita y acoge una orden de no innovar.

A su juicio, por tanto, la sentencia que acoge un RP declara la antijuridicidad de una acto u omisión que tiene la potencialidad de agravar, agravia o ha agraviado al recurrente en el ejercicio de un derecho tutelado por esta acción. De este modo, indica el tratadista, “pensemos que la naturaleza jurídica de la acción de protección es la de ser, en general, una acción declarativa, que persigue la declaración de un derecho o de una situación jurídica...”; y “el pronunciamiento cautelar es consecuencia de esa declaración de antijuridicidad del acto u omisión ilegal o arbitrario de un tercero...” (...). En consecuencia, “no es que la acción de protección sea una acción cautelar, en sí y de suyo. Lo cautelar no es un criterio que pueda ser referido al contenido, a la cualidad o carácter de los efectos de un acto de

jurisdicción, sino a la relación de instrumentalidad que vincula el acto procesal cautelar a un acto procesal principal”.¹⁸ Por tanto, para este autor, lo cautelar son las medidas de protección, no la acción de protección misma.

ii) Tesis absolutamente opuesta sostienen los autores Juan Manuel Errázuriz y Jorge Miguel Otero, en su obra “Aspectos Procesales del Recurso de Protección”.

Ellos conciben el RP como una acción cautelar principal. En su concepto, se debe calificar en este sentido atendiendo a su objeto, ya que la pretensión que necesariamente contendrá el RP es proteger, amparar o resguardar a alguien en el legítimo ejercicio de un derecho, exigiendo al tribunal competente que cumpla con la obligación constitucional de otorgar debida protección al afectado y restablecer el imperio del derecho.

Los autores que citamos, consideran que las medidas de protección no son accesorias a la acción de protección, ni persiguen asegurarla, sino que son consustanciales a la sentencia de protección y la forma de cumplirla, constituyendo el medio por el cual el tribunal cumple con su obligación constitucional. Los tratadistas sostienen que “las únicas medidas propiamente cautelares o precautorias que se dan en la protección son las que adopta el tribunal, durante su tramitación, para asegurar el resultado de la acción de protección”.¹⁹ Por tanto, para ellos se trata de una acción cautelar principal de rango constitucional, al igual que la acción o recurso de amparo.

¹⁷ Soto Kloss, Eduardo, op. cit., p. 247.

¹⁸ Idem., p. 248.

iii) El procesalista Francisco Hoyos, por su parte, sostiene que esta no es una acción cautelar autónoma, en el sentido de ser necesariamente cautelar, toda vez las medidas precautorias que eventualmente puede decretar el tribunal se encuentran sujetas a las declaraciones que formule en la sentencia de protección.²⁰

iv) A nuestro juicio, la naturaleza jurídica del RP corresponde a la de una acción cautelar autónoma, que debe calificarse en este sentido en atención a los siguientes elementos que le son esenciales:

1. Esta acción constitucional pone en movimiento las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia, específicamente sus facultades conservadoras de los derechos fundamentales de las personas, frente a ilegalidades o arbitrariedades, ya sea que provengan de las autoridades o particulares;
2. El objeto de la acción consiste en restablecer, sobre la base de pruebas que acrediten el statu quo vigente y “aparentemente” legítimo, el estado de cosas a su situación anterior al acto u omisión arbitraria, dejando a salvo otras acciones ordinarias, declarativas o de lato conocimiento, que el afectado puede impetrar ante los tribunales;
3. Para satisfacer su objeto el RP se tramita en un procedimiento de urgencia, lo que es propio de las medidas o acciones cautelares en nuestro sistema procesal, pero principal, no accesorio a ningún otro procedimiento, el que conforme con su finalidad –tanto

¹⁹ Errázuriz y Otero, op. cit., p. 38.

²⁰ Hoyos Henrechson, Francisco. *Temas Fundamentales del Derecho Procesal*, Editorial jurídica de Chile, 1ª

cuando es reparatorio como preventivo- es de tipo inquisitorio, sumarísimo, concentrado y no formal; y

4. Por último, atendiendo a la pretensión del recurrente, creemos que la señalada es la caracterización adecuada de esta acción, por cuanto por su ejercicio se solicita la protección al afectado mediante las providencias que el tribunal juzgue necesarias, esto es, mediante todas aquellas medidas cautelares que estime conducentes para una pronta y efectiva restauración de la situación de hecho anterior a la amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio del derecho objeto del recurso. Será únicamente esa y no otra, la pretensión del agraviado al recurrir de protección.

Sin los anteriores elementos esenciales, el RP degenera en una acción diversa de la que se tuvo en vista establecer por el constituyente, según queda de manifiesto en la historia fidedigna de su establecimiento a que nos refiriéramos en el acápite anterior. Coincidimos, por tanto, con la tesis de los autores Juan Manuel Errázuriz y Jorge Miguel Otero. Adoptamos dicha postura, pues consideramos que refleja de manera más acertada la intención y finalidad del constituyente al instituir el RP y, además, por cuanto creemos que es consistente desde el punto de vista sustantivo-doctrinario y procesal y mantiene una uniformidad de criterios sustentables y concordantes con las normas procesales generales y especiales del RP.

Esta es, por lo además, la posición predominante en la jurisprudencia, que, entre otros fallos reiterados recaídos en esta materia, se ha pronunciado sobre la naturaleza del RP en el

edición, Santiago, 1987, p. 58, 59 y 73.

siguiente sentido: “Fue establecido con el fin de servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a manifiestas violaciones de dichos derechos. (...) Se trata de una acción cautelar que permite poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales específicamente conservadoras de los tribunales de justicia, que son aquellas cuyo objeto es salvaguardar de un modo directo e inmediato los derechos fundamentales de las personas”.²¹

b) Características de la Acción de Protección:

Sentada nuestra postura sobre la naturaleza jurídica cautelar, autónoma y conservadora del recurso o acción de protección, consignaremos brevemente cuatro consecuencias de la posición adoptada, que entregarán claridad respecto de la tesis del presente trabajo:

i) No conlleva pretensión contra persona determinada: El objeto de la acción de protección, es decir, la pretensión que se quiere satisfacer mediante su ejercicio, no se dirige contra del causante del agravio que motiva el recurso, sino contra el tribunal. Las pretensiones que puedan hacerse valer en contra del ofensor, pueden satisfacerse a través del ejercicio de las acciones de lato conocimiento o las demás que procedan, las que son expresamente dejadas a salvo por el art. 20 de la Constitución.

ii) Da origen a un procedimiento inquisitivo: Lo anterior motiva, adicionalmente, que el procedimiento de protección tenga características especiales, fundamentalmente, que sea no contradictorio e inquisitivo. El carácter inquisitivo nace de la propia posición del tribunal ante el recurso, pues es sujeto pasivo de la relación y en la obligación, como tal, de dar

²¹ C. Suprema, 1º enero 1988. R., t. 85, sec. 5ª, p. 307.

cumplimiento al mandato constitucional mediante las medidas de protección, dejadas a su discrecionalidad.

De ahí que la labor del juez no se traduce –como en un juicio común- en recibir las presentaciones de las partes –función meramente pasiva-, verificarlas mediante el examen de las pruebas a la luz de la legislación positiva y en resolver el conflicto sometido a su decisión; si no en una función inquisitiva, acogiendo la presentación de una sola parte (el recurrente) y solicitar informes y antecedentes a un extraño ajeno al proceso (el ofensor, quien sólo se hace parte cuando lo solicita), los que analizará en conformidad a las reglas de la sana crítica al momento de fallar y decretará discrecionalmente las medidas de protección necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

iii) No da origen a una contienda entre partes: No existiendo una pretensión posible de dirigir en contra de una persona, autoridad u organismo distinto del propio tribunal competente, el único sujeto pasivo de la acción puede ser precisamente este último. Sin embargo, contra el tribunal competente no se dirige una pretensión contrapuesta, sino, por el contrario, se solicita que actúe en consonancia con lo pedido por el recurrente. Por tanto, el sujeto agravante u ofensor no es la parte pasiva –sujeto directo- en el procedimiento, sino una persona extraña a éste a quien el tribunal solicitará evacuar informe y remitir antecedentes relacionados al recurso. Ello, salvo que se haga parte, en virtud de la facultad que le confiere el N°4 del Auto Acordado, pero en tal caso, como veremos, no lo hace como parte directa sino como tercero excluyente.

iv) La acción de protección importa en el hecho una denuncia: Dadas las características enunciadas de la acción de protección, resulta posible, a mayor abundamiento, señalar que su ejercicio importa en el hecho una denuncia. Y, en calidad de tal, reviste una cierta similitud con el inicio de un procedimiento penal por medio de una denuncia, pues en ambos casos se pone en conocimiento al tribunal de una situación –acción u omisión- de carácter antijurídico, sin dirigirla directamente contra el autor de los hechos u omisiones denunciados, sino que interpuesta sólo “obliga a la Corte de Apelaciones respectiva a establecer la existencia de tal acto u omisión, a determinar si es ilegal o arbitraria; y, de serlo, a cumplir con su obligación de dar protección al afectado y restablecer el imperio del derecho”.²²

v) No persigue responsabilidad civil, penal ni administrativa del ofensor: La acción de protección está destinada a restablecer la situación jurídica vigente al momento anterior una acción u omisión que constituya amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de ciertos derechos, por lo tanto, no busca determinar la responsabilidad del sujeto que motiva el recurso e, incluso, puede interponerse sin que se le individualice completamente o sin siquiera nombrarlo: “Al no existir fuera del tribunal una persona determinada contra la cual se dirija la acción y respecto de la cual se plantee la pretensión, no se busca tampoco hacer efectivo ningún tipo de responsabilidad de aquel que pueda resultar causante del agravio”.²³

Nuevamente, la responsabilidad del ofensor puede perseguirse por las acciones judiciales

²² Errázuriz y Otero, op. cit., p. 41.

²³ Errázuriz y Otero, op. cit., p. 40.

Luis Alberto Aninat Urrejola

de lato conocimiento que correspondan, las que quedan perfectamente a salvo por la interposición del RP.

II SEGUNDA PARTE:

REGULACION PROCESAL DEL RECURSO DE PROTECCION

El proceso a que da origen la interposición del RP se encuentra regulado por normas especiales contenidas, junto con la regulación sustantiva de este instituto, en el art. 20 de la Constitución y, fundamentalmente, en el Auto Acordado de la Corte Suprema de fecha 29 de Marzo de 1977 sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales. Dicho Auto Acordado fue modificado por el Auto Acordado del 27 de Junio de 1992, a su vez modificado por el Auto Acordado de fecha 9 de Junio de 1998.²⁴

No entraremos aquí en la discusión que suscita la constitucionalidad de las disposiciones de un Auto Acordado en virtud de lo dispuesto en el art. 19 N°3 de la Constitución. Con todo, diremos que se ha entendido que la Corte Suprema tiene esta potestad normativa para dictar Auto Acordados, como normas generalmente obligatorias, en virtud de las facultades económicas que le confiere el artículo 79 de la Constitución vigente y el art. 96 N°4 del Código Orgánico de Tribunales.

Asumiremos su validez y las calificaremos de normas que: (i) Tienen fuerza de ley por

²⁴ Ya hemos indicado que la razón de la delegación por parte del constituyente a la Corte Suprema para regular el procedimiento de protección se encuentra en la aspiración del constituyente de 1980 de que las instituciones cautelares y conservadoras que estableció en la Constitución no terminaren siendo meras disposiciones programáticas como ocurrió con los Tribunales Administrativos creados por la Constitución de

expresa delegación del constituyente; (ii) Son de orden público; (iii) Son de derecho estricto; (iv) Son especiales y, en consecuencia; (v) En su silencio corresponde aplicar las disposiciones comunes a todo procedimiento contenidas en el Libro I del CPC. En ellas se encuentran los artículos 16, 22 y 23 de dicho cuerpo legal que resultan particularmente relevantes para los propósitos de este trabajo.

1. Contenido del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección:

Nº 1: Tribunal Competente y Plazo de Interposición:

i) De acuerdo al art. 20 de la Constitución y al Nº1 del Auto Acordado, el tribunal absolutamente competente para conocer de un RP es la Corte de Apelaciones. La disposición explícita del constituyente en este sentido tuvo por finalidad evitar una expresión genérica como la que emplea la regulación constitucional del recurso de amparo (“la magistratura que señala la ley”) o una delegación especial en el legislador para regular la materia.

Atendida la naturaleza del RP y la entidad de la materia objeto de éste, la Comisión de Estudio (sesión Nº 215) estimó que debía entregarse su conocimiento a un Tribunal Superior de Justicia. “Esta competencia absoluta establecida en razón de la materia no se ve alterada por concepto de la cuantía ni por el fuero. Ello, en razón de la jerarquía de la Corte de Apelaciones, que es el segundo tribunal dentro de la escala jerárquica”.²⁵

1925. Ver supra p. 8.

²⁵ Idem., p. 86 y 87.

En cuanto a la competencia relativa en materia de RP, la Constitución habla de la Corte de Apelaciones “respectiva” y el Auto Acordado es claro en señalar que “[e]l recurso o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión (...)”. Determinar para estos efectos el lugar dónde se cometió el acto u omisión que motiva el recurso es una cuestión de hecho que deberá establecerse en cada caso particular.

Con todo, la regla para determinar el lugar de comisión no es unánime en la doctrina, unos estiman que se debe atender al lugar dónde se originó la acción u omisión más que a aquel donde se materializó.²⁶ Otros sostienen la regla inversa, en razón de que “dado lo exiguo del plazo y la entidad de los derechos y libertades tutelados es de toda lógica que el tribunal competente será aquél donde el accionante experimenta los efectos del acto o abstención, conclusión a la que arribamos de la lectura e intelección del N°1 del Auto Acordado, al decir “*en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto...*”, en armonía con la acepción que el Diccionario de la Real Academia asigna al término cometido: “Incumbencia, obligación moral” y al vocablo incumbencia: “Obligación y cargo de hacer una cosa”; en el hecho, el lugar en que el acto lesivo produce sus efectos”.²⁷

Esta última y por esas mismas razones es, en nuestro concepto, la sana doctrina sobre el particular.

²⁶ Cfr. Idem., p. 87.

²⁷ Lira Herrera, Sergio, *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1990,

Si la acción de protección se interpone ante un tribunal absolutamente incompetente, este tribunal deberá rechazar la solicitud y declarar nulo todo lo obrado; corriendo el plazo fatal de quince días para interponer el recurso ante el tribunal absolutamente competente. Una vez transcurrido ese plazo no podrá interponerse el recurso ante ningún tribunal.

Pero si la acción se interpone ante un tribunal absolutamente competente, pero incompetente relativamente, la jurisprudencia acertadamente ha establecido una regla diversa que dispone que “[l]a presentación de un recurso de protección en tiempo y forma ante un tribunal que se declara luego incompetente en razón de haberse dictado el acto supuestamente agravante en el lugar perteneciente a la jurisdicción de otro tribunal, no queda desprovista de eficacia y, por lo tanto, la referida declaración de incompetencia no hace perder el derecho del recurrente a ocurrir de protección ante el tribunal en definitiva competente”.²⁸ En otra sentencia, se resolvió sobre el punto agregando lo siguiente: “La incompetencia se subsana al remitirse recurso al tribunal competente. Pues carece de relevancia la circunstancia de que el presente recurso se haya interpuesto ante la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, por cuanto dicho tribunal lo remitió a éste, con lo que subsanó el defecto representado por el organismo recurrido”.²⁹

ii) En cuanto al plazo para interponer el RP, se trata de un plazo fatal de 15 días corridos por expresa disposición de la norma en comento del Auto Acordado. Si bien este plazo fatal se encuentra establecido en el Auto Acordado, volvemos a precisar que esta regulación se entiende tener rango legal por haber sido dictada por la Corte Suprema en virtud de una

p.138.

²⁸ C. Santiago, 25 mayo 1984. R. t. 81, sec. 5^a, p. 142.

expresa delegación del constituyente.³⁰

Este plazo debe ser contado desde la ejecución del acto, la ocurrencia de la omisión o desde que se haya tenido noticia o conocimiento cierto de ellos, lo que debe hacerse constar en autos. Esta norma, sin embargo, requirió de ciertas precisiones atendiendo a la naturaleza del acto u omisión arbitraria o ilegal que motive la presentación del RP. Así, en el caso de actos arbitrario e ilegales, la jurisprudencia ha elaborado reglas precisas para contar el plazo de presentación del RP según se trate de un acto material (C. Suprema, 24 enero 1991. R., t. 88, sec. 5º, p. 41); un acto jurídico (C. Suprema, 25 noviembre 1980. R., t. 77, sec. 1ª, p. 109); un acto administrativo que se notifica o publica o uno que no se notifica ni publica (C. Santiago, 21 junio 1983, R.D.J., t. 80, 1983, II, 5ª, p.124.); un acto administrativo susceptible de impugnación o uno no susceptible de impugnación (C. Suprema, 6 junio 1983. R.F.M. N°295, p. 251).³¹ Y si se trata de una omisión la causa que motiva el RP, la doctrina ha establecido ciertos criterios útiles para contar el plazo de presentación del RP.³²

El plazo en cuestión, finalmente, no sólo es fatal y de días corridos, sino que además es único y no susceptible de ampliarse por los aumentos establecidos en la tabla de emplazamiento del art. 254 del CPC. Así lo ha fallado la Corte Suprema en sentencia del 9 de Enero de 1985.³³

²⁹ C. Suprema, 24 enero 1984. R.F.M. N°302, p.837.

³⁰ Ver infra p. 25.

³¹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Constitución Política de la República de Chile 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1993, p. 118 y 120.

³² Soto Kloss, op. cit., p. 263 y 264.

³³ R.F.M. N°314, p. 779.

Nº 2: Constitución de la Relación Procesal, Partes Directas del Procedimiento y Examen de Admisibilidad:

i) El inciso 1º de este número regula la constitución de la relación procesal válida en el procedimiento de protección. Al respecto, resulta fácil apreciar que difiere sustancialmente de la formación de una relación procesal válida que regulan las normas de Derecho Procesal común contenidas en el CPC.

No obstante las diferencias que existen entre todos los procedimientos ordinarios y especiales regulados en el CPC, en todos ellos, la litis, en términos generales, se trata en cuanto existe un demandante, un tribunal competente y un demandado válidamente emplazado. Demandante y demandado que, además, deberán tener capacidad procesal suficiente para ejercer y cumplir las facultades y cargas que les impone la relación procesal que constituyen.

En el procedimiento de protección la relación procesal válida se trata sólo entre el recurrente y el Tribunal, quienes son, por lo tanto, las partes directas del procedimiento de protección. Como se desprende de esta y otras disposiciones del Auto Acordado, en materia de protección no se requiere individualizar al demandado y, por tanto, no es necesaria la notificación del libelo de protección ni el transcurso de un término de emplazamiento. La relación procesal queda válidamente trabada cuando se interpone el RP por el sujeto agraviado, o por un tercero a su nombre, ante un tribunal competente (al menos absolutamente). Agraviado y tribunal competente son en consecuencia las únicas partes

directas que concurren a la formación de la relación procesal válida en el procedimiento de protección. En dicha relación procesal válidamente trabada por la sola interposición del RP ante el tribunal competente, será el sujeto agraviado que recurre la parte activa y el tribunal la parte pasiva. Es el propio tribunal el que se ve en la obligación, si en definitiva acoge el recurso, de satisfacer las pretensiones del recurrente, adoptando las medidas de protección o providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado que recurre.

Así como, producto de esta sui generis relación procesal, no corresponde hablar de emplazamiento, tampoco cabe hablar de capacidad procesal.

En efecto, el agraviado puede comparecer personalmente en el procedimiento y para interponer un RP requiere solamente de capacidad de ejercicio, pues el N°2 del Auto Acordado sólo le exige ser “capaz de parecer en juicio”. Si el recurso es interpuesto por otra persona a nombre del agraviado, el tercero que comparece no requiere acreditar que se le ha otorgado un mandato judicial especial ni que se le ha conferido patrocinio y poder para actuar.

Con todo, la jurisprudencia exige que la persona que interpone un RP por otra, debe actuar a nombre de una persona determinada, claramente individualizada, y no respecto de un grupo indeterminado de personas. Han sido continuamente rechazados recursos de protección interpuestos sin mayor individualización a favor, por ejemplo, de los habitantes

de un lugar. Con ello se persigue evitar que el RP sea utilizado como una acción popular.³⁴

ii) El inciso 2° de la disposición que comentamos, agregado por la reforma de Junio de 1998, establece el examen de admisibilidad a que debe someterse la presentación del RP. Este examen se realiza en cuenta y se refiere a las condiciones de admisibilidad y procesabilidad que exige el Auto Acordado para la presentación y tramitación de un RP. Ellas básicamente son la temporaneidad de la presentación y el cumplimiento de requisitos formales mínimos.

ii.a) Respecto de la temporaneidad de la interposición del recurso, la Corte de Apelaciones examina que el RP se encuentre presentado dentro del plazo fatal de 15 días corridos que analizamos al referirnos al N°1 anterior.

ii.b) Respecto de la forma del RP, la Corte de Apelaciones examina ciertos aspectos formales mínimos en orden a verificar que el RP sea inteligible y se encuentre, al menos aparentemente, fundado en el ejercicio legítimo de un derecho protegido por este medio, vale decir, que sea por lo menos formalmente plausible.

En cuanto a la inteligibilidad del recurso, no obstante que el Auto Acordado nada dice, estimamos útil establecer un paralelo con los requisitos que exige el art. 254 del CPC para la presentación de una demanda en el procedimiento ordinario. Ello sirve, por una parte, para ilustrar lo que analiza la Corte de Apelaciones en esta parte del examen de

³⁴ En este sentido ver C. Apelaciones Santiago, 27 agosto 1982, R.D.J., t. 79, 1982, II, 5ª, p. 224 y C. Apelaciones Santiago, 9 mayo 1983, R.D.J., t. 80, 1983, II, 5ª, p. 10

admisibilidad y, por otra, para destacar la extrema informalidad de que está revestido el ejercicio del RP, además de lo ya dicho en el sentido que no se exige, más que para la claridad de la exposición de hechos, la individualización del ofensor.

En primer lugar, no se exige que contenga la designación del tribunal ante quien se presenta (requisito que exige el art. 254 N° 1 del CPC). La individualización del recurrente, sus atribuciones y la naturaleza de su mandato (art. 254 N° 2), se aplica sólo en cuanto a que quien comparece debe tener a lo menos capacidad de parecer en juicio y a la necesidad obvia de encontrarse individualizada la persona que recurre y, si lo hace a nombre ajeno, la identidad del agraviado, pero no es necesario acreditar mandato especial para comparecer a nombre de otro. No existiendo en el procedimiento de protección otro sujeto pasivo que el propio tribunal ante quien se entabla el recurso, no cabe tampoco en el libelo la individualización del demandado (art. 254 N°3). La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya el recurso (art. 254 N° 4) sólo es exigible en lo que se refiere a una necesaria exposición razonada de los hechos.

Especial atención merecerá en esta parte del examen la circunstancia de que se encuentre descrito el acto u omisión que según el recurrente justifican la presentación del RP. Al respecto la jurisprudencia ha fallado que “[n]inguna formalidad exigen las normas constitucionales ni el Auto Acordado sobre la formalización del recurso y sólo puede y debe por ello exigirse la relación de los hechos que se estimen arbitrarios, esto por la obvia razón de que sin ello el tribunal no podría restablecer el imperio del derecho y asegurar la

debida protección del afectado, decisión imposible si no se conoce el hecho agravante”.³⁵

Por cuanto el RP puede ser interpuesto por cualquier persona sin necesidad de conferir patrocinio a una defensa letrada, no puede exigirse que se señalen las normas legales y fundamentos de derecho en que se apoya el recurso. Aun más, si las normas citadas por el recurrente no son las que el tribunal estima que se han vulnerado, ello no impide que se acoja a tramitación el recurso y se decreten las medidas de protección necesarias.³⁶

La Corte de Apelaciones verificará también que el RP haga referencia a la existencia de un derecho cuyo legítimo ejercicio se encuentre afectado por los hechos que según el recurrente motivan el recurso. Pero, conforme a la disposición en estudio del Auto Acordado, no es necesario acreditar fehacientemente la titularidad del derecho amparado, sino mostrar que su ejercicio se realiza, al menos aparentemente, conforme a derecho. Por esa razón el RP sólo será declarado inadmisibles por esta causa si se estima que adolece de una falta manifiesta de fundamentos y, por eso también, el Auto Acordado dispone que la resolución que así lo declare debe ser someramente fundada.

Estimamos que el estándar de apariencia con que se debe cumplir en esta materia debe ser similar al que exige el legislador en el art. 298 del CPC, a propósito de otra institución cautelar y de emergencia como son las medidas prejudiciales precautorias, donde se exige para su concesión que el solicitante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

³⁵ C. Suprema, 25 noviembre 1980, R., t. 77, sec. 1º, p. 109.

³⁶ C. Suprema, 13 abril 1985. R.F.M. N°317, p. 125.

Por último, la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten a fallo del tribunal (art. 254 N° 5), se entiende cumplida por el sólo hecho de interponer el recurso. Lo anterior, toda vez que la única pretensión que se puede hacer valer ante el tribunal al interponer el RP consiste en que se adopten de inmediato las providencias que la Corte de Apelaciones juzgue necesarias para asegurar la debida protección del legítimo ejercicio de los derechos que el recurrente estima conculcados y restablecer, así, el imperio del Derecho.

N° 3: Providencia, Informe y Orden de No Innovar:

i) Si el RP es admitido a tramitación, la Corte de Apelaciones lo provee teniéndolo por interpuesto y pide informe en los términos señalados en este número del Auto Acordado. Además, la Corte de Apelaciones está facultada para solicitar a quien se pide el informe que remita al Tribunal cualquier otro antecedente que esté en su poder sobre el asunto materia del recurso. “Si el recurrente no precisa la persona del ofensor, la Corte la determinará en base a los hechos expuestos en la protección, sin perjuicio de requerir de la autoridad que corresponda su determinación”.³⁷

ii) La redacción del inciso primero del N°3 del Auto Acordado constituye una razón de texto para afirmar que el ofensor no es parte directa en el procedimiento de protección. Ello, por cuanto, de su texto se desprende que al evacuar el informe que se le solicite, el recurrido o afectado no está “contestando” el recurso, en calidad de parte pasiva directa del

mismo, sino que cumple una resolución judicial que lo afecta, emitida por el tribunal que conoce de él.

iii) La orden de no innovar en el procedimiento de protección es una adaptación de la institución del mismo nombre contenida en el art. 192 del CPC, a propósito del recurso de apelación, en relación a los efectos de la resolución recurrida. Los aspectos jurídico-procesales más relevantes de esta institución son los siguientes: (a) Se trata de una medida cautelar que decreta la Corte de Apelaciones en virtud de este número del Auto Acordado y de la disposición constitucional que la autoriza para adoptar las “providencias que juzgue necesarias”; (b) Se decreta a petición de parte o de oficio por el tribunal, cuando lo juzgue conveniente; (c) La resolución que la decreta tiene, a nuestro juicio, una particular naturaleza jurídica, diferente de todas las que comprende el art. 158 del CPC. No obstante ello, estimamos que debe ser asimilada a una sentencia interlocutoria de primer grado, por cuanto establece derechos permanentes a favor de u de las partes dentro del proceso, por lo menos hasta que sea dejada sin efecto por el propio Tribunal; y (d) Por último, tiene un carácter asimilable a una medida precautoria, en cuanto está destinada a asegurar el resultado del recurso entablado, en términos que de no decretarse, podría verse burlado el cumplimiento de la sentencia que eventualmente acoja el RP.

Nº 4: Posibilidad del Ofensor o Afectado de Hacerse Parte:

i) Tanto en doctrina como en la jurisprudencia por la expresión “recurrido” se ha entendido la persona, funcionario u Organo del Estado a quien se señala en el recurso como autor de

³⁷ Errázuriz y Otero, op. cit., p.154.

la acción u omisión arbitraria o ilegal materia del mismo. Lo anterior, sin perjuicio que, como se dijo, el recurso no se dirija en su contra e incluso se pueda omitir su individualización en el libelo de protección, sin hacerlo por ello inepto. Por “afectado”, a su turno, se entiende que la disposición se refiere a las demás personas, funcionarios u Organos del Estado a quienes a petición del recurrente o por decisión del Tribunal se les ha pedido informe, en conformidad al número anterior.

Del mismo modo, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que esta disposición constituye una facultad, en términos que el afectado o recurrido, que no es parte del recurso, sólo podrá intervenir en él si, al evacuar el informe que se le ha requerido, manifiesta su voluntad en tal sentido.

ii) Ahora bien, es materia fundamental de este estudio establecer nuestra posición sobre lo que, en el contexto del procedimiento de protección, debe entenderse por la expresión “hacerse parte” que utiliza la disposición que comentamos.

Hacerse parte en un recurso es una expresión que alude a la situación regulada a propósito del recurso de apelación en el inciso 1° del art. 200 del CPC, en virtud del cual “[l]as partes tendrán el plazo de cinco días para comparecer ante tribunal superior a seguir el recurso interpuesto, contando este plazo desde que se reciban los autos en la secretaría del tribunal de segunda instancia”. Vale decir, se trata del acto jurídico procesal de las partes directas de un proceso, por medio del cual comparecen ante el tribunal de alzada a seguir el recurso de apelación que una, alguna o todas ellas, interpusieron.

Es así como concluimos que la disposición contenida en el N°4 del Auto Acordado no puede interpretarse en los términos a que nos hemos referido a la situación que regula el art. 200 del CPC, sino que más bien se trata de una imprecisión de la norma del Auto Acordado, motivada por la inexactitud con que en la práctica se emplean ésta y otras expresiones legales en materia procesal.³⁸ Como se dejó establecido más arriba, a pesar de su denominación, el RP no es un recurso sino una acción, de manera que aquí no existe un proceso previo, ni una litis trabada con otra “persona, funcionario u Organo del Estado” ni, mucho menos, una resolución judicial cuya impugnación motive la comparecencia del afectado o recurrido ante la Corte de Apelaciones (la que tampoco es, en este caso, un tribunal de alzada).

Sostenemos, en consecuencia, que la persona, funcionario u Organo del Estado afectado o recurrido que, al evacuar el informe que se le ha solicitado, ejerce la facultad que le confiere el N°4 del Auto Acordado, no tiene en el procedimiento de protección la misma calidad jurídica de la parte directa de un procedimiento judicial que comparece, o se hace parte, en un recurso de apelación, toda vez que el afectado o recurrido no sólo no lo consideramos parte del procedimiento de protección, sino que además en este caso ni siquiera existe un procedimiento previo del cual pueda ser parte.

iii) De acuerdo a la disposición en comento, en nuestro concepto, el afectado o recurrido, como tercero excluyente en el procedimiento de protección, tiene una facultad cuyo ejercicio lo habilita a intervenir en el mismo en igualdad de derechos y condiciones con

³⁸ Otros ejemplos característicos en este sentido son las confusiones que se producen entre los conceptos de acción y derecho o de acción y recurso procesal.

quien es la parte recurrente, pero sin transformarse, por eso, en parte directa del proceso. Por el contrario, el afectado o recurrido, como tercero ajeno a la relación procesal constituida en el procedimiento de protección, si “se hace parte”, tendrá el carácter de tercero excluyente respecto de dicha relación procesal. De allí que aceptar la existencia en el procedimiento de protección de terceros coadyuvantes del afectado o recurrido, importaría aceptar la existencia de terceros coadyuvantes de quien, a su vez, también es un tercero.

La hipótesis anterior resultaría inaceptable a luz de todo lo dicho, tanto respecto de la historia fidedigna del establecimiento de esta acción constitucional, como de su finalidad, naturaleza jurídica y regulación procesal (especial y de las normas comunes que le son aplicables).

Por último, en abono de nuestra tesis, podemos citar a los autores Juan M. Errázuriz y Jorge M. Otero, que al referirse en su obra citada a que la Corte de Apelaciones que se encuentre conociendo de un RP debe resolver con conocimiento de causa, afirman lo siguiente: “(...) no cabe confundir ‘conocimiento de causa’, obligación de establecer los hechos, con ‘escuchar a la contraparte’, que en la protección no existe”.³⁹

Nº 5: Diligencias Probatorias Para Mejor Resolver y Sentencia:

i) Las disposiciones contenidas en este número del Auto Acordado son una expresión de los principios inquisitivo y de la discrecionalidad, propios de la naturaleza de este recurso. Así,

para mejor acierto del fallo, el tribunal que se encuentre conociendo de un RP podrá decretar todas las medidas que estime necesarias. La latitud del tenor de la disposición en comento nos evita mayores explicaciones al respecto. La discrecionalidad del tribunal en esta materia es absoluta.

ii) La disposición del inc. 2° del N°5, introducida en la reforma de 8 de Junio de 1998, modificó en dos sentidos el anterior inciso 2° de este número. En primer lugar, reemplazó la apreciación en conciencia de las probanzas que se alleguen al proceso por su apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica y, a continuación, resolvió una discusión que había surgido con la anterior reglamentación en torno a si la declaración de inadmisibilidad que formulara la Corte de Apelaciones en la sentencia de primera instancia era apelable para ante la Corte Suprema. Hoy el texto es meridianamente claro por la afirmativa.

iii) Para la vista del recurso, el Auto Acordado no contempla ninguna disposición, de modo que el tribunal puede resolver verlo en cuenta o traer los autos en relación para oír alegatos del recurrente, si es que es representado por una defensa letrada, y del ofensor, si es que se ha hecho parte. Si se ordenan traer los autos en relación, el RP debe agregarse con preferencia en la tabla respectiva.

N°6: Notificación de la Sentencia de Protección y Apelación:

El procedimiento de protección no constituye excepción al principio de la doble instancia. En relación con la apelación de la sentencia de primera instancia dictada en un

³⁹ Idem., p. 69.

procedimiento de protección, cabe destacar los siguientes aspectos del N°6 del Auto Acordado:

i) En primer lugar, que reafirma la idea que el recurrido por ser tal no es parte directa del procedimiento de protección si es que no se hace parte ejerciendo la facultad que le confiere el N°4 del Auto Acordado.

ii) En segundo término, el plazo para apelar que establece este número del Auto Acordado no es de días corridos, lo que constituye una excepción a la regla general que ya hemos comentado en materia de plazos del procedimiento de protección, cual es que los plazos son de días corridos.

iii) La apelación interpuesta según este número se concede en ambos efectos, por aplicación de la regla general del art. 195 del CPC. Así lo reitera, según se verá, el N°14 del Auto Acordado.

iv) Respecto a la adhesión al recurso de apelación, si bien el Auto Acordado no reguló esta materia, resulta posible, a nuestro juicio, aplicar supletoriamente las normas contenidas en las Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento del CPC por no ser contrarias a la naturaleza del procedimiento de protección. Lo anterior, de tal manera que la adhesión a la apelación sería procedente tanto para el recurrente como para el ofensor que se ha hecho parte, en las mismas oportunidades que establecen los arts. 217 y 200 C.P.C., esto es, antes de elevarse los autos a la Corte Suprema, en primera instancia; y, en segunda instancia, dentro de tercero día de recibidos los autos en la secretaría del tribunal.

v) Finalmente, es forzoso referirse al hecho que la redacción transcrita del N°6 del Auto Acordado, que también fue incorporada por la reforma de 8 de Junio de 1998, y que ha sido sumamente criticada, por cuanto al establecer que la apelación sea fundada, se le achaca haber desconocido la naturaleza no formal y de emergencia del RP. Ello, toda vez que derogó el sistema que, salvo en lo relativo al plazo para apelar se encontraba vigente desde los orígenes del RP. Efectivamente, en lo pertinente, el anterior N°6 del Auto Acordado disponía que “la apelación podrá interponerse en el acto de la notificación, si fuere personal, o dentro de los cinco días hábiles siguientes y no necesitará ser fundada”. Tanto la doctrina como el foro han estimado que tal regulación se aviene mucho más con la naturaleza del RP y que las actuales exigencias del inciso 2° del N°6 del Auto Acordado son un enclave de formalismo dentro de la regulación del RP, y que atenta contra la consecución de sus propósitos.

Si bien la crítica formulada es acertada en términos estrictamente jurídicos, en nuestra opinión, la Corte Suprema ha obrado correctamente al introducir la modificación en comento. Dada la inusitada proliferación de los RP y los efectos extensivos que –según veremos- tiene la sentencia de protección, ha obrado con un criterio de orden práctico más que jurídico, que resulta realista y que, a en nuestro concepto, en definitiva otorga una mayor seguridad jurídica a las partes y a los terceros de un procedimiento de protección.

Más aún, si consideramos que el RP está llamado a proveer una solución rápida y eficaz al quebrantamiento de una situación jurídica determinada, debemos concluir que, con la nueva redacción del inciso 2° del N°6 del Auto Acordado, se contribuye a alcanzar dicha finalidad

esencial por la vía de excluir apelaciones dilatorias del cumplimiento de la sentencia de protección, muchas de ellas completamente infundadas, y reservando la segunda instancia sólo a aquellos casos en que se estime fundadamente que la sentencia de la Corte de Apelaciones resulta agravante.

Nº7: Vista del Recurso de Apelación:

El recurso de apelación que se deduzca respecto de una sentencia de protección de primera instancia se ve con preferencia en la Corte Suprema. Al efecto, de acuerdo a este número del Auto Acordado, recibidos los autos en la secretaría de la Corte Suprema, el presidente del tribunal ordenará dar cuenta preferente del recurso en alguna de las salas indicadas en el artículo 99 del COT.

La sala respectiva verá el recurso en cuenta a menos que estime conveniente o se le solicite con fundamento plausible traer los autos en relación para escuchar alegatos de las partes del recurso (de apelación). Si este último es el caso, la apelación se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la misma sala.

Nº8: Prueba Instrumental como Medida para Mejor Resolver en Segunda Instancia:

El Nº8 del Auto Acordado dispone que para entrar al conocimiento del recurso o para mejor acierto del fallo, la Corte Suprema podrá solicitar de cualquiera autoridad o persona los antecedentes que considere necesarios para la resolución del asunto. Respecto de esta disposición cabe afirmar lo mismo que se dijo precedentemente en el párrafo i) del análisis

del N°5 del Auto Acordado, en el sentido que las disposiciones contenidas en este número del Auto Acordado son una expresión de los principios inquisitivo y de la discrecionalidad, propios de la naturaleza del RP.⁴⁰ Sin embargo, a diferencia de lo dicho allí, en este caso el tribunal no tiene una discrecionalidad absoluta para decretar cualquier diligencia probatoria en el interés del mejor acierto del fallo. En segunda instancia la sala de la Corte Suprema que se encuentre conociendo de una apelación de protección sólo puede solicitar los antecedentes que estime necesarios para mejor resolver.

N°9: Suspensión de la Vista de la Causa:

El actual Auto Acordado es claro en señalar que la suspensión solicitada por el recurrente procederá una sólo vez, aunque haya muchos recurrentes, lo que vino a suplir el silencio del Auto Acordado anterior que no precisaba en el caso de existir más de un recurrente.

Para que opere la suspensión que pretenda el ofensor o afectado, es necesario que se haya hecho parte –en el procedimiento de protección en que incide la apelación y en el recurso de apelación, y además que el Tribunal estimare el fundamento de su solicitud muy calificado. Además, el Auto Acordado es tajante al disponer que la suspensión no procederá de común acuerdo entre las partes. Tal disposición llena un vacío que existía en la regulación anterior y que la jurisprudencia, aplicando la legislación común, suplía aceptando la suspensión de común acuerdo.

⁴⁰ Ver supra pág. 36.

Nº10: Plazo para Fallar:

La disposición contenida en este número del Auto Acordado establece lo siguiente: “La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, en su caso, fallará el recurso dentro del quinto día hábil, pero tratándose de las garantías constitucionales contempladas en los números 1º, 3º inciso 4º, 12º y 13º del art. 19 de la Constitución, la sentencia se expedirá dentro del segundo día hábil, plazos que se contarán desde que se halle en estado la causa.”

Nº11: Condenación en Costas:

La disposición contenida en este numeral establece lo siguiente: “Tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, cuando lo estimen procedente, podrán imponer la condenación en costas”. Esta disposición reguló otra de las materias que se encontraban desprovistas de normativa en el Auto Acordado de 1977, bajo cuyo imperio, los jueces resolvían sobre las costas aplicando las disposiciones comunes a todo procedimiento contenidas en el CPC, particularmente los arts. 138 y siguientes de ese cuerpo legal.

Nº12: Inexistencia de Casación en la Forma, Recursos:

El Auto Acordado en este número dispone lo siguiente: “En contra de la sentencia que expida la Corte de Apelaciones no procederá el recurso de casación”.

En cuanto a la procedencia de otros recursos, distintos de la apelación de la sentencia de primera instancia, que ya tratamos, cabe referirse a las siguientes situaciones:

i) Posibilidad de interponer un recurso de apelación en contra de otras resoluciones dictadas en el procedimiento de protección: La doctrina y la jurisprudencia están contestes en que es improcedente el recurso de apelación en contra de cualquier sentencia que no sea la de primera instancia en el procedimiento de protección, por cuanto atentaría contra la naturaleza sumarísima del procedimiento de protección. De lo contrario se otorgaría al ofensor que se haya hecho parte un medio para dilatar el proceso. Por lo demás si la Corte Suprema hubiese estimado procedente este recurso contra otras resoluciones lo hubiera reglado expresamente.

ii) Procedencia de otros recursos ordinarios: Estimamos que son procedentes por aplicación de las normas comunes a todo procedimiento, que en esta materia no contravienen la reglamentación especial del procedimiento de protección. Estimamos, en todo caso, que son procedentes en la medida que su resolución no afecte lo resuelto en la sentencia definitiva.

Estos recursos son el de aclaración y de rectificación o enmienda (art. 182 del CPC), el de reposición (art. 181 del CPC) y el recurso de hecho “cuando se apele de una sentencia de protección y no se conceda la apelación, o cuando se la conceda en el sólo efecto devolutivo, o se conceda la apelación respecto de cualquier otra resolución distinta de la sentencia definitiva, podrá recurrirse de hecho ante la Corte Suprema, conforme a los Arts. 196 y 203 a 206 del Código de Procedimiento Civil”.⁴¹

Creemos que en materia de RP, no son procedentes los recursos extraordinarios como los

de revisión y queja. De este modo, entonces nos apartamos, si bien no en los fundamentos – que se encuentran en la naturaleza del RP- si en las consecuencias de la postura del profesor Eduardo Soto que estima que “aparece evidente que dada la naturaleza del RP, dada la finalidad que el constituyente tuvo en vista al instituirlo, dado el procedimiento imaginado al efecto por el acto administrativo, y dadas las potestades conferidas por la Constitución al tribunal para conocer y decidir el RP, no puede haber otro recurso, y solamente, que el de *apelación* que al efecto previó el Auto Acordado en contra del fallo del tribunal *a quo*. Todo otro remedio procesal desvirtúa la naturaleza y fines del RP, acción ágil, expedita y pronta para dar tutela al agraviado en sus derechos fundamentales ejercidos legítimamente y restablecer así el imperio del Derecho, vulnerado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de un tercero, quienquiera que sea éste (autoridad o particular)”.⁴²

Nº13: Acumulación de Autos:

La acumulación de autos en el RP se fundamenta sobre los mismos principios esta institución tiene en la legislación procesal común: “evitar la repetición o aumento de los procesos, el recargo inútil en la labor de los jueces y, principalmente, las decisiones contradictorias que pueden recaer en esos diversos procesos, que versan sobre materias tan íntimamente ligadas entre sí”.⁴³

Esto tiene importancia, en cuanto le serán aplicables al procedimiento de protección todas

⁴¹ Idem., p. 238.

⁴² Soto Kloss, op. cit., p. 270.

⁴³ Casarino Viterbo, Mario. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos Nº43, tomo III, 3ª edición, Santiago, 1974, p. 259.

aquellas disposiciones contenidas en la legislación común (arts. 92 y siguientes del CPC) que no sean contrarias a la naturaleza y características de este procedimiento.

En virtud de los artículos 92 y 95 del CPC se requiere para que proceda la acumulación de autos la reunión copulativa de los siguientes requisitos: a) Que exista una causa legal; b) que los juicios se encuentren sometidos a una misma clase de procedimiento; y c) que la substanciación de todos los juicios se encuentre en instancias análogas.

En cuanto a la existencia de causa legal, de acuerdo al artículo 92 habrá acumulación de autos: “1º Cuando la acción o acciones entabladas en un juicio sean iguales a las que se hayan deducido en otro, o cuando unas y otras emanen directa e inmediatamente de unos mismos hechos; 2º Cuando las personas y el objeto o materia de los juicios sean idénticos, aunque las acciones sean distintas; y 3º En general, siempre que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro”.

Son aplicables como causa legal, en la acumulación de autos de recursos de protección, las causales contenidas en los números 1 y 3 del artículo 92 del CPC; el Auto Acordado hace referencia a la primera causal, en cuanto dice que se deduzca la acción de protección respecto de un mismo acto u omisión, aún por distintos recurrentes. Por tanto, los recursos deducidos deberán emanar de un mismo hecho –acción u omisión-, sin importar que los recurrentes sean distintos, ni que los derechos amagados o conculcados sean distintos, ni que el recurso se funde en la amenaza, perturbación o en la privación del legítimo ejercicio de los derechos protegidos.

La identidad de procedimiento es un requisito de necesidad legal y material, de obvia concurrencia.

Por último, en cuanto a la analogía de instancias se entiende que la institución procesal operará hasta la vista de la causa, pues de lo contrario entorpecería la naturaleza sumarísima del recurso.

Nº14: Comunicación del Fallo Firme:

En esta materia, el Nº14 del Auto Acordado dispone lo siguiente: “Firme el fallo de primera instancia por haber transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación, sin que éste se hubiere deducido, o dictado sentencia por la Corte Suprema, cuando fuere procedente, se transcribirá lo resuelto a la persona, funcionario o autoridad, cuyas actuaciones hubieren motivado el RP, por oficio directo o telegráficamente, si el caso así lo requiere.”

Nº15: Medidas Compulsivas para el Cumplimiento de las Resoluciones y la Sentencia dictadas en el Procedimiento de Protección:

Para asegurar la ejecución de lo fallado, el Nº15 del Auto Acordado dispone lo siguiente: “Si la persona, el funcionario o el representante o Jefe del Organo del Estado, ya tenga éste la calidad de titular, interino, suplente o subrogante, o cualquiera otra, no evacuar los informes o no diere cumplimiento a las diligencias dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema ordenaren, conforme a lo establecido en este Auto

Acordado, podrán éstas imponer al renuente, oyéndolo o en su rebeldía alguna o algunas de las siguientes medidas: a) amonestación privada; b) censura por escrito; c) multa a beneficio fiscal que no sea inferior a una UTM ni exceda de cinco UTM; y d) suspensión de funciones hasta por cuatro meses, tiempo durante el cual el funcionario gozará de medio sueldo. Todo ello, además de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir dichas personas.”

2. Medidas de Protección:

Medidas de protección es la designación genérica a través de la que se conoce en doctrina y jurisprudencia las providencias por medio de las cuales el tribunal que dicta la sentencia de término que acoge un RP ordena cumplir su fallo. Constituyen el medio a través del cual en cada caso concreto, se restablece el imperio del derecho y se asegura la debida protección del afectado.

No deben confundirse con las providencias que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema juzguen necesario adoptar durante la tramitación del procedimiento de protección. Estas están más bien encaminadas a evitar la irrogación de un perjuicio irreparable para el afectado o recurrente, derivado de los hechos que denuncia en el recurso, entretanto se dicta sentencia definitiva, asegurando así que sea eficaz la sentencia favorable que eventualmente se pronuncie.

Las medidas de protección, en cambio, persiguen restablecer de manera definitiva el

imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado; cuestión que sólo se cumplirá en la sentencia de término favorable que se expida.

Las medidas de protección no se encuentran reguladas en el Auto Acordado, pues el constituyente quiso otorgar al Tribunal las más amplias facultades discrecionales que se entregan a un órgano jurisdiccional, a fin que los propios tribunales competentes resuelvan restablecer el imperio del derecho de la manera que estimen la más adecuada posible para cada caso particular.

En la Comisión de Estudio se fundamentó del siguiente modo el propósito de otorgar a los tribunales estas amplias facultades: “(...) en materias de garantías constitucionales debe existir un sistema especial, escueto, de protección que dé a los tribunales amplitud para operar frente a las situaciones más inimaginables que puedan presentarse respecto de tales garantías (Sesión N°214)”. Y aún más, se consideró que esta facultad “es la más amplia y trascendente de las atribuciones que se han entregado al Poder Judicial (Sesión N°215)”.

Además, siendo el tribunal el sujeto pasivo del RP a él corresponderá, en su propio criterio, determinar las medidas de protección a aplicar, independiente de las solicitadas por el recurrente.

La doctrina señala que estas amplísimas facultades de los tribunales son “perfectamente concordante(s) con las amplias facultades que el art. 238 del CPC otorga al juez para decretar medidas tendientes a obtener el cumplimiento de aquellas resoluciones judiciales cuya ejecución no ha sido específicamente reglada por las normas del Título XIX del Libro

I del Código de Procedimiento Civil”.⁴⁴

3. Características del Procedimiento de Protección:

La tramitación y fallo del RP, que reglamentan las normas recién comentadas, dan origen a un procedimiento que, en aras de la claridad y a modo de conclusión de esta segunda parte, podemos caracterizar de la siguiente manera:

i) Es un procedimiento inquisitivo: Atendida la naturaleza y objeto de la acción de protección, su ejercicio da origen a un proceso que para constituirse válidamente sólo requiere una petición oportuna del recurrente al tribunal que sea competente para conocer de ella, en la que se le solicite adoptar las medidas que estime necesarias para cautelar el legítimo ejercicio de un derecho protegido. De ahí que la labor del juez sea inquisitiva, pues si acoge a tramitación la petición contenida en el recurso, consistirá básicamente en solicitar informes y antecedentes, analizarlos de acuerdo a las reglas de la sana crítica y decretar discrecionalmente las medidas de protección necesarias para asegurar la debida protección del afectado.

ii) Es un procedimiento sumarísimo: Desde su elaboración por el constituyente se estimó que debería aprobarse un remedio de rango constitucional de carácter rápido y eficaz en el resguardo de ciertos derechos fundamentales, que logre una solución inmediata a cualquier amenaza, privación o perturbación de estos derechos. Así quedó consagrado en la

⁴⁴ Errázuriz y Otero, op. cit., p. 222.

Constitución y en el Auto Acordado que hemos analizado, donde se ha podido constatar que los informes, diligencias y comunicaciones no tienen un plazo establecido para su realización.

iii) Es un procedimiento concentrado: Aquí las etapas del proceso casi no se distinguen. La etapa de conocimiento que comprende la discusión y prueba se reduce drásticamente: “desde el momento en que no hay discusión y la prueba la decreta de oficio el tribunal, sin perjuicio que el recurrente pueda acreditar los hechos documentalmente, hasta la vista de la causa. No hay término probatorio y se procede a la vista de la causa con el solo informe del o de los presuntos ofensores, de haberlos evacuado dentro de plazo”.⁴⁵ Por último, la sentencia contiene por sí misma el modo en que debe cumplirse, puesto que se cumple con las medidas de protección.

iv) Es un procedimiento no formal: Ejemplos de ello lo constituyen las normas constitucionales y del Auto Acordado que disponen que el afectado puede ocurrir al tribunal por sí mismo –sin necesidad de abogado patrocinante- e incluso pudiendo ocurrir otro a su nombre, aunque no tenga su representación, lo que reitera el N°2 del Auto Acordado, haciendo hincapié en que incluso se podrá interponer el recurso “por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex”. En el mismo sentido se pueden señalar las circunstancias que, durante la tramitación, la prueba sea informal, no haya término probatorio, resolución que fije los puntos de prueba, ni medios de prueba preestablecidos y que en el fallo el tribunal pueda adoptar las medidas de protección que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

III TERCERA PARTE:

LOS TERCEROS EN EL RECURSO DE PROTECCION

1. Los Sujetos del Procedimiento de Protección:

Los procesos judiciales están conformados por un elemento objetivo, constituido por el conflicto materia de la causa, y por un elemento subjetivo, constituido por las partes y el juez de la causa, a todos los cuales se llama genéricamente sujetos o elemento subjetivo del procedimiento.

Conforme a las categorizaciones clásicas de la doctrina, las partes se clasifican en partes directas y partes indirectas o terceros.

Las partes directas son aquellas que formulan una pretensión ante un tribunal, la que se denomina parte activa, y aquellas respecto de las cuales se formula la pretensión sometida al conocimiento del tribunal, denominada parte pasiva.

A su turno, las partes indirectas o terceros son aquellas que pueden intervenir en un proceso determinado después de iniciado el juicio, haciendo valer pretensiones propias distintas de las de las partes directas.

⁴⁵ Idem., p. 80.

Las partes indirectas se califican de tales atendiendo a la relación de sus pretensiones con las partes directas, activa o pasiva y, sobre la base de esa relación, los terceros se pueden clasificar en terceros independientes, excluyentes y coadyuvantes de la parte directa activa, de la pasiva o de ambas.

Se denominan terceros independientes las partes indirectas que comparecen en un procedimiento judicial formulando una pretensión independiente de la de las partes directas en el juicio. Ello, de modo que lo que se resuelva en definitiva no afectará de modo alguno sus derechos. Tal es el caso de quienes, sin ser partes directas, intervienen en el procedimiento, por ejemplo, con motivo de diligencias probatorias.

Son terceros excluyentes aquellas partes indirectas que formulan pretensiones incompatibles con las de las partes directas, activa o pasiva, de manera que la sentencia definitiva deberá declarar si acoge la pretensión de cualquiera de las partes directas o la propia del tercero excluyente. Este es el caso de los terceristas en el juicio ejecutivo.

La denominación de terceros coadyuvantes corresponde a quienes tienen una relación más cercana con las partes del proceso. Se llama terceros coadyuvantes a quienes se presentan en el juicio haciendo valer pretensiones armónicas con una de las partes, en términos que por su comparecencia en el procedimiento persiguen que la declaración que se haga en la sentencia definitiva les afecte en las mismas condiciones que a la parte directa respecto de la cual mantienen una pretensión armónica.

En los procedimientos judiciales contenciosos, los sujetos normalmente son el demandante (parte activa), el demandado (parte pasiva), el tribunal y, eventualmente, los terceros de cualquiera de las tres clases recién señaladas que puedan intervenir en el proceso.

En el procedimiento de protección, en nuestra opinión, esta estructura es distinta. Creemos que no existe la composición tripartita del elemento subjetivo del proceso que acabamos de describir (demandante-demandado-tribunal).

A nuestro juicio, en el procedimiento de protección la parte activa es el recurrente, quien solicita al tribunal que adopte medidas de protección del legítimo ejercicio de un derecho que ve amagado o que está expuesto al peligro inminente de ser conculcado y, en consecuencia, la parte pasiva es el tribunal, respecto de quien se solicita que adopte las medidas que juzgue necesarias para prevenir o restablecer el statu quo en el ejercicio del derecho materia del recurso.

Creemos que el ofensor es un tercero excluyente en el procedimiento de protección que puede hacer valer derechos e intervenir en igualdad de condiciones con el recurrente en la medida que se haga parte, ejerciendo la facultad que le confiere el N° 4 del Auto Acordado, en los términos y en la oportunidad que comentamos más arriba.

En nuestro concepto, la acción de protección es una acción que se entabla ante hechos agraviantes de carácter antijurídico, distinta de una acción entablada en un juicio ordinario donde se hacen valer pretensiones discordantes con las de otra parte. Así, en el procedimiento de protección no se da un litigio o conflicto entre partes, sino más bien una

denuncia y una solicitud de una persona al tribunal, quien en mérito de un mandato constitucional expreso se ve en la obligación de prestar resguardo de los derechos que el sujeto alega como vulnerados por acciones u omisiones arbitrarias o ilegales de un tercero. Por eso, deducida la acción de protección ante el tribunal competente, la relación procesal válida se traba entre el actor o recurrente y el tribunal.

En definitiva, el RP no inicia un juicio donde se discute entre dos partes contrarias la certeza de un derecho, sino que es una acción que nace de un hecho que el recurrente considera antijurídico en los términos establecidos en el art. 20 de la Constitución y que, una vez ejercida, da lugar a un procedimiento en que se determina si este hecho es efectivamente antijurídico y si vulnera o potencialmente puede vulnerar alguno de los derechos garantizados por la Constitución.

De ahí que la parte pasiva de la relación procesal no sea el sujeto ofensor, porque a él nada pide el sujeto recurrente, sino el tribunal de la causa, quien es el que se ve en la obligación de hacer o no hacer algo. Al ofensor no se dirige la pretensión del recurrente, él sólo excepcionalmente podrá intervenir como parte indirecta del procedimiento de protección, ejerciendo la facultad que expresa y taxativamente se le confiere en el N° 4 del Auto Acordado. Mientras no se haga parte, tiene únicamente la obligación de prestar un informe y remitir antecedentes sobre los hechos materia del RP, si es que así se lo solicita el tribunal.

El problema que se nos presenta consiste, por tanto, en dilucidar si es compatible con la naturaleza del RP y del procedimiento en que se tramita, la admisibilidad de terceros en

general, distintos del ofensor, y, especialmente, la existencia de terceros coadyuvantes respecto del ofensor mismo si es que se hace parte. A ello nos abocamos en el acápite siguiente.

2. Los Terceros en el Recurso de Protección:

En general, se entiende en doctrina que son terceros aquellos sujetos que no tienen un interés directo en el litigio, sino un interés conexo al conflicto, del cual deriva su legitimación para intervenir en el proceso.

De este modo se ha dicho que los terceros son partes en el sentido formal aunque no material; esto es, son partes en el proceso, pero no en el conflicto.

Se ha considerado, en consecuencia, necesario para la intervención de los terceros en un proceso que estos tengan un interés ligado o conexo al de las partes. “La exigencia de dicho interés como presupuesto de la intervención de terceros en el juicio, tiene por objeto evitar que cualquier extraño pueda intervenir en el proceso con el solo propósito de crear dificultades en su tramitación. De allí que la mayoría de las legislaciones, así como la doctrina, exijan que el interés del tercero, legitimante de su intervención, presente dos características: a) que él sea de orden jurídico; y b) que sea actual, esto es, existente al tiempo de formularse la intervención del tercero (doctrina recibida en el art. 23, incs. 1º y 2º, del CPC), debiendo encontrarse comprometido un derecho del tercerista y no una mera

expectativa suya”.⁴⁶

A continuación nos referiremos a la posición que pueden ocupar en el procedimiento de protección las tres categorías de terceros que hemos identificado atendiendo a su relación con las partes directas del procedimiento.

No destinaremos un acápite especial a la participación de los terceros independientes en el procedimiento de protección pues, salvo en cuanto a las amplísimas facultades probatorias que el Auto Acordado le entrega al tribunal para investigar los hechos denunciados en el recurso, su intervención no presenta ninguna particularidad en relación con su eventual participación en un procedimiento común.

Distinta es la situación de los terceros excluyentes y coadyuvantes en el procedimiento de protección. Pasamos, entonces, a analizar la situación de estos terceros en el procedimiento materia de este trabajo, la regulación procesal que les es respectivamente aplicable y las consecuencias que, a nuestro juicio, de ello se derivan en cada caso. Terminaremos este capítulo con una breve referencia a la institución de la adhesión al recurso de protección.

a) Terceros Excluyentes en el Procedimiento de Protección:

La doctrina ha definido al tercero excluyente como aquel que “tiene por objeto hacer valer, frente al demandado o frente al actor, un derecho propio del que interviene, e incompatible

⁴⁶ Hoyos Henrechson, Francisco, op. cit., p. 173.

con la pretensión deducida en juicio por el actor(Chiovenda)”⁴⁷.

Nuestra legislación contempla la posibilidad de que terceros excluyentes intervengan en un procedimiento judicial en el art. 22 del CPC, que dispone lo siguiente: “Si durante la secuela del juicio se presenta alguien reclamando sobre la cosa litigada derechos incompatibles con los de las otras partes, admitirá el tribunal sus gestiones en la forma establecida por el artículo 16 y se entenderá que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio en el estado en que se encuentra”.

En relación al artículo anterior, el art. 16 del CPC prescribe: “Cualquiera de las partes representada por el procurador común que no se conforme con el procedimiento adoptado por él, podrá separadamente hacer las alegaciones y rendir las pruebas que estime conducentes, pero sin entorpecer la marcha regular del juicio y usando de los mismos plazos concedidos al procurador común. Podrá, asimismo, solicitar dichos plazos o su ampliación, o interponer los recursos a que haya lugar, tanto sobre las resoluciones que recaigan en estas solicitudes, como sobre cualquiera sentencia interlocutoria o definitiva”.

En el procedimiento de protección el sujeto que, de llegar a intervenir, cumple con las características y requisitos señalados por la doctrina y las normas legales recién citadas respecto de los terceros excluyentes es el ofensor. En efecto, si se hace parte en el recurso, el ofensor tiene un interés de orden jurídico en la intervención del proceso ya que se le considera el causante de una acción u omisión antijurídica que motiva el recurso. Por las

⁴⁷ Rodríguez Garcés, Sergio. *Tratado de las Tercerías*, Ediciones Vitacura, 3ª edición, tomo I, Santiago, 1987, p. 200. Cita de G. Chiovenda.

mismas razones su interés es actual y eventualmente involucra un derecho comprometido. Además, su posición en el procedimiento es incompatible con el de la parte activa, toda vez que es respecto de una acción u omisión causada por él que se solicitan las medidas de protección, de modo que la sentencia de protección que en definitiva se dicte, lo afectará necesaria y directamente a él.

Lo relevante para estos efectos de la conclusión anterior es que la regulación procesal de la intervención del ofensor en el procedimiento de protección se encuentra tanto en el N°4 del Auto Acordado como con las normas de los arts. 22 y 16 del CPC que recién transcribimos.

En consecuencia, para que el ofensor pueda intervenir como tercero excluyente en el procedimiento de protección, es necesario que, además de haber hecho uso de la facultad que le otorga el N°4 del Auto Acordado y de que haya sido reconocido como ofensor por el tribunal, cumpla con los siguientes requisitos exigidos por la legislación común: 1°) que sea persona ajena al juicio, esto es en este caso que no sea la persona del recurrente; 2°) que tenga un interés actual y un derecho comprometido en los resultados del recurso; 3°) que el derecho que reclama sea opuesto o incompatible con el del recurrente; y 4°) que el tribunal tenga jurisdicción y competencia para conocer de su reclamación.

De la misma manera, de la interpretación armónica del N°4 del Auto Acordado y de los arts. 22 y 16 del CPC, se desprenden las siguientes consecuencias en relación con la intervención del ofensor en el procedimiento de protección:

En primer lugar, al hacerse parte, el ofensor tendrá derecho a hacer alegaciones ante las

Cortes, interponer recursos en contra de las resoluciones dictadas en la tramitación del procedimiento de protección y rendir las pruebas que estime necesarias; todo ello con la limitación que establece el art. 22 del CPC en cuanto a que por el hecho de hacerse parte se entenderá que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio (tramitación del recurso) en el estado en que se encuentre.

En cuanto a la oportunidad en que puede hacerse parte, estimamos que podrá hacerlo en cualquier estado del procedimiento hasta la dictación de la sentencia de primera instancia, en términos que para comparecer en segunda instancia, deberá haber ejercido la facultad que le confiere el N°4 del Auto Acordado antes de haber transcurrido el plazo para apelar de dicha sentencia. Lo anterior, sin perjuicio que en la práctica, si se le ha pedido informe, el ofensor normalmente se hará parte en el procedimiento junto con evacuar el informe y en el plazo que se le haya otorgado para ese efecto.

Por último, siendo un tercero excluyente, la aplicación de los arts. 22 y 16 del CPC y del N°4 del Auto Acordado acarrearán para el ofensor la importante consecuencia a que nos referiremos en detalle más adelante en el sentido que su participación en el procedimiento de protección no admite la existencia de terceros coadyuvantes respecto de las alegaciones y pretensiones que haga valer.

b) Terceros Coadyuvantes en el Procedimiento de Protección:

Los terceros coadyuvantes se han conceptualizado en doctrina como “las personas que, sin ser parte del juicio, intervienen en él, por tener interés actual en sus resultados, para defensa

del cual sostienen pretensiones armónicas y concordantes con las de una de las partes directas”⁴⁸.

En el ordenamiento positivo se acepta la intervención de terceros coadyuvantes en procesos judiciales para satisfacer los principios de economía procesal y de certeza jurídica que deben informar todo procedimiento. Se ha afirmado que el legislador tuvo en vista tres objetivos al establecer esta institución: “a) evitar los perjuicios que de hecho podría acarrear la sentencia a personas extrañas al juicio; b) evitar la multiplicidad de juicios; y c) evitar que se dicten sentencias contradictorias.”⁴⁹

Lo anterior, por la constatación de que personas ajenas a un procedimiento se pueden encontrar en la misma situación que las partes directas del mismo, de manera que su no intervención armónica con ellas puede ocasionar en el futuro nuevos juicios y procedimientos judiciales idénticos sobre las mismas materias que se litiguen en un procedimiento actual. Y ello, con el riesgo que en dichos eventuales procedimientos futuros se dicten sentencias contradictorias con la que se pronuncie en el procedimiento en que intervengan como terceros coadyuvantes. Circunstancia, esta última, que mina la certeza jurídica que el ordenamiento procesal está llamado a proveer.

Por esas razones el legislador chileno incorporó la institución de los terceros coadyuvantes en las disposiciones comunes a todo procedimiento contenidas en el CPC, de manera que la institución tiene amplia cabida en juicios ordinarios y especiales, al punto que “para que su

⁴⁸ Idem., p. 173.

⁴⁹ Idem., p.174.

intervención no sea aceptada en un juicio es necesario un texto expreso de ley que restrinja su derecho o que la ley prohíba su intervención”⁵⁰. La regulación procesal de esta institución se encuentra en los arts. 23 y 16 del CPC.

En la parte pertinente a esta materia, el art. 23 del CPC, dispone lo siguiente: “Los que sin ser parte directa en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes, y tendrán en tal caso los mismos derechos que concede el artículo 16 a cada una de las partes representadas por un procurador común, continuando el juicio en el estado en el que se encuentre.

Se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos”.

El art. 16 del CPC ya lo hemos citado antes.

De la interpretación de ambas disposiciones legales y la doctrina citada se desprende que una persona que tenga el mismo interés en un procedimiento que una de las partes directas, debe reunir los siguientes requisitos para intervenir como tercero coadyuvante: a) Que sea una persona extraña al juicio, esto es, que no sea parte en la relación procesal a que dio origen el pleito; b) Que tenga interés actual en el resultado del juicio; c) Que dicho interés constituya una pretensión armónica y concordante con la de alguna de las partes directas; y d) Que la ley no haya prohibido expresamente su intervención.

⁵⁰ Idem., p. 175.

En materia de protección, una parte importante de la jurisprudencia ha entendido que los sujetos que cumplan con estos requisitos tanto respecto del sujeto activo o recurrente como respecto del ofensor pueden intervenir en el procedimiento como terceros coadyuvantes.

A nuestro juicio, sin embargo, la especial estructura del elemento subjetivo del procedimiento de protección requiere analizar la admisibilidad de terceros coadyuvantes distinguiendo entre la calidad procesal que corresponde en el procedimiento al recurrente y al ofensor. Aceptado lo que se ha dicho en relación con que el ofensor no es la parte pasiva del procedimiento de protección, sino un tercero ajeno al mismo que se puede hacer parte en calidad de tercero excluyente, dicho análisis conduce a la conclusión de que en el procedimiento de protección sólo pueden existir terceros coadyuvantes del recurrente; no del ofensor.

En efecto, la persona ajena al procedimiento que solicite hacerse parte en el recurso alegando un interés armónico y concordante con el ofensor, si no es coautor de la acción u omisión que motiva el recurso, caso en el cual se le habría mencionado en esa calidad en el libelo o el tribunal lo habría estimado como tal solicitándole informar, sólo puede derivar el interés que alega del hecho de favorecerle los efectos de la acción u omisión que motiva el recurso, circunstancia que, a nuestro juicio, no es suficiente para legitimar su intervención.

Fundamos nuestra posición en las siguientes razones:

1. Desde un punto de vista estrictamente procesal, en primer lugar, lo que sostenemos resulta efectivo toda vez que admitir la existencia de terceros coadyuvantes del ofensor,

importaría autorizar la intervención de terceros coadyuvantes de quien, a su vez, es un tercero en el procedimiento. En este orden de ideas, la distinción que formulamos es acertada pues sólo al recurrente le corresponde la calidad de parte directa del procedimiento, de manera que sólo respecto de él un tercero ajeno al procedimiento podrá mantener pretensiones armónicas y concordantes;

2. En segundo término, nuestra postura encuentra justificación en una razón de texto que dice relación con el tenor del N°3 del Auto Acordado. En esa disposición la Corte Suprema estableció que sólo pueden informar aquellas personas a quienes se haya solicitado informe, los que están taxativamente mencionados. La parte pertinente de la disposición en comento establece que se le solicitará informe a la persona o personas, funcionario o autoridad, que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal que motiva el recurso. Sobre este punto cabe destacar que las normas del Auto Acordado son normas de procedimiento y, en cuanto tales, según las reglas comunes de interpretación corresponde aplicarlas restrictivamente a las situaciones que contemplan y, a mayor abundamiento, según lo ya dicho sobre su naturaleza, las disposiciones del Auto Acordado son de rango legal, de manera que no puede extenderse su aplicación a personas no señaladas en ellas;
3. La tercera razón para justificar su inadmisibilidad, se vincula a las características de concentración y emergencia del procedimiento de protección. Ello por cuanto las alegaciones que formule el tercero en cuestión se materializarán por presentaciones que equivaldrán, en la práctica, al informe del ofensor, de modo que en el hecho se estaría modificando el procedimiento de protección establecido en el Auto Acordado, que sólo

permite aportar antecedentes por medio del informe a quien se le haya solicitado. Aceptar esta modificación de facto, impediría la materialización de los objetivos que tuvieron en vista el Constituyente y la Corte Suprema al crear un procedimiento sumarísimo y de emergencia, que fuera funcional a la naturaleza jurídica del RP;

4. Nuestra postura también es consistente, en cuarto lugar, desde una perspectiva sustantiva, derivada, precisamente, de la naturaleza jurídica del RP. Efectivamente, como dijimos al referirnos a la naturaleza jurídica del RP, la única pretensión que se somete al conocimiento del tribunal es la de quien ejerce la acción. Tal pretensión sólo puede consistir en que, ante acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que lo priven, perturben o amenacen en el legítimo ejercicio de su derecho protegido, se restablezca el imperio del derecho y se asegure su debida protección. Así, según también dejamos claramente establecido, el RP es una acción cautelar autónoma por medio de la cual el recurrente solicita al tribunal que con urgencia se ponga término a una situación que está alterando un estado de cosas revestido de una legalidad, al menos aparente, dada por la existencia no impugnada de la misma. De este modo, aceptar la intervención de un tercero que funda su pretensión de ser admitido como coadyuvante del ofensor en la circunstancia que le resultan favorables los efectos de la acción u omisión que motiva el recurso, importaría transformar el RP en una suerte de acción para iniciar un juicio contradictorio universal, en el que se enfrentarían dos posturas jurídicas –la afín al recurrente, por una parte, y la de quienes mantengan pretensiones afines con la del ofensor, por la otra-, que necesariamente se enfrentarían esgrimiendo alegaciones de fondo con el interés de que se dejen sin efecto o se mantengan, respectivamente, los efectos de la acción u omisión que motiva el recurso. Dicha situación, a nuestro juicio,

manifiestamente escapa a la naturaleza y objeto propio de una acción cautelar que se tramita en un procedimiento de las características ya anotadas; y

5. Finalmente, es útil señalar que, a contrario sensu, quien sea un tercero ajeno al recurso, pero que se vea igualmente afectado por los efectos de la acción u omisión materia del recurso, se encuentra exactamente en la misma posición jurídica que el recurrente y sostiene pretensiones perfectamente armónicas y concordantes con él. En consecuencia, su intervención como tercero coadyuvante del recurrente, realizada en cumplimiento de los requisitos establecidos por las disposiciones comunes a todo procedimiento contenidas en los arts. 23 y 16 del CPC, no desvirtúan el carácter sumarísimo, rápido y eficaz del procedimiento de protección.

Ahora bien, en cuanto a la participación de terceros coadyuvantes del recurrente, que sí estimamos procedente en el procedimiento de protección, podemos anotar los siguientes aspectos:

- i) Momento en que puede intervenir el tercero coadyuvante: El tercero coadyuvante puede intervenir en cualquier estado del procedimiento, pero continuándolo en el estado en que se encuentra.
- ii) Forma en que deben litigar los terceros coadyuvantes: El art. 23 del CPC confiere los mismos derechos que concede el art. 16 de ese cuerpo legal a cada una de las partes representadas por un procurador común. Por tanto, admitida su intervención, podrá actuar conjuntamente con el recurrente mediante un solo mandatario.

iii) Derechos del tercero coadyuvante en el juicio: Los arts. 16 y 23 del CPC reconocen al tercero coadyuvante los mismos derechos que se le conceden a la parte que coadyuva. Lo anterior, naturalmente, con la limitación que dichas disposiciones “no lo autorizan para formular peticiones que se contrapongan o pugnen con el interés de la respectiva parte directa”.⁵¹

En el procedimiento de protección, el tercero coadyuvante del recurrente podrá solicitar al tribunal que se le resguarde en sus derechos conculcados, como asimismo solicitar medidas de protección para tal efecto. Además, puede deducir los mismos recursos que se le conceden al recurrente. Lo anterior, según lo han reconocido los tribunales, incluye los derechos de hacerse parte en segunda instancia, a interponer recursos de apelación y a solicitar alegatos en la misma corte.

iv) Características de la intervención del tercero coadyuvante: Su intervención es accesoria a la parte principal, porque está subordinado a que la parte a la cual coadyuva prosiga en el juicio. La jurisprudencia ha dicho al respecto: “De las restricciones que contiene el art. 23 del Código de Procedimiento Civil se deduce que si dejan de haber partes principales en un juicio, no puede el coadyuvante seguir por si solo dicho juicio, en razón de que sus derechos están limitados a la marcha regular que sigan aquéllos y dentro de los plazos a ellos concedidos”.

⁵¹ Idem., p. 187.

3. La Adhesión en el Procedimiento de Protección:

La doctrina unánimemente ha aceptado, conjuntamente con la jurisprudencia, la aplicación de la institución de la adhesión –propia del recurso de apelación- al RP y el procedimiento en que se tramita.

La legislación procesal en los arts. 216 y 217 del CPC faculta al apelado para adherirse a la apelación del apelante en los plazos y formas señalados en ellas.

Estas normas la jurisprudencia las ha hecho extensibles a la acción de protección aunque tratándose de ésta no constituye una adhesión a un recurso sino a una acción. “La situación a la que nos referimos es la de aquella persona distinta del recurrente que también es agraviada por las mismas acciones u omisiones que motivaron la acción, y que se adhiere a ella. Esta adhesión según la jurisprudencia, debe efectuarse dentro del plazo de quince días corridos fatales desde que se cometió la acción o se incurrió en la omisión agravante”.⁵²

Es por ello que simplemente la jurisprudencia⁵³ utilizó los mismos vocablos, pero teniendo una significación distinta; debe más bien asimilarse a la adhesión a la demanda, en los términos de los artículos 18 y 19 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto habla de pluralidad de acciones o de partes.

⁵² Idem., p. 147.

⁵³ C. Suprema, 15 enero 1981, R.F.M. N°266, Sección Civil N°9, p. 485

El fundamento jurídico de esta institución obedece a los mismos principios de economía procesal y certeza jurídica que justifican la admisibilidad de terceros coadyuvantes del recurrente en el procedimiento de protección y, también, la institución de la acumulación de autos que el Auto Acordado regula en su N°13.

Respecto de los terceros coadyuvantes del recurrente, la diferencia entre ambas situaciones radica únicamente en el momento en que ambas instituciones tienen cabida en el procedimiento de protección, toda vez que los terceros coadyuvantes pueden intervenir en cualquier estado del procedimiento de protección, incluso en segunda instancia, y no al momento de su inicio.

En todo caso, y consistentemente con lo que hemos sostenido en cuanto a la admisibilidad de terceros coadyuvantes del ofensor en el procedimiento de protección, no es posible que exista adhesión a las presentaciones que efectúe el ofensor en su informe o en las demás que se le autoriza a realizar si es que se hace parte.

En cuanto a la relación de la institución en comento con la acumulación de autos en materia de protección, cabe señalar, que de no admitirse jurisprudencialmente la adhesión a un RP se daría lugar al absurdo de que quien se encuentre en la misma situación del recurrente respecto de una acción u omisión arbitraria o ilegal determinada y, a fin de obtener protección del tribunal vaya a deducir un RP, tendría que interponer el nuevo recurso para que finalmente operara su acumulación con el más antiguo y se vieran conjuntamente.

4. La Sentencia de Protección y los Terceros:

En nuestro ordenamiento jurídico las resoluciones judiciales sólo producen efectos respecto de las partes, mas no respecto de terceros, a los que les son inoponibles, salvo limitadas excepciones (v.gr. arts. 315, 1246, 1382, 1513 del Código Civil).

Este principio se encuentra consagrado en el inciso 2° del art. 3° del Código Civil, que dispone que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que actualmente se pronunciaren"; norma que ha sido interpretada por la jurisprudencia y la doctrina en el sentido que las resoluciones judiciales son inoponibles a aquellos que no han sido parte directa (demandante o demandado) o parte indirecta (terceros excluyentes o coadyuvantes) en un determinado proceso.

Consecuencia de este principio es el inciso 2° del art. 234 del CPC, que otorga al tercero en contra de quien se pida el cumplimiento de un fallo el derecho a deducir la excepción de no empecerle la sentencia (inoponibilidad).

Este principio se ha denominado de la relatividad de las sentencias judiciales. Aplicando tal principio en materia de protección, se debería concluir que la sentencia de protección es inoponible a terceros que han sido ajenos al proceso.

Sin embargo, la sentencia definitiva que se dicta en un procedimiento de protección presenta particularidades respecto de los terceros, especialmente derivadas del alcance del efecto de cosa juzgada que produce una vez que se encuentra ejecutoriada y de la

circunstancia que la sentencia de protección en algunos casos tiene efectos erga omnes. Nos referiremos brevemente a ellas para concluir nuestro estudio sobre el RP y los terceros.

En primer lugar, existe una cuestión que resolver en cuanto a la compatibilidad de lo dispuesto en el artículo 175 del CPC⁵⁴ y la disposición final del inciso 1° del art. 20 de la Constitución que, como hemos señalado, dispone que el ejercicio del RP es sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer el recurrente ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

El punto de fondo aquí es determinar de qué manera y en qué circunstancias una cuestión que ha sido resuelta con motivo de un RP puede volver a discutirse en un nuevo proceso. Como veremos, en caso que se acoja un RP deducido con motivo de un acto u omisión de la administración, no sólo no se puede volver a ver la misma materia en otro juicio de lato conocimiento, sino que dicha circunstancia además afecta derechos de terceros, por cuanto la sentencia de protección produce efectos erga omnes.

Para resolver este problema debemos referirnos a la distinción que ha formulado la doctrina entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial.

La sentencia una vez firme lo resuelto por ella es inimpugnable, vale decir, es inatacable en el proceso que se dictó, precluye la posibilidad de reabrir debate en el mismo proceso en la que la sentencia se dictó, pero no en uno nuevo. Esto es lo que se denomina cosa juzgada

⁵⁴ Art. 175 del CPC: “Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen acción o excepción de cosa juzgada”.

formal, y no cabe duda que la sentencia definitiva de protección una vez firme produce este efecto respecto del procedimiento en que se pronunció.

La cosa juzgada material o substancial consiste en hacer -cumpliéndose el requisito de triple identidad que establece el art. 177 del CPC⁵⁵- irrevocable lo decidido. Esto es, el hecho de no poder revisarse lo fallado en procesos futuros, salvo excepcionalmente de producirse las circunstancias habilitantes para plantear el recurso de revisión.

La cosa juzgada material, en los términos del profesor Francisco Hoyos, es la cualidad de inmutable de los efectos de la sentencia firme, en cuanto se pronuncia sobre el mérito (fondo), esto es, sobre las pretensiones de las partes, cubriendo lo resuelto en el propio proceso y en todo juicio posterior que se deseara abrir por alguna de las partes, concurriendo la triple identidad. En consecuencia, la cosa juzgada material además de hacer irrevocable lo decidido, lo hace inimpugnable, teniendo sus efectos no sólo dentro del proceso que dictó la sentencia -como ocurre con la cosa juzgada formal- sino también fuera de éste, en otros procesos nuevos que se intenten.

Para determinar si existe cosa juzgada material como efecto de la sentencia que se dicte en un procedimiento de protección, habrá que analizar si en un nuevo proceso en el que se intenta revocar lo decidido en un primer RP se interpone otro RP o si en el nuevo proceso se interpone una acción diferente del RP.

⁵⁵ Art. 177 del CPC: “La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: 1° Identidad legal de personas; 2° Identidad de la cosa pedida; y 3° Identidad de la causa de pedir. Se entiende por *causa de pedir* el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”.

i) En la primera hipótesis, el segundo RP deberá ser rechazado o, incluso, declarado inadmisibile si concurre respecto de ambos recursos la triple identidad prevista en el art. 177 del CPC. Aun más, para el caso en que el primer RP haya sido rechazado, la jurisprudencia ha entendido que se producen los efectos de la cosa juzgada, si el segundo RP no es motivado por hechos idénticos, pero que constituyen la repetición similar o idéntica de hechos anteriores, que ya han sido declarados por un recurso de protección anterior como no ilegales ni arbitrarios. Por tanto, ante hechos similares o idénticos que se intentan impugnar por los mismos sujetos por medio de un nuevo recurso de protección, que ya habían sido vistos por uno anterior, se produce el efecto de cosa juzgada material por concurrir la triple identidad legal.

ii) En la segunda hipótesis, es decir, en el caso en que por medio de una acción distinta al RP se intenta revocar lo decidido en uno anterior, para determinar si existe cosa juzgada material habrá que distinguir en dos planos: Si se rechaza o acoge el RP, y, en el último caso, si se trata de un RP motivado por actos u omisiones que provienen de un particular o de la administración.

ii.a) Si se rechaza un RP motivado por acciones u omisiones de un particular o de la autoridad, sea porque el tribunal estimó que el acto u omisión de la administración no perturba, priva o amenaza el legítimo ejercicio del derecho protegido, o bien, porque el acto u omisión no se considera antijurídico -y por tanto conforme a Derecho-, o por otras razones procedimentales, ello no obsta para que el recurrente que ha perdido pueda interponer otras acciones. Y esto por cuanto, dada la naturaleza del procedimiento de

protección de carácter inquisitivo y sumario, y en base solamente a los antecedentes aportados por el recurrente y ofensor en su informe, el tribunal decide, pudiendo ocurrir por la complejidad de la situación materia del recurso, que con mayores antecedentes se pueda llegar a una decisión distinta, por ejemplo encontrándose el acto ilegítimo por otros vicios no analizados en el recurso. Por ello, no precluyen las acciones posteriores que se puedan interponer sobre el mismo asunto y por el mismo sujeto.

En consecuencia, en estos casos, se producirá cosa juzgada formal, pero no material o sustancial y, por tanto es compatible lo dispuesto en el artículo 175 del CPC con la disposición constitucional contenida en la frase final del inciso 1° del art. 20 de la Constitución, en el sentido que el RP es “sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

ii.b.1) Si se acoge un RP originado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales provenientes de un particular, produce una situación similar para los efectos que estamos analizando. La sentencia que acoge el recurso no declara la titularidad de un derecho o de una calidad jurídica, sino que simplemente remueve un acto antijurídico para restaurar la situación de hecho al estado anterior a la amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de un derecho protegido.

Así, en el evento que comentamos, el ofensor puede perfectamente interponer acciones ordinarias de lato conocimiento para que se decida sobre el fondo del asunto. El recurso de protección viene a evitar en este caso que los particulares hagan justicia por sus propias manos, reintegrando las situaciones al estado en que se encontraban antes de las acciones u

omisiones antijurídicas, pero dejando el camino abierto para que por medio de otras acciones la justicia resuelva sobre el fondo del asunto.

Igualmente, el propio recurrente podrá iniciar otras acciones de lato conocimiento sobre la materia que fue objeto del recurso de protección, solicitando que se resuelva sobre materias que por su naturaleza no pudieron ser materia del recurso mismo en un proceso civil o criminal según corresponda.

De esta manera, las sentencias definitivas que se pronuncien en RP motivados por actos u omisiones de particulares, sólo producen cosa juzgada formal, pero no substancial o material, en atención a que se trata de situaciones de hecho -y no actos jurídicos-, que alteran un statu quo. Aquí la sentencia de protección no decide sobre el fondo, sobre los derechos efectivos y concretos cuyo legítimo ejercicio es materia del recurso, ya que ello es materia de acciones de lato conocimiento. Consecuentemente, aquí también adquiere plena vigencia la disposición final del inciso 1° el art. 20 de la Constitución.

ii.b.2) Ahora bien, si se acoge un recurso de protección originado por el agravio de un acto de la administración, ya sea éste material o jurídico, la sentencia de protección produce el efecto de cosa juzgada material; por cuanto, tratándose de un acto jurídico, declarada por sentencia firme o ejecutoriada la ilegalidad o arbitrariedad del acto que motiva el recurso, tal declaración importa la nulidad de dicho acto, no pudiendo, por tanto, ser discutida ni removida en juicio posterior.

En estos casos, pierde vigencia la disposición de la frase final del inciso 1° del art. 20 de la

Constitución, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 175 del CPC. Aquí, el RP se torna incompatible con cualquier otro procedimiento en que se pretenda discutir la misma cuestión.

Lo mismo ocurrirá si el agravio de la autoridad consiste en un hecho material: Declarada por sentencia definitiva que acoge un RP su antijuridicidad por razones de ilegalidad o arbitrariedad quedará inmovible -y con efectos erga omnes- esta declaración. Y tratándose de una omisión de la administración, se plantea la misma situación: Declarada la ilegalidad o arbitrariedad de la omisión, que viene a ser la nulidad de un acto tácito y por tanto con efectos erga omnes, se produce de la misma forma el efecto de cosa juzgada material.

Y, lo que es más relevante para nuestros propósitos, dicha nulidad producirá efectos erga omnes, por cuanto es impensable que un acto administrativo sea nulo para algunos sujetos y válido para otros. En estos casos, en consecuencia, la sentencia de protección al tener efectos erga omnes afecta derechos de terceros, haciendo excepción al principio de relatividad de los efectos de las sentencias, que, consagrado en el Código Civil, es la regla general en materia de sentencias judiciales.

En segundo lugar, se presenta también el problema de los efectos absolutos o erga omnes de la sentencia de protección a propósito de ciertas medidas de protección que puedan decretarse al pronunciarse la sentencia.

Como ya tantas veces hemos señalado, la acción de protección es una acción cautelar que tiene por objeto obtener que la Corte de Apelaciones respectiva cumpla de inmediato con el

mandato que le ha impuesto el art. 20 de la Constitución de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Para ello, el constituyente dio a la Corte la facultad de decretar todas las medidas que estime necesarias, sin más límites que la prudencia del tribunal. Lo anterior implica, a nuestro juicio, que incluso puede decretar medidas en contra de terceros ajenos al proceso.

En un paradigmático caso judicial⁵⁶ la jurisprudencia dejó sentada, aunque en voto de minoría, la doctrina que sustenta nuestra posición sobre la materia que estamos tratando.

La sentencia de protección fue dictada por una de las salas de la Corte de Apelaciones de Temuco con el voto de minoría de uno de sus ministros, quien fundamentó su decisión en los siguientes términos: “(...) las decisiones de los tribunales en este recurso, en especial de la Excm. Corte Suprema, han protegido a los recurrentes, acogiendo su demanda para restablecer la servidumbre de tránsito que -de hecho- estaban usando y gozando, pero, desde luego, en su totalidad y no parcialmente y comprendiendo como es natural toda su extensión y recorrido por más que éste se extienda a través de dos predios, puesto que de otro modo de nada le servirán los términos del fallo y la sentencia pasaría a ser una declaración meramente lírica que jamás podría concretarse en la realidad, quedando así en el fondo y por el contrario de lo resuelto sin restablecerse el tránsito cerrado, ya que la servidumbre quedaría trunca o a medias, o entrabada en una parte del camino, sin poderse proseguir ni efectuar la comunicación que con ello se pretende y reclama. El Sr. Brito Ciudad sólo se ha excepcionado con su alegación de no empecerle la sentencia, pero no ha señalado ningún fundamento serio y de fondo como para aceptarle la excusa. No se trata en

la especie de un juicio o de un pleito, o de una controversia propiamente tal, sino de un recurso tan sui géneris y especial, rápido, expedito y simple que deja a salvo en todo lo demás las acciones judiciales que fueren procedentes. Pero mientras tanto debe acatar la decisión judicial”.

Como queda aquí claramente expresado, atendida la naturaleza del RP y el objetivo consustancial al mismo que persiguen las medidas de protección, la potestad de la Corte de imponer medidas de protección a terceros ajenos al proceso, en determinadas ocasiones será el medio a través del cual se hará efectivo lo resuelto en la sentencia de protección que acoja la acción.⁵⁷

Lo anterior, toda vez que puede suceder -normalmente a propósito de sentencias de protección que acojan un recurso motivado por acciones u omisiones de carácter material causadas por particulares- que, en el hecho, la restauración de la situación vulnerada por la acción u omisión que ha sido declarada ilegal o arbitraria en la sentencia de protección no sólo dependa del acatamiento del fallo por parte del ofensor, háyase o no hecho parte del procedimiento, sino también por terceros que fueron ajenos al proceso.

Tales casos, en conclusión, también constituyen una situación en que la sentencia de

⁵⁶ R.D.J., Tomo 78, 1981, 5, pág. 244

⁵⁷ No obstante lo que afirmamos, quien se vea afectado por medidas de protección decretadas en un procedimiento de protección del que fue ajeno podrá ejercer las acciones judiciales que estime pertinentes ante el tribunal competente o recurrir a la misma Corte que decretó las medidas, solicitando que se dejen sin efecto o se modifiquen. Esto último porque la sentencia de protección en la parte que decreta medidas de protección no resuelve el recurso ni algún trámite que haya de servir de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria, ni falla un incidente, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, de modo que, en esa parte, no es una sentencia definitiva ni interlocutoria, sino un auto y, por tanto es susceptible de ser modificada con nuevos antecedentes o por medio de un recurso de reposición.

protección, aunque en esta parte tiene la naturaleza de un auto, afecta los derechos de terceros ajenos al proceso, con efectos que, desde este punto de vista, son absolutos o erga omnes.

CONCLUSION

El RP es una acción constitucional autónoma de carácter cautelar, por medio de cuyo ejercicio quien, como consecuencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de determinados derechos constitucionalmente garantizados, exige a un tribunal que, en un procedimiento concentrado e informal, adopte las medidas que estime apropiadas para evitar que se consume la amenaza o para que cese la privación o perturbación que hayan motivado el recurso. El tribunal, si admite a tramitación el recurso, primero, y, luego, si lo acoge en definitiva, se encuentra en la obligación de adoptar, con las pruebas que se le presenten y los antecedentes que le aporte a quien solicite informar, las medidas que considere conducentes para asegurar la debida protección del afectado y restablecer el statu quo, al menos aparentemente, legítimo.

Tal estructura jurídica de fondo y procedimental permite observar que el procedimiento de protección presenta particularidades sumamente excepcionales en cuanto a su elemento subjetivo, pues supone una relación procesal trabada entre el recurrente, actor o sujeto activo, y el tribunal, como sujeto pasivo.

Lo anterior, por cuanto la única pretensión que es posible someter al conocimiento del tribunal que va a conocer del recurso va dirigida precisamente a ser satisfecha por el propio tribunal.

En esas circunstancias, por aplicación de las reglas comunes de procedimiento, el ofensor o

la persona que el tribunal haya determinado como el autor de la acción u omisión que haya motivado el recurso, si es que se hace parte del procedimiento, necesariamente ha de tener la calidad de tercero excluyente y, en consecuencia, no es posible admitir la intervención de terceros coadyuvantes del ofensor en el procedimiento de protección. Esta conclusión, además, se sustenta en la concordancia que es forzoso establecer entre tales disposiciones comunes de procedimiento y la naturaleza jurídica y finalidades ya anotadas del RP. Esta acción constitucional no da origen a un conflicto entre partes, sino más bien constituye una denuncia y una solicitud de una persona al tribunal, quien en mérito de un mandato constitucional expreso se ve en la obligación de prestar resguardo de los derechos que el sujeto alega como vulnerados por acciones u omisiones arbitrarias o ilegales de un tercero que amenazan, perturban o privan su legítimo ejercicio. De allí y de la urgencia con que el tribunal está llamado a otorgar la debida protección al afectado, es de donde arrancamos también nuestra conclusión de que en materia de RP no cabe la admisibilidad de terceros coadyuvantes del ofensor.

Nuestra conclusión de alguna manera importa criticar las prácticas judiciales recientes que han ido paulatinamente aceptando la existencia de terceros coadyuvantes del ofensor en el procedimiento de protección, con lo cual, a nuestro juicio, se está, en los hechos, violentando la naturaleza jurídica del trascendental adelanto que significó el Recurso de Protección para nuestro ordenamiento jurídico. De procedimiento especial de emergencia, por la vía de aceptar la participación de terceros que coadyuven con el ofensor, se le está transformando en un procedimiento universal que nada tiene que ver con la concepción de esta acción constitucional que tuvo el constituyente al instituirlo.

Por último, del análisis de las particularidades de la sentencia de protección, sostenemos que ella afectará al ofensor o a la persona que el tribunal haya determinado como el autor de la acción u omisión que haya motivado el recurso aunque no se haya hecho parte en el procedimiento; sentencia que, además, tendrá efecto erga omnes en el caso que se acoja un recurso de protección originado por un acto u omisión de la administración, ya sea éste material o jurídico.

BIBLIOGRAFIA

1. Eduardo Soto Kloss, *El Recurso de Protección Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1982.
2. Juan Manuel Errázuriz y Jorge Miguel Otero, *Aspectos Procesales del Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1989.
3. Revista Gaceta Jurídica.
4. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile.
5. Alejandro Solís de Ovando, *De los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición, Santiago, 1985.
6. Francisco Hoyos Henrechson, *Temas Fundamentales del Derecho Procesal*, Editorial jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1987.
7. Sergio Lira Herrera, *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1990.
8. Revista Fallos del Mes.

9. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Constitución Política de la República de Chile 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1993.

10. Mario Casarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos N°43, tomo III, 3ª edición, Santiago, 1974.

11. Rodríguez Garcés, Sergio. *Tratado de las Tercerías*, Ediciones Vitacura, 3ª edición, tomo I, Santiago, 1987, cita de G. Chiovenda.