



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

¿POSEEN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EL PLENO EJERCICIO DE
SUS DERECHOS CONSTITUCIONALES? ANÁLISIS DE LA CAPACIDAD DE LOS
MENORES PARA INTERPONER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SER SUJETOS
PASIVOS DE ELLA

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Autor:

VIVIANA DENISSE CORREA SOTO

Profesor Guía:

Augusto Quintana Benavides

Santiago, Chile

2017

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I. TEORÍA DEL PROCESO Y CAPACIDAD PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN GENERAL.....	5
1.1 Concepto de “proceso”	7
1.2 Naturaleza jurídica del proceso.....	15
1.2.1 Teorías contractualistas.....	16
1.2.2 Teoría de la relación jurídica.....	17
1.2.3 Teoría de la situación jurídica	18
1.2.4 Teoría de la pluralidad de relaciones	20
1.2.5 Teoría de la institución.....	21
1.3 Elementos del proceso	22
1.4 Las partes.....	24
1.4.1 Clasificaciones del concepto de partes.....	25
1.4.2 Capacidad: capacidad para ser parte, capacidad procesal y capacidad para comparecer.....	27
1.5 Comparecencia	36
CAPÍTULO II. NORMAS SOBRE CAPACIDAD PROCESAL EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	41
2.1 Principios y normas relativos a la capacidad procesal de los menores, presentes en la Convención sobre los Derechos del Niño	42
2.1.1 Principio del interés superior del niño	43
2.1.2 Principio de autonomía progresiva.....	52
2.1.3 Principio de participación	54
2.2 Normas y principios relativos a la capacidad procesal de los menores en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Europea de Derechos Humanos y Convención Americana de Derechos Humanos	56
2.2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	56
2.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos	58
2.2.3 Convención Europea de Derechos Humanos.....	60

CAPÍTULO III. ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y CAPACIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PARA INTERPONERLA.....	65
3.1 Breve análisis de los antecedentes históricos de la acción de protección y sus fundamentos	66
3.2 Naturaleza jurídica del recurso o acción de protección	72
3.2.1 ¿Recurso de protección o acción de protección?	72
3.2.2 ¿Tiene la acción de protección naturaleza cautelar?	77
3.2.3 Jurisprudencia	87
3.3 Características de la acción de protección.....	89
3.4 Sujetos activo y pasivo de la acción	91
3.5 Tramitación del recurso de protección	103
CAPÍTULO IV. ¿POSEEN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EL PLENO EJERCICIO DE SUS DERECHOS CONSTITUCIONALES? ANÁLISIS DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES PARA INTERPONER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SER SUJETOS PASIVOS DE ELLA	112
4.1 Regulación de la legitimación activa y pasiva en la acción de protección	113
4.1.1 Legitimación pasiva	113
4.1.2 Legitimación activa	114
4.2 Criterios de interpretación para el análisis de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para interponer la acción de protección	118
4.2.1 Principio de igualdad y de no discriminación arbitraria	118
4.2.2 Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República.....	125
4.2.3 Principio pro homine y favor libertatis	138
4.2.4 Derecho a la acción, derecho de petición y principio de inexcusabilidad	142
4.2.5 Niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos. Doctrina de la situación irregular y de la protección integral	145
4.3 Caso “Sabá Catalán con Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional”	153
4.4 Análisis del caso	160
CONCLUSIONES	164
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	168
ANEXO N° 1: Certificados de nacimiento.....	178
ANEXO N° 2: Recurso de protección Rol 34.545-2013 Corte de Apelaciones	180
ANEXO N° 3: Resolución que declara admisible el recurso de protección.....	197
ANEXO N° 4: “Informe” evacuado por el T.A.I.N.....	198
ANEXO N° 5: Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.....	201

ANEXO N° 6: Recurso de apelación, Rol de ingreso a Corte Suprema 16.601-2013.....	205
ANEXO N° 7: Sentencia dictada por la Corte Suprema	210

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo consiste en determinar si los niños, niñas y adolescentes pueden interponer de manera autónoma la acción de protección, y si, por tanto, poseen el libre ejercicio de sus derechos constitucionales. Además analizaremos si es posible que los menores de edad sean sujetos pasivos de la acción de protección.

La necesidad de estudiar este tema surge a partir del interés que nos suscita el caso “Sabá Catalán con Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional”, el único que a la fecha hemos identificado, en que un menor de edad interpone por sí mismo una acción de protección en contra del Tribunal de Alumnos del colegio en que estudiaba, representado también por un menor de edad.

Del estudio de las normas que regulan la acción de protección se desprenden dos posibles interpretaciones, una de las cuales no lleva a concluir indefectiblemente que los menores de 18 años no pueden interponer por sí mismos la acción de protección y otra conforme con la cual podemos afirmar lo contrario.

Para determinar cuál de las antedichas interpretaciones es la correcta, nos valdremos de ciertos principios y normas que consideramos relevantes en el marco de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, los que nos permitirán inclinarnos por alguna de estas posturas, dando así, respuesta a la pregunta central de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

La acción de protección se consagra por primera vez en el Acta Constitucional N° 3 del año 1976. Actualmente se encuentra regulada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Este instrumento jurídico surge con el objeto de dar protección a los derechos fundamentales respecto de los cuales no podía requerirse tutela por la vía del recurso de amparo, procurando, de ese modo, otorgar eficacia a los derechos fundamentales que, desprovistos de esta acción no eran más que una mera declaración de principios.

La referida acta reconoce la relevancia de esta acción en su Considerando 10, en el cual se señala:

“Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección. Uno de los más trascendentales lo constituye la creación de un nuevo recurso de protección de los derechos humanos en general, con lo cual el resguardo jurídico no queda sólo limitado al derecho a la libertad personal y al recurso de amparo, sino que se extiende a esos derechos cuya naturaleza lo permita”¹.

De este modo, la acción de protección se erige como el mecanismo jurídico que por excelencia permite dotar de protección a los derechos fundamentales ante eventuales privaciones, perturbaciones o amenazas que se sufran en su ejercicio. El artículo 20 de nuestra Carta Fundamental señala cuáles de los derechos consagrados en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo, quedan bajo la tutela de la acción de protección.

La pregunta que nos proponemos responder en este trabajo hace referencia a si los niños, niñas y adolescentes pueden interponer esta acción por sí mismos, sin requerir de la representación o autorización de sus representantes legales. Este

¹ Decreto Ley 1.552: Acta Constitucional N° 3 de los Derechos y Deberes Constitucionales. Diario Oficial, Santiago, Chile, 13 de septiembre de 1976. Considerando 10.

cuestionamiento surge a raíz de la pesquisa del caso, “**Sabá Catalán con Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional**”, una acción de protección interpuesta de manera autónoma por un adolescente, siendo, también, adolescentes los recurridos.

Existen diversas áreas del derecho en las cuales se regula de manera expresa la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para actuar en la vida jurídica, por ejemplo, en derecho civil y penal. Sin embargo, no existe tal regulación respecto de la capacidad de los menores para interponer la acción de protección. Este tema tampoco ha sido abordado mayormente por la doctrina, siendo escasa la literatura dedicada a desentrañar la interrogante relativa a la posibilidad de que los niños y adolescente interpongan la acción de protección autónomamente. El tema sólo es tratado tangencialmente por los autores al referirse al tipo de capacidad que se requiere para interponer la acción de protección. Esto podría deberse a que usualmente pensamos en los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo que requieren de la protección del Derecho y pocas veces nos preguntamos si los menores pueden ejercer ciertos derechos o acciones por sí mismos, pues damos por sentado que ellos carecen de las capacidades o conocimientos para hacerlo, lo cual se funda en la visión paternalista que el ordenamiento jurídico y nuestra sociedad en general ha construido respecto de ellos.

Al ser nuestro tema de análisis la capacidad de los menores para interponer la acción de protección, se vuelve necesario hacer referencia, primeramente, a la teoría del proceso, en el marco de lo cual, examinaremos el concepto de capacidad y sus diversas acepciones desde el punto de vista normativo y doctrinario, lo cual trataremos en el primer capítulo.

En el segundo capítulo de este trabajo, analizaremos diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, a fin de determinar si contienen normas relativas a la capacidad de los menores para ejercer las acciones que permiten proteger sus derechos fundamentales. Las convenciones que estudiaremos han sido ratificadas por nuestro país.

En tercer lugar estudiaremos la acción de protección, con especial énfasis en la regulación relativa a los sujetos activos y pasivos. Para ello, recurriremos a la regulación contenida en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental en relación a su artículo 19 y las disposiciones pertinentes del Auto Acordado de la Corte Suprema de 1992, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. Analizando, además, las interpretaciones que los profesores Cea Egaña y Nogueira han dado al artículo 2° inciso primero de dicho Auto Acordado, específicamente en lo que se refiere a la exigencia de capacidad de parecer en juicio para interponer la acción de protección, inclinarse por una u otra postura nos llevará a concluir, en un caso, que los niños, niñas y adolescentes no pueden interponer por sí mismos la acción de protección y en el otro, arribaremos a la conclusión contraria.

Finalmente, en el cuarto capítulo desarrollaremos la respuesta a la pregunta que origina este trabajo, valiéndonos de diversos criterios interpretativos que nos permitirán concluir si los niños, niñas y adolescentes pueden interponer por sí mismos la acción de protección y si, en consecuencia, podemos considerarlos como sujetos plenos de derechos.

Hacemos presente, que entendemos por sujetos plenos de derechos a aquellas personas que siendo titulares de derechos fundamentales los ejercen por sí mismos. Consideramos que procurar la protección de tales derechos es una forma de ejercerlos, por tanto, la acción de protección, nos parece, forma parte del ejercicio de todo derecho fundamental por ella protegido.

CAPÍTULO I: TEORÍA DEL PROCESO Y CAPACIDAD PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN GENERAL

El presente trabajo tiene por objeto determinar si los menores de 18 años poseen el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales y más específicamente si pueden interponer por sí mismos la acción de protección y a su vez, ser sujetos pasivos de ella.

El análisis de este tema adquiere relevancia en virtud del caso denominado “**Francisco Sabá Catalán con Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional**”, una acción de protección interpuesta el 21 de junio de 2013 por un menor de edad, Francisco Sabá, quien al emprender dicha acción, tenía diecisiete años²; del mismo modo que el representante del recurrido tribunal, Christopher Soto Maulén³.

En este capítulo en particular determinaremos si los niños, niñas y adolescentes poseen capacidad procesal. Primeramente, debemos señalar que en nuestro país existe muy escasa literatura en torno a este tema, toda vez que no ha llamado mayormente la atención de la doctrina, lo cual podría deberse al hecho de que parece ser indiscutido que un menor de edad no puede interponer una acción por sí mismo, esto a causa de la regulación que el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil han dado a esta materia.

En relación con lo anterior, cabe mencionar que el Código Civil realiza una importante clasificación de los menores de edad en su artículo 26:

“Llámesese *infante* o *niño* todo el que no ha cumplido siete años; *impúber*, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad*, o simplemente *mayor*, el que ha

² De acuerdo con Certificado de Nacimiento, fecha de nacimiento: 10 de abril de 1996. Disponible en Anexo N°1. p. 178.

³ De acuerdo con Certificado de Nacimiento, fecha de nacimiento: 5 de noviembre de 1996. Disponible en Anexo N°1. p. 178.

cumplido dieciocho años; y *menor de edad* o simplemente *menor*, el que no ha llegado a cumplirlos.”

Este precepto se relaciona estrechamente con lo dispuesto en el artículo 1447 del mismo cuerpo normativo, el cual señala:

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente.

Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.”

A partir de lo prescrito por estas normas podemos concluir que en materia civil, un infante y un impúber no pueden actuar sino representados por sus respectivos representantes legales; en cambio, en el caso del menor adulto la regla es más flexible, puesto que bajo ciertas circunstancias, además podrían actuar autorizados.

Cabe mencionar que también en materia penal se realizan distinciones entre los menores según rangos etarios, de modo tal que sólo responderán penalmente los menores que al momento de la ejecución del delito tengan entre 14 y 18 años de edad, así lo ha consagrado el artículo 3° inciso primero de la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente⁴:

“La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución al delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes.”

⁴ Ley 20.084: Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Diario Oficial, Santiago, Chile, 7 de diciembre de 2005.

Por su parte, la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia⁵ distingue entre niñas y niños por un lado y adolescentes por otro, señalando en su artículo 16 inciso tercero que:

“Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”

Como es posible apreciar en las disposiciones citadas, tanto para la legislación civil como penal, no todos los menores son iguales en cuanto derechos y obligaciones.

Para poder cumplir con el objetivo de este primer capítulo, examinaremos las reglas sobre capacidad procesal en general, para que posteriormente determinemos si los menores de edad poseen capacidad para interponer acciones constitucionales, específicamente la acción de protección y además ser legitimados pasivos de ella.

Con el objeto de llevar a cabo la tarea que nos proponemos, serán analizados en este apartado los términos “proceso” y su naturaleza jurídica desde el punto de vista de diversos autores, esto debido a que dicho concepto se relaciona directamente con la definición de “parte” que sostengamos. Además, estudiaremos los conceptos “capacidad para ser parte”, “capacidad procesal”, “capacidad para comparecer”, “*legitimatío ad causam*” y “*legitimatío ad processum*”.

1.1 Concepto de “proceso”

Antes de entrar al análisis del concepto de “parte” y de establecer si los menores de edad tienen capacidad para serlo y si poseen capacidad procesal,

⁵ Ley 19.968: Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, Santiago, Chile, 30 de agosto de 2004.

debemos determinar qué entendemos por proceso, en tanto que las partes son un elemento constitutivo de éste, lo cual vuelve relevante su estudio.

El profesor Mario Casarino define el proceso como una herramienta que otorga al titular de un derecho vulnerado, la posibilidad de recurrir al Estado para que éste le otorgue su protección por medio de los tribunales de justicia o jueces, quienes actúan ante la petición deducida por el afectado a causa de la violación de alguno de sus derechos, usualmente esto se realiza por la vía de la interposición de una acción, resolviendo el órgano jurisdiccional el conflicto jurídico que se somete a su conocimiento mediante la dictación de una sentencia.

En palabras del propio autor: "(...) entre la interposición de la demanda y la dictación de la sentencia, se desarrollan una serie de actos de carácter procesal, cuyo conjunto recibe el nombre de *proceso*. Esta palabra proceso es de uso relativamente reciente, pues antes se usaba el término juicio, sinónimo de declaración del derecho; pero es preferible la primera, porque es mucho más amplia, ya que comprende tanto los actos procesales de las partes como los del tribunal, cualquiera que sea la naturaleza de éstos -contenciosos o voluntarios-, y porque, además, involucra a la ejecución y a las medidas precautorias, que no son precisamente instituciones tendientes a declarar derechos, sino que persiguen el cumplimiento compulsivo o la cautela anticipada de ellos.

Con razón se ha dicho, pues, que el término proceso es el género, y el término juicio, la especie. Este último supone, generalmente, controversia y declaración del derecho correspondiente. El primero, en cambio, implica la idea de tutela jurisdiccional del Estado en favor de los particulares en cualquiera de sus variadas formas"⁶.

De lo expuesto, es posible concluir que para el profesor Casarino juicio y proceso son conceptos diversos, radicando esta diferencia en que son elementos

⁶ CASARINO, M. 2005. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo III. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 19.

esenciales de un juicio la existencia de una contienda jurídica -entendida como posiciones jurídicas contradictorias sostenidas por las partes y la consecuente declaración de un derecho a favor del sujeto activo o pasivo- en cambio dicho elemento no es propio del concepto de proceso, ya que éste apunta a la tutela que ha de prestar el Estado a las personas que así lo requieran, de este modo, un proceso no contencioso es un proceso, mas no un juicio.

Sin perjuicio de que adherimos a la definición entregada por el profesor Casarino, advertimos que “proceso” no es un concepto sobre el que exista consenso en la doctrina y así lo han hecho notar Jaime Guasp y Pedro Aragonese⁷, quienes sostienen que existen algunas posturas conceptuales básicas en torno a la noción de proceso, que pueden clasificarse esencialmente en dos grupos: el primero grupo, que reúne a las teorías de orientación predominantemente material y el segundo a las de orientación predominantemente formal.

i. Teorías de orientación material

Conforme con lo establecido por estas teorías, el proceso se identifica con la resolución de un conflicto. En palabras de Guasp y Aragonese: “La idea fundamental de que parte esta orientación es sencilla, por lo menos en su formulación elemental. Se arranca del hecho evidente de la existencia del hombre como ser que vive en sociedad. La convivencia humana da lugar a roces o fricciones entre los miembros de la comunidad, es decir, colisiones entre ellos. Semejantes colisiones deben ser reguladas, justamente por el derecho; sino (sic) peligrarían la paz y justicia sociales”⁸.

Ante la presencia de estos conflictos, se identifican diversas formas de solución, la cual puede ser voluntaria, siendo, en este caso, los propios interesados los llamados a llegar a un acuerdo, a esto se denomina “autocomposición”, la cual se

⁷ GUASP, J. Y ARAGONESES, P. 1998. Derecho Procesal Civil. 4º ed. Tomo I. Madrid. Editorial Civitas. p. 27.

⁸ *Ibidem*.

presenta en los casos de allanamiento, transacción, desistimiento y renuncia; y por otro lado, cuando la solución viene de parte de un tercero, nos enfrentamos a la figura denominada “heterocomposición”, la que puede tener lugar mediante la intervención de lo que estos autores han denominado un “tercero espontáneo”, como en el caso de la mediación o buenos oficios, o por la intervención de un “tercero provocado”, este es el caso de la conciliación y el arbitraje. En caso de que no sea posible llegar a la solución del conflicto de manera consensuada entre las partes en disputa, se deberá recurrir a su resolución coactiva, a partir de la cual surge la institución del proceso.

En cuanto consideramos que el proceso pretende resolver un conflicto, es menester indagar sobre su contenido y alcance. Los mismos autores⁹ han definido el conflicto desde tres puntos de vista; en primer lugar, puede ser definido como una colisión de carácter intersubjetivo, pues el ser humano, aisladamente considerado, se forma fundamentalmente por tres aspectos: afectivo, volitivo e intelectual. En atención a ello, el derecho, y más específicamente el proceso, tiene por objeto resolver conflictos de índole cognitiva y volitiva que se generen en la comunidad. Si se considera el conflicto como una disputa intelectual consistente en una diferencia de opiniones o posturas, el proceso deberá cumplir con resolver una duda lógica, identificándose, entonces, con un acto intelectual que tiene por objeto afirmar una tesis lógica, es decir, con un juicio. En cambio, si consideramos que el conflicto tiene naturaleza volitiva, se identifica con una contraposición de voluntades, siendo el proceso el llamado a resolver, debiendo operar la composición de voluntades discordantes, lo cual se identifica con el concepto de litigio.

En segundo lugar, podemos ver el conflicto desde un punto de vista objetivo, considerando al hombre, ya no en su individualidad, sino como la contraposición de dos o más personas en relación con un determinado objeto o bien de la vida; la relación que se tiene respecto de este bien se denomina “interés”, en consecuencia,

⁹ *Ídem.* p. 28.

los conflictos sociales se definen como “conflictos de intereses”; en este caso, el proceso debe resolver esta disyuntiva.

Finalmente, desde otro prisma, es posible establecer que el conflicto es una colisión de actividades, esto es, de las diversas posiciones en que se encuentran dos personas cuando discrepan entre sí en relación con el estado en que se hallan o con las actitudes que asumen. En este caso se contraponen una pretensión y una resistencia, las que al entrecruzarse dan lugar a la *litis*.

Guasp y Aragoneses¹⁰ sostienen que respecto de las teorías que definen el proceso desde el punto de vista material, puede realizarse una crítica que se sintetiza de la siguiente manera: la definición que entregan estas teorías resulta ser materialmente excesiva y formalmente insuficiente. Se considera materialmente excesiva toda vez que puede existir un conflicto social en el proceso, pero ello no ha de ser así necesariamente, puesto que por consideraciones de hecho puede no existir confrontación alguna, o de derecho, cuando no existe la posibilidad de que la discrepancia entre las partes constituya un conflicto jurídico. Se dice que es formalmente insuficiente porque el conflicto no es suficiente para dar lugar a un proceso. Las confrontaciones entre sujetos deben ser llevadas ante el juez para que pueda tener existencia el proceso y ello no es explicado satisfactoriamente por las teorías del conflicto.

ii. Teoría de orientación formal

Guasp y Aragoneses definen estas teorías de la siguiente manera: “Las doctrinas que se inspiran en una orientación formal del proceso pueden también ser englobadas en una rúbrica común que las abarque a todas, a pesar de sus ulteriores diferencias: esta rúbrica común es la de *la actuación del derecho*, pues, en definitiva, con unas u otras palabras, todas las teorías de este grupo ven en el proceso un instrumento destinado a la realización, protección o tutela, o puesta en práctica del

¹⁰ *Ibidem*.

derecho mismo”¹¹. Estas doctrinas parten de la base de que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas determinadas que, en principio, deben ser cumplidas voluntariamente por sus destinatarios, pero que, por no ser de carácter necesario sino defectible, pueden ser vulneradas o desconocidas por éstos.

Estas doctrinas -según lo preceptúan los autores¹² antes citados- reconocen la posibilidad de que existan inactuaciones del derecho, las que pueden ser solucionadas por el propio interesado en que ello ocurra, mediante la autodefensa o autoayuda; sin embargo, esto ocurre en un número muy reducido de casos, motivo por el cual el remedio general de estas inactuaciones incumbe generalmente al Estado a través de los tribunales, que se encarga de la realización coactiva del derecho, protegiéndolo o tutelándolo cuando ello sea necesario. El proceso, por tanto, se destina a tal realización coactiva; este derecho a realizarse mediante el proceso puede ser el derecho subjetivo u objetivo mismo.

Desde un enfoque subjetivo; de la disciplina procesal, el proceso consistiría en la actuación de los derechos subjetivos, a este respecto, surge la primera crítica a esta definición, la que dice relación con que en la mayor parte de los procesos está involucrado un derecho subjetivo como materia sujeta a resolución mediante éste, y a consecuencia de aquello, es que se prefiere hacer referencia a la protección de una esfera jurídica del particular, abarcando sus situaciones o posiciones jurídicas o poderes jurídicos.

De acuerdo con la concepción objetiva, que según Guasp y Aragoneses es la teoría actualmente dominante¹³, el proceso da lugar a la realización del derecho objetivo mismo, teniendo por tal al conjunto de normas jurídicas existentes en el sistema. Sabiendo que toda norma jurídica está formada por un supuesto de hecho y sus correlativas consecuencias jurídicas, es que el proceso tendría por finalidad

¹¹ *Ídem.* p. 29.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ídem.* p. 30.

verificar la ocurrencia de este supuesto de hecho y proveer pruebas que permitan aplicar la consecuencia jurídica que correspondan.

Esta teoría, a la inversa de la crítica de la teoría precedentemente descrita, es reprochada por considerarse materialmente insuficiente y formalmente excesiva. Sería materialmente insuficiente, toda vez que no se refiere a la necesidad social existente en la actuación del derecho. Por tanto, estimar que el proceso sólo tiene por objeto la realización del derecho mismo implica desconocer el objeto propio de la norma, que se relaciona directamente con el interés de la sociedad. Por otra parte, se considera formalmente excesiva porque no toda inactuación del derecho origina un proceso, como lo afirman estas teorías.

Los autores creen que “[l]a superación de las dos posiciones anteriores sólo puede lograrse estableciendo una base sociológica y una base normativa del concepto del proceso”¹⁴.

La base sociológica consiste en reconocer que el ser humano forma parte de una comunidad en la cual los hombres conviven y producto de los problemas propios de dicha convivencia hay quienes reclaman o se quejan frente a otros miembros de la comunidad, dando origen a conflictos que requieren ser resueltos.

La base normativa consiste en que estos problemas sociales se convierten en figuras jurídicas. La queja social se transforma jurídicamente en una pretensión y la institución que permite atender estas pretensiones se denomina proceso. Desde esta perspectiva, el proceso se constituye en un instrumento de satisfacción de pretensiones. Entendiendo por satisfacción el hecho de que el juez examine y decida sobre la queja del particular. Por su parte, la pretensión no se condice con una simple queja, sino como una reclamación formalmente dirigida al organismo que tenga encargada la resolución de conflictos jurídicos.

¹⁴ *Ibidem.*

Finalmente, Guasp y Aragoneses concluyen que “todo proceso exige una pretensión, toda pretensión lleva consigo un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión”¹⁵. Ahora bien, entendiendo el proceso como aquella institución destinada a la satisfacción de pretensiones, corresponde analizar los siguientes elementos: sujetos, objeto y actos que intervienen en esta satisfacción de pretensiones¹⁶.

i. Respecto de los sujetos del proceso, en primer lugar encontramos al sujeto activo, al que se denomina “pretendiente” y se define como aquel que pone en movimiento el aparato jurisdiccional para dar solución a un conflicto o problema jurídico que le aqueja. En palabras sencillas, es quien formula la pretensión. Por encima de este sujeto se halla el aparato jurisdiccional, que es el llamado a resolver sobre esta pretensión que se plantea imponiendo coactivamente su decisión a la sociedad. Finalmente, encontramos al sujeto contra el cual se ejerce la pretensión.

ii. El objeto del proceso es la pretensión que se desea satisfacer. A este respecto, cabe resaltar que existen diversos conceptos de pretensión:

a) Si se solicita al tribunal una declaración de voluntad que exige conocimiento del fondo del asunto, la pretensión se denomina de “cognición”. Este tipo de pretensiones, a su vez, puede clasificarse en aquellas que tienden a crear, fijar o imponer una cierta situación jurídica.

b) Si lo que se solicita es una conducta física, contando el pretendiente con un título, que en consecuencia no exige conocimiento de fondo del asunto, estamos en presencia de una pretensión de “ejecución”. Este tipo de pretensiones pueden ser de dación o de transformación, dependiendo de si tienden a obtener una entrega o un hacer físico distinto de la entrega.

¹⁵ GUASP, J. y ARAGONESES, P. Ob. cit. p.31.

¹⁶ *Ibidem*.

c) La actividad que supone la satisfacción de la pretensión se conforma por una serie de actos que se desarrollan de manera consecutiva y en un orden determinado, de modo que si faltare un acto precedente no puede darse paso válidamente al acto posterior. Estos actos reciben el nombre de “procedimiento”. Por tanto, en todo proceso debe haber un procedimiento, pero debemos tener presente que proceso y procedimiento no son conceptos idénticos; existe procedimiento en ámbitos diversos del jurisdiccional, así como existe también un procedimiento legislativo y administrativo.

iii. Por último, la satisfacción de pretensiones por medio del proceso entraña una serie de actividades o actos de carácter procesal. “Ahora bien, es característico el que, en el proceso, la pluralidad de actos que se realizan se encadenan de la misma manera que lo están los dos elementos fundamentales ya señalados, es decir, se ligan de modo que sin cada acto anterior ninguno de los siguientes tiene validez, y sin cada acto siguiente ninguno de los anteriores tiene eficacia. Este encadenamiento recibe el nombre técnico de procedimiento.”¹⁷

1.2 Naturaleza jurídica del proceso

La determinación de la naturaleza jurídica del proceso es un tema discutido en la doctrina procesal. Es así que se han planteado numerosas teorías, de las cuales, analizaremos las de mayor relevancia.

¹⁷ *Ídem.* pp. 32-33.

1.2.1 Teorías contractualistas

En opinión de los profesores Guasp y Aragoneses¹⁸, existen dos vertientes de esta teoría: la contractualista y la cuasicontractualista.

i. Teoría contractualista pura: conforme con esta teoría, existiría una convención entre demandante y demandado, en la que se fijarían los puntos del conflicto y a partir de la cual surgen los poderes del juez. Su origen radica en la institución del Derecho Romano denominada *litis contestatio* y que considera el proceso como un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades tendiente a encontrar una solución al conflicto jurídico que se plantea entre las partes. Esto ha sido criticado, puesto que, de tener tal calidad el proceso, las partes no podrían modificar lo contenido en sus escritos de demanda y contestación y el juez sólo podría pronunciarse sobre lo expuesto en ellos.

ii. Teoría cuasicontractualista: en una segunda vertiente, se ha señalado que el proceso se identifica con un cuasicontrato, toda vez que el demandado no se somete voluntariamente a la jurisdicción del juez. “La *teoría cuasicontractual*, extendida en sectores atrasados de la ciencia y del derecho positivo, para la cual el proceso no es un verdadero contrato, sino un cuasicontrato, precisamente el llamado *cuasicontrato de litiscontestatio* [sic]; los vínculos procesales nacen de la voluntad unilateral de un sujeto, el cual, con su conducta unida a ciertos hechos, liga válidamente a personas distintas.”¹⁹

¹⁸ *Ídem*. p. 34.

¹⁹ *Ibidem*.

1.2.2 Teoría de la relación jurídica

Esta doctrina es de origen alemán y ha sido desarrollada posteriormente en Italia, algunos de sus exponentes son Chiovenda y Calamandrei²⁰.

De acuerdo con Guasp y Aragoneses, existen abundantes críticas a esta teoría, sin perjuicio de lo cual, puede considerarse hoy todavía como dominante dentro del campo del derecho procesal civil²¹.

De conformidad con esta visión, la actividad de las partes y la del juez se hallan legalmente reguladas, sosteniendo, además, que el proceso crea derechos y obligaciones para los sujetos que en él intervienen, siendo su misión fundamental la actuación de la ley, formándose así una relación jurídica de carácter procesal, perteneciente al derecho público. Esta relación se evidencia en la siguiente frase de Calamandrei "(...) actos procesales realizados por diversas personas se vinculan entre sí, como componentes de un procedimiento único e individualizado, no ya por su exterior aproximación espacial y temporal, y no sólo por su conexión teleológica; sino también porque, desde el inicio hasta el final de la serie, cada uno de ellos nace como consecuencia de aquel que lo ha precedido, y, a su vez, obra como estímulo del que le sigue"²².

Para esta teoría, el proceso engloba la existencia de derechos y obligaciones recíprocos entre distintos sujetos.

Existen múltiples manifestaciones en cuanto a la índole, contenido y significación de la relación jurídica del proceso²³:

²⁰ CALAMANDREI, P. 1973. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. 1. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. pp. 334-342.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ídem*. p. 334.

²³ GUASP, J. y ARAGONESES, P. Ob. cit., p. 35.

i. Se discute acerca de la índole de la relación jurídica del proceso, si ésta es de carácter público o privado, mediata o inmediata, simple o compleja, dependiente o autónoma.

ii. En lo que respecta al contenido, si los vínculos que encierra se discute si se dan entre el juez y las partes y las partes entre sí o sólo entre el juez y las partes o sólo entre éstas.

iii. Respecto al significado de la relación jurídica procesal, surge la interrogante de si se trata de una consecuencia o requisito del proceso. En el primer caso, nacerá con la mera presentación de la demanda; en el segundo requerirá que se acrediten una serie de circunstancias taxativas denominadas presupuestos procesales.

Con todo, se realizan dos críticas a esta teoría, independiente de la concepción particular que a su respecto se tenga; primeramente, no existen verdaderos derechos y obligaciones procesales; en segundo lugar, aunque se acepta su existencia, al ser múltiples, requieren ser explicados mediante un concepto superior. La primera objeción da lugar a la teoría de la situación jurídica y la segunda a la institución jurídica procesal.

1.2.3 Teoría de la situación jurídica

Esta teoría debe su existencia a Goldschmidt²⁴, quien se contrapone a la idea anteriormente descrita de proceso, caracterizándolo sólo como un conjunto de situaciones jurídicas, esto es, expectativas para las partes, posibilidades para ellas, o liberación de cargas procesales. Todo esto se traduce en situaciones jurídicas dentro del proceso. También señala que el juez no tiene deberes ni obligaciones, sino que,

²⁴ CASARINO, M. Ob. cit., p. 20.

como órgano del Estado, es quien rige y gobierna el proceso con estricta sujeción a la ley.

Entonces, según esta teoría, “[l]a obligación del Juez de emitir su fallo no es una obligación procesal, sino una obligación *ex officio* que, como funcionario público, corresponde al Juez frente al Estado. Las partes tampoco tienen verdaderos deberes ni derechos; sólo sumisión como ciudadanos al cumplimiento de deberes o, en su caso ejercicio de derechos públicos al margen del proceso. En el proceso no hay, pues, una relación jurídica, sino una mera situación jurídica, la cual se define, por oposición a la correlación de deber y derecho que caracteriza a la relación jurídica (...)”²⁵.

Ante esta crítica, Guasp y Aragoneses sostienen que “(...) frente a esta escéptica y poco jurídica concepción del proceso es preciso afirmar que sí existen verdaderos deberes y derechos procesales. El que en cada caso concreto, los supuestos que se aducen aparezcan como derechos y obligaciones de y frente al Estado no constituye un argumento insoslayable, pues precisamente el Estado constituye uno de los sujetos procesales, y la potestad pública frente a las partes, así como la sumisión de las partes en el proceso, que se verifica siempre a través del Juez, es en consecuencia, una verdadera vinculación procesal. Por otra parte, los elementos propuestos de la situación jurídica, especialmente las posibilidades y las cargas no son categorías autónomas desligadas de los deberes y derechos, sino, por el contrario, elementos de los mismos; así, la posibilidad es realmente la posición favorable en que se encuentra el titular de un derecho subjetivo respecto a su ejercicio, como la carga es la posición desfavorable en que se encuentra tal titular con relación al no ejercicio; igual que la potestad y la responsabilidad son, respectivamente, las posiciones favorables y desfavorables en que, con relación al

²⁵ GUASP, J. y ARAGONESES, P. Ob. cit., p. 35.

cumplimiento o incumplimiento de una obligación, se encuentra el titular de la misma”²⁶.

1.2.4 Teoría de la pluralidad de relaciones

Esta teoría es formulada por el profesor Carnelutti, quien sostiene que en el proceso se verifica la presencia de una serie de relaciones jurídicas que nacen de la combinación de una obligación y eventualmente de un derecho, y que tienen por finalidad proveer la solución a un conflicto de intereses. En palabras del propio autor:

“ a) Cuando un conflicto de intereses se componga mediante un mandato jurídico, se convierte en relación jurídica. Esta no es más que la expresión de la composición de un conflicto mediante el Derecho, (...)

b) Como es natural, la relación jurídica, lo mismo que el conflicto de intereses, presenta dos caras, cada una de las cuales corresponde a uno de los intereses en conflicto (...)

c) La situación jurídica pasiva consiste en la subordinación de un interés, efectuada mediante una medida jurídica. Cuando como sucede en general, la medida adoptada sea una sanción, como ésta obra en el sentido de vincular la voluntad del titular del interés subordinado mediante el temor del mal amenazado, la situación se concreta en la subordinación de un interés mediante un vínculo impuesto a la voluntad o, invirtiendo los términos, en un vínculo impuesto a la voluntad para la subordinación de un interés. Este tipo de relación jurídica recibe el nombre de obligación.

d) A su vez, la situación jurídica activa, que es el término correlativo de la otra, consiste en el prevailecimiento de un interés, efectuado mediante una medida jurídica. En general, y especialmente cuando la medida adoptada sea una sanción,

²⁶ *Ídem.* p. 36.

puede suceder que el predominio del interés esté garantizado por el Derecho, no incondicionalmente, sino bajo la dependencia de la voluntad de su titular, de tal modo que la obligación exista no sólo en virtud del mandato jurídico, sino también de la voluntad del titular del interés garantizado. En tal caso, al prevalecimiento de un interés obtenido mediante un poder atribuido [sic] a la voluntad del interesado, corresponde la subordinación de un interés obtenido mediante un vínculo de la voluntad de su titular. Siendo así, frente a la noción de la obligación se halla la de derecho subjetivo, que es precisamente, un poder atribuido [sic] a la voluntad de una persona para el prevalecimiento de su interés (...)”²⁷.

1.2.5 Teoría de la institución

Su principal exponente es Jaime Guasp; de acuerdo con este autor, en el proceso existen derechos y deberes jurídicos. Así, afirma que “[e]l proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones”²⁸.

Sostiene, además, que “institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. Hay, pues, dos elementos fundamentales en toda institución: la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma (...)”²⁹.

La idea común u objetiva se corresponde con la satisfacción de una pretensión. Las voluntades de los particulares partícipes en el proceso adhieren a esta idea común. Así lo hace el juez al dictar sentencia, el demandante en relación a

²⁷ CARNELUTTI, F. 1944. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. pp. 29-30.

²⁸ GUASP, J. y ARAGONESES, P. Ob. cit., p. 169.

²⁹ *Ídem.* p. 36.

su pretensión y el demandado en su oposición, lo que da cuenta de que cada sujeto en el proceso tiene posiciones diversas respecto de esta idea común.

1.3 Elementos del proceso

Respecto a los elementos del juicio, debemos distinguir entre elementos constitutivos y elementos esenciales o de validez. Son elementos constitutivos:

- i. Contienda jurídica actual
- ii. Partes
- iii. Tribunal.

La falta de alguno de estos elementos implica según Casarino, “(...) la inexistencia o desnaturalización de la institución en referencia”³⁰.

Por otra parte, son condiciones de validez:

- i. Competencia del tribunal llamado a resolver la contienda
- ii. Capacidad de las partes litigantes para comparecer en juicio
- iii. Observancia de formalidades prescritas por la ley para la validez de los diversos actos que lo constituyen.

Los elementos constitutivos y las condiciones de validez se denominan “presupuestos procesales”.

En lo que se refiere a los elementos del proceso, éstos son: sujetos, contienda jurídica y tribunal o juez.

³⁰ CASARINO, M. Ob. cit., p. 22.

De acuerdo con Casarino, los sujetos “[p]ueden definirse diciendo que son aquellas personas que sostienen ante el tribunal un conflicto jurídico y actual acerca de sus propios derechos. Reciben el nombre genérico de litigantes. La parte que pide la declaración o protección de su derecho recibe el nombre de demandante. La parte en contra de la cual se pide esta declaración o protección recibe el nombre de demandado.”³¹ Éstos no se encuentran en un plano de igualdad sino que se plantea una relación jerárquica entre demandante y demandado por una parte y el tribunal o juez por otra.

El segundo elemento es la contienda, la que debe ser de carácter jurídico, lo cual implica que la discusión que se plantea al juez verse sobre uno o más derechos y, además, debe tratarse de una contienda jurídica actual, esto es, que exista una concreta perturbación o amenaza al derecho del titular, cuya declaración o protección se solicita al tribunal.

Cabe mencionar que en un juicio se plantean asuntos de hecho y de derecho que deben ser resueltos, por lo cual se desarrollan tres fases destinadas o que ello sea posible: discusión, prueba y sentencia.

- i. El periodo de discusión inicia con la interposición de la acción, usualmente una demanda; posteriormente, esta acción se notifica al demandado, quien deberá dar contestación a dicha demanda; además, podría haber lugar a escritos de réplica y dúplica en caso de que se tratase de un juicio ordinario. Esta fase también podría comenzar por medio de una medida prejudicial, cuya finalidad es preparar la demanda o asegurar el resultado de la acción.
- ii. En segundo lugar se halla el periodo probatorio, destinado a que las partes rindan las pruebas que consideren atingentes para acreditar los puntos de hecho que ha fijado a este respecto el juez. Casarino recuerda que

³¹ *Ídem*, p. 23.

“[e]n estricta doctrina, el periodo de prueba debiera estar destinado, única y exclusivamente, a suministrar los medios probatorios. Así es como en nuestro Derecho Positivo y luego de la modificación introducida por la Ley N° 18.705 a nuestro Código de Procedimiento Civil, dentro del término probatorio deberá solicitarse toda diligencia de prueba que no se hubiere pedido con anterioridad a su iniciación, siendo por ello entonces un término fatal para solicitar cualquier diligencia probatoria (...)”³².

iii. En tercer lugar se ubica el periodo de sentencia, el cual se corresponde con el momento en que el tribunal dirime el conflicto jurídico y actual que le fue presentado para su decisión, la cual da a conocer a través de una sentencia definitiva, en la que se establece la efectividad de los hechos conforme la prueba rendida declarando o denegando el derecho controvertido.

El último elemento constitutivo del proceso que analizaremos es el tribunal, que es el órgano llamado a resolver el conflicto jurídico que se plantea, el cual puede estar conformado por uno o más jueces, dependiendo de si se trata de un tribunal unipersonal o colegiado; también forman parte de él los denominados funcionarios auxiliares de la justicia.

1.4 Las partes

Jaime Guasp sostiene que el concepto de parte es netamente procesal. Por ello, señala que “[p]arte es *quien pretende y frente a quien se pretende*, o, más ampliamente, quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión”³³. En consecuencia, ostentará la calidad de parte quien tenga la titularidad, activa o pasiva de la pretensión.

³² *Ibidem*.

³³ GUASP, J. Ob. cit., p. 169.

Para Piero Calamandrei, con el concepto de parte se hace referencia a las personas entre las cuales versa el litigio ante el juez, así, “se llaman ‘partes’ los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay contraposición de adversarios que compiten entre sí para la obtención de una victoria (...)”³⁴.

Conforme a lo antes expuesto, un elemento constitutivo del juicio son las partes, definidas como los sujetos entre los cuales se suscita la controversia jurídica sometida a la resolución del tribunal, uno de las cuales es titular de un derecho que alega ha sido vulnerado (quien pretende, en términos de Guasp), a quien denominaremos “sujeto activo de la acción”, usualmente demandante, y de otro lado encontramos al sujeto pasivo, que es de quien se alega ha vulnerado el derecho del primero (frente a quien se pretende).

1.4.1 Clasificaciones del concepto de partes³⁵

–Partes directas u originarias: son aquellas personas que han iniciado un juicio, sea por voluntad propia o porque, habiendo sido iniciado el juicio, han sido forzosamente llamadas a él, es decir, quien promueve la acción y contra quien se ejerce ésta.

–Partes indirectas o derivadas: son aquellos sujetos denominados terceros, los cuales concurren al proceso en forma voluntaria una vez que éste ya ha sido iniciado. A su vez, los terceros pueden ser subclasificados en: 1) terceros coadyuvantes, 2) terceros independientes y 3) terceros excluyentes.

Como ya ha sido mencionado anteriormente, las partes constituyen uno de los elementos subjetivos del proceso, junto con el tribunal; en definitiva, son partes el

³⁴ CALAMANDREI, P. 1973 Instituciones del Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código. Vol II. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 293.

³⁵ CASARINO, M. Ob. cit., p. 26.

sujeto activo y sujeto pasivo de la acción, como por ejemplo, demandante y demandado, recurrente y recurrido, ejecutante y ejecutado, etc., es decir, son, por un lado, quien ejerce la acción a consecuencia de una vulneración de sus derechos y por otro contra quien se emprende tal acción.

Con respecto a la idea de parte, Francisco Hoyos³⁶ distingue entre el concepto de parte en sentido material y parte en sentido formal.

–Se entiende por parte en sentido material, a los titulares de los intereses que dan lugar al conflicto jurídico. Estos sujetos sustentan posiciones opuestas en el proceso. “El litigio establece una relación jurídica material entre los titulares del interés en conflicto. Si los sujetos del mismo son dos, significa que dos son los intereses en conflicto, la relación es única (...)”³⁷.

–Cuando el titular del derecho que se invoca en el proceso no tiene la aptitud para ejercer por sí mismo estos derechos, debiendo actuar con la autorización o representación de otra persona, como es el caso de los incapaces, que requieren de un representante legal, que es el caso de los menores adultos, serán sus padres, estamos en presencia de una parte en sentido formal.

Francisco Hoyos denomina a la parte en sentido material “titular del interés” y a la parte en sentido formal, “titular de la voluntad”, señalando que la regla general es que ambas calidades residan en una misma persona, puesto que la capacidad también lo es, siendo la incapacidad una excepción que da lugar a que una persona distinta del interesado obre en su nombre.

En contraposición a esta postura, Jaime Guasp indica que “[l]a calidad de parte la da la titularidad activa o pasiva de una pretensión. Fuera del proceso podrá

³⁶ HOYOS, F. 2001. *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*. Santiago. Editorial ConoSur. pp. 200-202.

³⁷ *Ídem*, p. 200.

haber contraposiciones de sujetos, como las partes de un contrato, pero estas situaciones no guardan o no tienen por qué guardar identidad con las partes procesales. Por ello, para el proceso, no hay partes materiales y formales, sino sólo la condición de ser o no parte procesal”³⁸.

Piero Calamandrei tampoco concuerda con la distinción entre parte formal y parte material, señalando que “la cualidad de parte se adquiere, *con abstracción de toda referencia al derecho sustancial*, por el solo hecho, *de naturaleza exclusivamente procesal*, de la proposición de una demanda ante el juez: la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone, adquieren sin más, por este solo hecho, la calidad de partes del proceso que con tal proposición se inicia; aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibile (...), basta ella para hacer que surja la relación procesal cuyos sujetos son precisamente las partes. Las partes son *el sujeto activo y el sujeto pasivo de la demanda judicial*”³⁹.

En consecuencia, existen dos posiciones al respecto, una de las cuales sustenta la idea de que hay dos categorías de parte, esto es, parte formal y parte material, y por otro lado, la doctrina según la cual se establece que la calidad de parte sólo la detenta quien interviene en el proceso como sujeto activo o pasivo de la acción, sin hacer distingo entre parte material y formal.

1.4.2 Capacidad: capacidad para ser parte, capacidad procesal y capacidad para comparecer

Del mismo modo en que existen opiniones divergentes en materia de la definición de parte y específicamente respecto a la clasificación de parte formal y material, existen diversas posturas en lo que se refiere a la capacidad para ser parte. Analizaremos especialmente las posturas de Mario Casarino, quien define la

³⁸ GUASP, J. Ob. cit., p. 169.

³⁹ CALAMANDREI, P. Ob. cit. “Instituciones de Derecho...”. Vol. II., p. 297.

capacidad sólo en relación a la comparecencia; la de Jaime Guasp, quien diferencia entre capacidad para ser parte, capacidad procesal y *legitimatío ad causam*; la posición de Carlos Stoehref, quien distingue entre capacidad para ser parte, capacidad procesal y comparecencia, haciendo expresamente el distingo entre las dos últimas; la de Piero Calamandrei, quien diferencia entre capacidad para ser parte y capacidad para obrar y, finalmente, la de Cristián Maturana, que define capacidad para ser parte, capacidad procesal y *legitimatío ad processum y ad causam*.

I. Concepción de Casarino

En primer lugar, analizaremos la postura de Casarino, quien al definir la capacidad de las partes señala que existe un principio fundamental en derecho procesal según el cual, para comparecer válidamente en juicio, se requiere tener capacidad para ello.

Como podemos apreciar, al hablar sobre capacidad, el autor vincula este término inmediatamente con el de comparecencia; en consecuencia, no distingue entre capacidad para ser parte y capacidad procesal, sino que se refiere directamente a la comparecencia.

El autor establece que no existe norma alguna en el Código de Procedimiento Civil referente a la capacidad para comparecer, lo cual vuelve necesario recurrir a las distintas legislaciones de fondo, ya sea que se trate del Código Civil, Código Penal, Código de Minería, etc.

De acuerdo con estos códigos de fondo, sabemos que la capacidad es la regla general y las incapacidades son la excepción, éstas deben señalarse expresamente en la ley y de manera taxativa. Con todos estos antecedentes, Casarino concluye que "(...) para ser capaz de comparecer en juicio se requiere ser persona, es decir, sujeto de derecho, y no estar afecto a ninguna causal especial de incapacidad"⁴⁰. Entonces, según el autor, no podrán comparecer en juicio los animales, las cosas

⁴⁰ CASARINO, M. Ob. cit., p. 25.

inanimadas, asociaciones que no cuenten con personalidad jurídica, entre otros. Tampoco podrían hacerlo los menores de edad, las mujeres casadas, los declarados en interdicción por demencia, por prodigalidad, etc.

El artículo 1447 del Código Civil señala quiénes son incapaces, distinguiendo entre incapaces absolutos y relativos; dentro de los primeros encontramos a los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender con claridad; los actos que realicen estos sujetos en la vida del derecho no tienen valor alguno, por tanto, ni siquiera producen obligaciones naturales. Por otra parte, encontramos a los incapaces relativos, estos son los menores adultos y disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo; los actos de estos sujetos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.

II. Concepción de Carlos Stoehref

En segundo, lugar analizaremos las definiciones planteadas por Stoehref sobre la capacidad para ser parte, capacidad procesal y comparecencia, siendo esta última tratada posteriormente.

Respecto a la capacidad para ser parte, el autor señala que el Código de Procedimiento Civil no contiene disposición alguna que permita determinar quién puede ser parte en un juicio, es por ello que, deben aplicarse los principios generales, concluyendo que pueden ser parte todas las personas, sean ellas naturales o jurídicas. Entonces, según el autor, “[p]ueden serlo no sólo los plenamente capaces, sino también los absoluta y relativamente incapaces.

Pero no debemos confundir la capacidad para ser parte con la capacidad procesal, que es la capacidad necesaria para actuar en juicio. Tienen capacidad procesal todos los que según el Código Civil son capaces de ejercitar derechos por sí mismos, sin el ministerio o autorización de otros. No tienen, por lo tanto, capacidad procesal los dementes, los impúberes, los sordomudos que no pueden darse a

entender por escrito, los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Las personas enumeradas anteriormente deben suplir su incapacidad de acuerdo con las reglas que para cada caso da el Código Civil⁴¹.

Como se puede apreciar, Casarino y Stoeihrel establecen una misma definición, pero para distintos conceptos: el primero se refiere al término de capacidad para comparecer y el segundo a capacidad procesal, la cual es diversa de la noción de comparecencia que sustenta este último quien es enfático al decir que “[n]o debe creerse que quien tiene capacidad procesal puede comparecer en juicio y realizar personalmente los actos de procedimiento, o, en otras palabras que tiene capacidad de pedir en juicio. Muy por el contrario, tal situación es de excepción dentro de nuestro derecho procesal.

En efecto, la regla general es que se debe comparecer ante los tribunales por medio de procurador y sólo en algunos casos autoriza la ley la comparecencia personal, esto es, la de la persona capaz de comparecer por sí misma, o la de la persona incapaz que comparece por medio de su representante legal⁴².

III. Concepción de Jaime Guasp

En tercer lugar, Guasp sostiene que para poder figurar de derecho como parte en un proceso, el ordenamiento jurídico debe reconocer aptitud para detentar dicha condición y es a esta aptitud a la que denomina capacidad para ser parte. En sus palabras: “La capacidad para ser parte es, por lo tanto, la aptitud jurídica para ser titular de los derechos o de las obligaciones de carácter procesal que a las partes se

⁴¹ STOEHRER, C. 1993. De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los Incidentes. 5° Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 12.

⁴² *Ídem*. p. 15.

refieren. Constituye el paralelo lógico, aunque no sea sustancialmente idéntica, de la capacidad jurídica que establece el derecho civil”⁴³.

Este autor considera la capacidad para ser parte como una faceta de la personalidad, por lo que toda persona, posee tal capacidad.

En atención a que ser persona habilita para ser titular de derechos y obligaciones, toda persona natural goza de esta capacidad por el solo hecho de serlo, y también es preciso señalar que se incluye a las personas jurídicas.

En segundo término, distingue de la capacidad para ser parte la capacidad procesal, señalando que la primera por sí sola no es suficiente para tener plena aptitud como parte en un proceso, es decir, no habilita para realizar actos jurídicos procesales, pues ello exige un grado mayor de capacidad, esto es, la capacidad procesal, cuyo símil es la capacidad para obrar en derecho civil (capacidad de ejercicio).

En materia de capacidad para obrar, la regla general es la capacidad; las incapacidades son excepcionales. En principio, todo capaz para ser parte tiene capacidad procesal, siempre que no se halle afecto a una determinada causal de incapacidad.

Cabe hacer notar que quienes no poseen capacidad procesal, igualmente son parte en el proceso, pero no pueden realizar actos válidamente en él, requiriendo, por tanto, que esta incapacidad sea suplida del modo que corresponda.

Finalmente este autor se refiere a la legitimación en la causa, reseñando que el requisito de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal son de carácter general, puesto que se encuentran referidos a la capacidad para figurar como parte y para obrar en un proceso cualquiera. Para ser parte y actuar válidamente en un proceso determinado no basta con disponer de estas aptitudes generales, sino que

⁴³ GUASP, J. Ob. cit., p. 171.

es necesaria una condición más precisa, denominada legitimación en causa o legitimación procesal.

Legitimación procesal es la consideración especial en que la ley tiene, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso.

Respecto del demandante, esta condición se denomina legitimación activa, y en lo que se refiere al demandado, legitimación pasiva.

Por tanto, la legitimación en causa no es un tipo de capacidad diverso de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, sino que importa un requerimiento de índole más particular y limitada, aunque su falta provoca iguales efectos que la falta de capacidad.

IV. Concepción de Piero Calamandrei

En cuarto lugar, Calamandrei hace referencia a que el Código Civil distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, siendo la primera la aptitud que la ley reconoce a todos los seres humanos desde el momento de su nacimiento para ser sujeto de derechos; la segunda es la idoneidad que la ley reconoce a quien haya cumplido una determinada edad, para proveer con su voluntad al ejercicio de sus propios derechos. “Estas dos nociones, a la vez contrapuestas y complementarias, se proyectan del derecho sustancial al derecho procesal: en el cual la capacidad jurídica se llama *capacidad para ser parte*, y la capacidad de obrar se denomina *capacidad para estar en juicio o capacidad procesal*”⁴⁴.

⁴⁴ CALAMANDREI, P. Ob. cit., “Instituciones de Derecho...” Vol. 1, p. 362.

En lo que respecta a la capacidad de ser parte, debemos remitirnos a las reglas sustanciales, que atribuyen esta capacidad no sólo a las personas físicas por el solo hecho del nacimiento, sino también a las personas jurídicas bajo ciertas condiciones o requisitos, aspecto que no nos detendremos a analizar porque no forma parte de nuestro estudio.

De la capacidad para ser parte se diferencia la capacidad para estar en juicio, la que poseen sólo quienes conforme a la legislación de fondo tienen capacidad de accionar, tema que no es regulado por el derecho procesal.

Así lo especifica Calamandrei: “En cuanto a la persona física, la capacidad de obrar es el reconocimiento, en el terreno jurídico, de la madurez y de la integridad psíquica de su discernimiento y de su voluntad: es jurídicamente capaz de ejercitar los propios derechos aquel que es naturalmente capaz de proveer con su propia voluntad a los propios intereses. Pero la ley (...) presume que todas las personas que hayan cumplido la mayoría de edad (por debajo de la cual se presume que no se ha conseguido todavía la plena madurez intelectual) y que no se encuentren en especiales condiciones previstas por la ley como causas de incapacidad, tienen la plena capacidad natural de entender y de querer y, por tanto, les reconocen en general, la capacidad de obrar.”⁴⁵

V. Concepción de Cristián Maturana

Para el profesor Maturana, “[e]n el Código de Procedimiento Civil no existe ninguna regla de capacidad.

Para saber cual [sic] es la capacidad para ser parte se aplican las reglas generales que están en el Código Civil o Penal, según la naturaleza de la acción de

⁴⁵ *Ídem*. p. 366.

que se trata”⁴⁶. Teniendo, entonces, capacidad para ser parte toda persona, siempre que no se halle afecta a una causal de incapacidad. Misma definición que el profesor Casarino da a su concepto de capacidad para comparecer y Stoeihrel a capacidad procesal.

Por otra parte, Maturana define capacidad procesal como la facultad para comparecer, es decir, para realizar actos procesales.

Define, asimismo, un tercer concepto, el de capacidad para actuar, como la posibilidad que tienen los incapaces para intervenir en el juicio, quienes pueden hacerlo a través de sus representantes legales, cumpliendo los requisitos y formalidades establecidos por la ley para ello, verificándose, además, los requisitos referentes a la capacidad para ser parte.

De acuerdo con el profesor Maturana, la capacidad para ser parte junto con la capacidad procesal y *ius postulandi* configuran la denominada *legitimatio ad processum*, entendida como quienes pueden actuar en cualquier proceso por reunir las aptitudes requeridas por la ley.

La falta de legitimación *ad processum* genera la nulidad procesal, lo que se debe alegar por la vía de excepciones dilatorias o incidente de nulidad procesal. Este es un requisito de validez del proceso.

Legitimación procesal o *legitimatio ad causam* se refiere a un proceso específico. Para actuar y figurar eficazmente como parte se requiere una condición específica, denominada *legitimatio ad causam*.

- Clasificación de la *legitimación ad causam* según el profesor Maturana⁴⁷:

⁴⁶ MATURANA, C. 2012. Apuntes Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento. [Apunte de Clases] Facultad de Derecho Universidad de Chile. p. 48.

⁴⁷ MATURANA, C. Ob. cit., pp. 54-55.

i. En cuanto a las partes del proceso:

a) Legitimación en la causa principal: se refiere a las partes principales del proceso, es decir, a quienes tienen la calidad de demandante o demandado..

b) Legitimación en la causa secundaria: sostiene no una situación personal, sino que para coadyuvar a la situación de una de las partes.

ii. En cuanto a las partes directas o principales del proceso:

a) Legitimación en la causa activa: corresponde al demandante y a quienes posteriormente intervienen para defender su causa.

b) Legitimación en la causa pasiva: corresponde al demandado y a quienes intervienen posteriormente para controvertir la posición del demandante.

iii. En cuanto a su extensión:

a) Legitimación en la causa total: corresponde a las partes directas para efectos de actuar tanto en la causa principal como en sus incidencias.

b) Legitimación en la causa parcial: existe sólo para ciertos trámites y fines determinados del proceso, que no se relacionan con la decisión de fondo sobre la *litis*.

iv. En cuanto a su duración:

a) Legitimación en la causa permanente: existe cuando se tiene para toda la duración del proceso, como las partes que poseen legitimación principal.

b) Legitimación en la causa transitoria: se otorga para una determinada actuación en el curso del proceso y corresponde a los intervinientes parciales, quienes no pueden seguir interviniendo una vez que termina la cuestión incidental o transitoria para la cual están legitimados.

v. En cuanto a su naturaleza:

a) Legitimación en la causa ordinaria: corresponde al actor que afirma la existencia de una pretensión que le corresponde de acuerdo con el derecho sustancial, lo mismo respecto del demandado.

b) Legitimación extraordinaria: se confiere por ley a una persona que no afirma la existencia como propia de una pretensión que se encuadre dentro de las normas del derecho sustancial, sino que lo hace en lugar del titular de ella.

1.5 Comparecencia

Las normas relativas a la comparecencia en juicio se hallan reguladas en el Libro I, Título II, del Código de Procedimiento Civil y en la Ley 18.120⁴⁸.

La ley 18.120 establece normas relativas a la comparecencia en juicio, regulando en su artículo 1° la necesidad de contar con el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión para efectos de realizar la primera

⁴⁸ Ley 18.120: Establece Normas sobre la Comparecencia en Juicio y modifica los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales. Diario Oficial, Santiago mayo 1982.

presentación que cada parte o interesado realice en un procedimiento contencioso o no contencioso. Su artículo 2° menciona que sólo de manera excepcional las partes pueden comparecer personalmente, la regla general es que ésta se realice mediante la representación de un abogado.

El Código de Procedimiento Civil por su parte, contempla una serie de normas sobre comparecencia entre los artículos 4° y 16, relativas en términos generales al mandato judicial y la forma en que debe otorgarse poder a los abogados.

De acuerdo con Casarino⁴⁹, el concepto de comparecencia se entiende en dos sentidos, amplio y restringido:

–La comparecencia en sentido amplio se refiere al acto de presentarse una persona ante la presencia del juez, ya sea para deducir una pretensión o por un llamamiento o intimación de la autoridad al sujeto para que se practique una diligencia judicial. En consecuencia, comparecen en este sentido no sólo las partes directas, sino también las indirectas o terceros, los peritos y testigos, siendo estos tres últimos totalmente ajenos a las partes.

–La comparecencia en sentido restringido, en tanto, se entiende como el acto de presentarse ante los tribunales de justicia ejerciendo una acción o defensa, o bien requiriendo su intervención en un acto perteneciente a la jurisdicción no contenciosa. Es en este sentido que emplearemos el término comparecencia.

Existen dos formas clásicas de comparecencia, éstas son: comparecencia por sí mismo o por medio de mandatario o apoderado.

Se comparece por sí en dos circunstancias:

- i. Cuando se comparece en nombre propio.

⁴⁹ CASARINO, M. Ob. cit., p. 33.

ii. Cuando se comparece como representante legal de otro, sin que sea necesaria la representación judicial por parte de otra persona.

En cambio, se comparece por medio de mandatario o apoderado cuando las partes o sus derechos son representados ante la justicia por un tercero, que se denomina mandatario, apoderado o procurador.

Jaime Guasp define comparecencia como la presencia de las partes en el proceso: "Comparecencia, en este sentido, es, pues, la actividad inicial por la que una persona se constituye como parte en un proceso, o, como también suele decirse, se apersona. Se trata de un verdadero derecho, al que va unido la carga correspondiente, de todo aquel que pretende ser parte, derecho que se manifiesta en el poder realizar la actividad específica, vaya o no ligada a otras, por la cual el que pretende ser parte acude, en nombre propio o ajeno, ante el Tribunal, y se ofrece en dicho concepto, solicitando que se le tenga por tal"⁵⁰.

Stoehrel, como ya adelantamos concibe la comparecencia como la capacidad de pedir en juicio. Lo cual se realiza, por regla general, mediante la representación de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con arreglo a lo previsto en la Ley 18.120.⁵¹ En conclusión, si bien existe diversidad de opiniones en lo relativo a los conceptos de proceso, parte, capacidad de las partes y comparecencia, nos parece de toda claridad que los autores estudiados en este capítulo concuerdan en que las partes son un elemento constitutivo del proceso, siendo quienes plantean y contra quien se plantea una pretensión, ante la existencia de un conflicto jurídico que debe ser resuelto por el juez.

En lo que dice relación con la capacidad para ser parte, los autores cuyas posturas analizamos señalan, en primer lugar, que no existe regulación procesal de la materia, por lo que debemos estar a lo puntualizado por las legislaciones de fondo aplicables. Este tipo de capacidad se identificaría entonces con la capacidad de goce

⁵⁰ GUASP, J. Ob. cit., p. 188.

⁵¹ STOEHLER, C. Ob. cit., p. 15.

en el ámbito civil, así lo ha señalado Jaime Guasp: “La capacidad de goce es consustancial al concepto de persona, toda vez que lo que constituye en esencia la personalidad es la posibilidad jurídica de adquirir derechos y obligaciones. De modo que es inconcebible que pueda existir una persona que carezca de esta capacidad o que, teniéndola, carezca de personalidad”⁵².

Así comprendida la capacidad para ser parte, todos los menores de edad la poseen, toda vez que ésta se adquiere al momento del nacimiento. La discusión surge respecto de la capacidad procesal y la comparecencia.

Nos parece que la definición dada por Stoehrel sobre la capacidad procesal es muy clara, por ello, recurriremos a su descripción a efectos de determinar si la poseen o no los menores de edad. Dice el autor: “Tienen capacidad procesal todos los que según el Código Civil son capaces de ejercitar derechos por sí mismos, sin el ministerio o autorización de otros”⁵³. Conforme al artículo 1446 del Código Civil “[t]oda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.” Enseguida, el artículo 1447 establece que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Los actos provenientes de los sujetos descritos no producen efecto jurídico alguno.

Son también incapaces los menores adultos y disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Esta incapacidad no es absoluta, sino relativa, puesto que sus actos pueden tener valor en determinados casos y bajo ciertas circunstancias determinadas en la ley⁵⁴.

⁵² LYON, A. 2006. La persona natural. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 172.

⁵³ STOEHREL, C. Ob. cit., p. 7.

⁵⁴ Art. 1447 inc. 3° del Código Civil “Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes”.

En virtud de lo anteriormente expuesto y del concepto de capacidad procesal al que adherimos, podemos concluir que los menores de edad en nuestro país no poseen capacidad procesal, puesto que los infantes no pueden actuar válidamente en la vida del derecho. Así, los impúberes, al ser absolutamente incapaces, en actuar representados por sus representantes legales, esto es, por sus padres o por el padre o madre que tenga su patria potestad y en su defecto por su tutor; mientras que los menores adultos (el varón o la mujer mayores de 14 o 12 años en cada caso, pero menores de 18), deben actuar con la autorización o representación de sus representantes legales, es decir, por sus padres o en caso contrario, por un curador.⁵⁵

En síntesis, “(...) los impúberes son incapaces porque carecen absolutamente de voluntad; (...) los menores adultos porque aún teniendo voluntad no se encuentran todavía completamente formados (...)”⁵⁶.

Un ejemplo de que los menores no poseen capacidad procesal se halla en derecho de familia, en que un menor de edad no puede deducir acción de reclamación de paternidad por sí mismo, sino que debe hacerlo su madre como su representante legal.

Finalmente, si entendemos la comparecencia como la facultad que tienen las partes de realizar actos jurídicos específicos en el juicio, es claro que los menores no pueden comparecer, puesto que la comparecencia es un acto propio de la parte y dado que no pueden ser parte procesal, no podrán tampoco, entonces, comparecer.

⁵⁵ Art. 26 del Código Civil: “Llámesse *infante o niño* todo el que no ha cumplido siete años; *impúber*, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad*, o simplemente *mayor*, el que ha cumplido dieciocho años; y *menor de edad*, o simplemente *menor*, el que no ha llegado a cumplirlos”.

⁵⁶ LYON, A. Op. cit., p. 174.

CAPÍTULO II. NORMAS SOBRE CAPACIDAD PROCESAL EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Este segundo capítulo tiene por objeto identificar la existencia de normas relativas a la capacidad procesal de los menores en cuatro instrumentos internacionales, cuales son: la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Del estudio de estas cuatro cartas de derechos, podemos concluir que no existen normas que hagan mención expresa a la capacidad jurídica de los menores de edad, sin perjuicio de que algunas de sus disposiciones contienen principios que resultan elementales para establecer si los niños, niñas y adolescentes tienen capacidad procesal.

Nos valdremos de los cuatro tratados que posicionan al menor como sujeto de derechos a efectos de establecer si ello implica otorgar al menor autonomía en materia procesal, puesto que los niños tendrían –en principio- los mismos derechos y garantías que competen a los adultos y, además, otras adicionales a consecuencia de hallarse en una situación de especial vulnerabilidad, lo que no implica, de modo alguno, ver a los niños, niñas o adolescentes sólo como un objeto de protección jurídica.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), como instrumento jurídico especializado en materias relativas a los derechos de los menores, merece un análisis más amplio, toda vez que los otros tres no se refieren de manera específica a los menores, sin perjuicio de que les son aplicables sus normas por ser éstos seres humanos poseedores de los mismos derechos y garantías que los adultos, pero al no existir en ellos reglas referentes a la capacidad procesal en general, no serán analizados tan profundamente.

La CDN, mediante algunos de los principios tratados en ella, nos permite construir una regla en materia de capacidad procesal de los niños; estos principios objeto de análisis son: el principio del interés superior del niño (artículo 3°.1 de la CDN), principio de autonomía progresiva (artículo 5° de la CDN) y principio de participación (artículo 12 de la CDN).

Finalmente, analizaremos algunas directrices dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que respecta a la capacidad procesal de los menores.

2.1 Principios y normas relativos a la capacidad procesal de los menores, presentes en la Convención sobre los Derechos del Niño

La CDN⁵⁷ es adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Esta Convención contiene normas obligatorias para los Estados Partes, que se orientan a asegurar el respeto y el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Fue ratificada por Chile el 26 de enero de 1990 por lo cual, es obligatorio para nuestro país la aplicación íntegra de sus normas y principios.

Antes de entrar al análisis de los principios de la CDN, que consideramos de mayor relevancia para la materia en estudio, es preciso señalar que ésta, según lo dispuesto en el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, se aplica a todo ser humano menor de 18 años⁵⁸. A modo de síntesis podemos señalar que, “[e]l sujeto de la convención es el niño y su objeto es que los niños sean sujetos plenos

⁵⁷ La CDN fue adoptada el 20 de enero de 1989 y tiene como antecedente la Convención de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924. También podríamos considerar como antecedente la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que de manera implícita contempla los derechos de los niños, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

⁵⁸ Artículo 1° CDN “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

de derecho, conscientes y activos también en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones.⁵⁹

2.1.1 Principio del interés superior del niño

El principio del interés superior del niño encuentra su antecedente en el principio desarrollado en los países del *common law*, denominado “*best interest of the child*”, que se manifestaba en las decisiones adoptadas por los tribunales de justicia en materias que involucraban a niños, niñas o adolescentes, en las que el órgano jurisdiccional procuraba proteger lo que consideraba apropiado para mantener el bienestar del menor, sin contar con su opinión. Esto implicaba que el niño era considerado sólo como un objeto de protección por parte del Derecho.

El principio del interés superior del niño se halla regulado en el artículo 3.1 de la CDN, en el cual se señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño”.

Si bien el concepto de interés superior del niño tiene un contenido indeterminado, puesto que no es definido en la CDN, esta carta de derechos y su amplio catálogo de derechos y principios, dotan a los niños, niñas y adolescentes de la capacidad para definir el contenido de este interés superior, por su parte, la *Children’s Act* inglesa, define como su objetivo el aseguramiento del bienestar del niño señalando que para determinar el contenido de tal bienestar, se debe atender en primer lugar los deseos y sentimientos del niño, permitiendo la consideración de la voluntad de los menores, lo que a su vez implica reconocerlos como sujetos de derechos y no como meros objetos carentes de opinión y decisión respecto de sus propias vidas.

⁵⁹ BAEZA, G. 2001. El interés superior del niño. *Revista Chilena de Derecho*. 28(2):355.

Jaime Couso⁶⁰, ha señalado que para extrapolar la idea que envuelve la *Childrens Act* respecto de considerar los deseos y sentimientos de los niños para la determinación de su bienestar, al principio del interés superior del niño, es necesario superar un prejuicio respecto a su capacidad de decisión, el cual se evidencia en los planteamientos de la denominada “teoría del balancín”, según la cual, los intereses del niño se oponen a sus deseos, siendo preciso balancear unos y otros. El prejuicio radica, según esta en que los niños siempre desearían cosas que no les convienen, guiados así por una cierta tendencia autodestructiva.

Como hemos adelantado, la CDN sin perjuicio de mencionar el principio de interés superior del niño en diversos artículos, no lo define en ninguno de ellos, en consecuencia, es tarea de la doctrina y la jurisprudencia limitar su contenido. Es por ello que describiremos la postura de algunos autores en relación con este concepto, junto con analizar lo que ha sostenido en esta materia nuestra Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La autora Gloria Baeza⁶¹ ha definido el interés superior del niño como “(...) el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”.

Por su parte, la profesora Maricruz Gómez define este principio como “(...) una garantía para el menor, debido a que toda decisión que concierna al niño debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; es una norma orientadora que no sólo obliga a los legisladores y jueces sino a todas las instituciones públicas y privadas y es una norma de interpretación y de resolución de conflictos”⁶².

⁶⁰ COUSO, J. 2006. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*. (3 y 4): 145-167.

⁶¹ BAEZA, G. Ob. cit., pp. 355-362.

⁶² GÓMEZ, M. 2000. El interés superior del niño. *Gaceta Jurídica*. 238:23-29.

En opinión de la profesora Acuña “(...) hablar de su interés superior es, en definitiva, postular el prevalente amparo del sujeto infantil que corresponde primero, como no podía ser en naturaleza de otro modo, a sus propios padres”⁶³.

Para Couso, el “interés superior del niño” no puede ser concebido de manera paternalista ni vacío de contenido, por ello señala que “(...) definir al interés superior del niño en referencia a los ‘derechos’ del niño, en lugar de hacerlo -por ejemplo- en referencia a su ‘bienestar’, no debe quedarse en un mero cambio de palabras. Es perfectamente posible seguir empleando este principio con lenguaje de derechos para decidir de modo arbitrario sobre la vida de un niño de acuerdo a las propias preconcepciones sobre moralidad o normalidad (piénsese simplemente en el derecho del niño a la integridad psíquica, como un concepto indeterminado que puede ser empleado de manera discrecional para decidir prácticamente lo que el juzgador de turno estime normal, beneficioso, etc.). Por ello, en la CDN -una carta de derechos que reconoce al niño como sujeto de derechos, con autonomía (progresiva, como se verá) para ejercerlos-, la reconducción del interés superior del niño a los derechos implica algo más: implica, sobre todo, que para definir el interés superior de un niño será determinante la propia visión del niño, como titular de los derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos. Un titular de derechos reclama para sí un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos. Esto vincula estrechamente este principio del interés superior del niño con el principio de autonomía”⁶⁴.

Nos parece de gran relevancia lo expuesto por el profesor Couso en relación a que para determinar el contenido del principio del interés superior del niño debe tenerse en cuenta lo que el propio niño considera como tal, superando de este modo,

⁶³ ACUÑA, M. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. 20(2):21-59.

⁶⁴ COUSO, J. Ob. cit., p.148.

la concepción de los menores como seres incapaces de adoptar decisiones y definir los contornos de lo que ha de entenderse por su bienestar.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que “(...) puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales.

Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera Interés Superior con los derechos del niño y adolescente y si bien éste se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobremanera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”⁶⁵..

Lo expresado por la Corte en este fallo, es de gran relevancia para este trabajo y en particular para el objeto de análisis de nuestro último capítulo, pues asevera que el principio del interés superior del niño consiste en asegurar el **cabal ejercicio de sus derechos**, lo que desde el punto de vista de los derechos constitucionales implica -como lo explicaremos en el capítulo IV- establecer la posibilidad de ejercicio autónomo de la acción de protección por parte de los niños, niñas y adolescentes.

En otro fallo, la Corte Suprema ha expresado lo siguiente respecto del interés superior del niño: “(...) puede afirmarse que el mismo alude al pleno respeto de los distintos factores que contribuyen a formar al niño, niña o adolescente, como persona, buscándose a través de tal actividad asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de

⁶⁵ Corte Suprema. 30 diciembre 2011, Rol 7220-2011. [en: www.microjuris.cl].

todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad”⁶⁶.El Comité de los Derechos del Niño⁶⁷ también se ha pronunciado sobre este principio: “El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada caso”⁶⁸.

De conformidad con lo razonado en la Observación General N° 14 de 2013 del Comité de Derechos del Niño⁶⁹, el interés superior del niño no es un concepto nuevo, sino que es anterior a la Convención, pues ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño; en consecuencia, la CDN sólo reafirma la posición del niño como sujeto y titular de derecho, quien tiene, por tanto, la facultad de participar en las

⁶⁶ Corte Suprema. 14 octubre 2011, Rol 4637-11. [en: www.microjuris.cl].

⁶⁷ El Comité de los Derechos del Niño, es un órgano conformado por expertos independientes que supervisa la aplicación de las normas de la CDN por sus Estados Partes; también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la convención, relativos a la participación de los niños en conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Todos los Estados partes deben presentar a este Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe transcurridos dos meses desde su adhesión a la Convención y posteriormente cada cinco años, el Comité examina estos informes y realiza observaciones finales a los países, expresando sus preocupaciones y recomendaciones. El artículo 43 de la CDN señala que este organismo tiene por finalidad examinar el progreso realizado en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la CDN. El Comité está integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la convención. Los miembros del Comité son elegidos por los estados partes de entre sus nacionales ejerciendo sus funciones a título personal. El comité se creó o entró en vigor el 27 de febrero de 1991; se reúne en Ginebra y celebra tres sesiones anuales.

⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño. Obs. General N° 14. 2013. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, p. 3. [en línea] <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf > [Consulta: 25 de marzo de 2016].

⁶⁹ *Ibidem*.

decisiones que afecten su vida y que digan relación con la determinación de su interés superior.

El objetivo del principio del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN. A este respecto, el Comité ha señalado que “(...) lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención’. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al interés superior del niño y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa de dicho principio”⁷⁰.

El Comité en la Observación General N° 14⁷¹ afirma que el interés superior del niño tiene una triple dimensión:

1) Derecho sustantivo: consiste en el derecho del niño a que sus intereses tengan especial preponderancia al momento de decidir en un conflicto en que esté involucrado.

2) Principio jurídico interpretativo fundamental: corresponde al caso en que teniendo una disposición jurídica varias interpretaciones, deberá elegirse aquella que sea más conforme con el interés superior del niño.

3) Norma de procedimiento: esta dimensión del principio del interés superior del niño consiste en que toda vez que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de para tomar tal decisión deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones, ya sean positivas o negativas, de la decisión en el niño o niños interesados.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ídem*, p. 4.

Para dar plena efectividad al principio de interés superior del niño según lo reseña el Comité en la ya mencionada Observación General N° 14⁷², se deben tener en consideración los siguientes criterios:

- a) El carácter universal, indivisible, independiente e interrelacionado de los derechos del niño.
- b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
- c) Naturaleza y alcance global de la CDN.
- d) Obligación de los Estados Partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la CDN.
- e) Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

De acuerdo con la mencionada Observación⁷³, el principio de interés superior del niño establece tres obligaciones concretas para los Estados Partes:

- Garantizar que el principio del interés superior del niño sea aplicado sistemáticamente en todas las medidas que adopten las instituciones públicas respecto de medidas de ejecución y procedimientos administrativos o judiciales que afecten directa o indirectamente a niños, niñas o adolescentes.
- Obligación de velar porque todas las medidas, administrativas o judiciales, políticas y normas relacionadas con los menores dejen constancia de que se ha considerado de manera primordial el interés superior del niño, mencionando la manera en que se ha examinado y evaluado este interés y la importancia que ha tenido en la decisión.

⁷² *Ídem*, p. 6.

⁷³ *Ídem*, p. 5.

– Obligación de garantizar que el interés del menor se ha evaluado y ha tenido importancia preferente en decisiones y medidas adoptadas por el sector privado que afecten o conciernan a los niños.

El Comité en la Observación N° 14⁷⁴ invita a los Estados y a todas las personas que se vean en la situación de decidir o evaluar el interés superior del niño a que tengan en consideración las siguientes prevenciones o criterios:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión: una de las novedades de la Convención radica en que se establece una serie de normas y principios que dan obligatoriedad al hecho de que los menores participen de manera activa en la determinación de su interés superior (Art. 3.1, 5° y 12), debiendo informar debidamente a los niños sobre el proceso y las posibles soluciones.

2. La determinación de los hechos: la información relativa al caso que involucre a los niños y que sea objeto de una decisión, ya sea por parte de una autoridad estatal judicial, administrativa o privada, deberá obtenerse por medio de profesionales capaces, competentes en materia de menores.

3. La percepción del tiempo: la percepción del tiempo en los niños es distinta que la de los adultos y, por lo general, tiene efectos negativos en el desarrollo de los niños. Este criterio se aplica especialmente en materia penal, siendo utilizado como justificación para la aplicación de penas menos gravosas para los niños, niñas y adolescentes que para los adultos a causa de la comisión de un mismo delito.

4. Profesionales cualificados: los profesionales que tengan participación en decisiones que involucren el interés del menor deben encontrarse capacitados en sicología infantil, desarrollo infantil, etc.

⁷⁴ *Ídem*, pp. 19-21.

5. Representación letrada: el menor requerirá representación letrada, especialmente cuando sea sometido a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior.

6. Argumentación jurídica: el juez, autoridad administrativa o quienquiera que haya debido evaluar o determinar el interés superior del niño, deberá dejar expresa constancia en su decisión de que ha tenido en cuenta el interés superior del menor.

7. Mecanismo de revisión de decisiones: los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños. Debería existir siempre la posibilidad de solicitar una revisión o de entablar un recurso que permita requerir por la parte afectada por una resolución o decisión, su modificación. . Los mecanismos deben darse a conocer al niño, que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico, si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas. El órgano revisor ha de examinar todos esos aspectos.

8. Evaluación en el impacto de los derechos del niño: al decidir sobre el interés superior de los niños, se debe realizar una proyección de las consecuencias que esto trae para los menores.

En definitiva, el principio del interés superior del niño establece una obligación para todo aquel ente que deba adoptar decisiones que afecten directa o indirectamente a los niños, niñas o adolescentes. De este modo, para determinar si

los niños poseen capacidad procesal, siendo ésta una decisión que les afecta directamente, deberemos tener presente este principio, analizando si es conforme a este interés que los menores detenten esta facultad de ejercer por sí mismos sus derechos o no lo es.

El principio del interés superior del niño, niña o adolescente ha permitido reafirmar que los menores son sujetos y titulares de derechos y no simples objetos de protección por parte de la entidad estatal y los adultos en general. Miguel Cillero define los alcances de este principio de la siguiente manera: “Gran parte de la importancia de este principio viene dada por su valor polémico o su mensaje subyacente: ni el interés de los padres, ni el del Estado puede ser considerado en adelante el único interés relevante para la satisfacción de los derechos de la infancia: ellos tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos”⁷⁵.

2.1.2 Principio de autonomía progresiva

Este principio se establece en el artículo 5° de la CDN, el cual señala: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Shirley Campos ha observado la relevancia de este principio: “(...) este principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos resulta fundamental

⁷⁵ CILLERO, M. 2011. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios [en línea] <http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf> [Consulta: 26 de diciembre de 2015].

para efectos de determinar la capacidad procesal de los niños y adolescentes.(...) Se refiere a la posibilidad que tienen los niños de ejercer de manera autónoma sus derechos, pero sin llegar a poner en duda que son titulares de derechos, al igual que cualquier persona adulta. Se trata de reconocer que para el ejercicio de los mismos puede ser necesario el apoyo de los padres, encargados o en su defecto del Estado para su correcto ejercicio”⁷⁶.

El principio de autonomía progresiva permite considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos y titulares de derechos, reconociéndoles la facultad de ejercerlos por sí mismos.

El principio de autonomía progresiva implica que los niños pueden ejercer de manera autónoma sus derechos, facultad que se va adquiriendo en la medida en que el niño desarrolla las competencias necesarias para ello. Sin perjuicio de que el menor puede decidir no intervenir en el proceso, importando una excepción al carácter irrenunciable de los derechos de los niños.

En consecuencia, de acuerdo con este principio, los menores podrían tener capacidad procesal conforme a su madurez, puesto que admitir el ejercicio autónomo de derechos por parte de un menor de ocho años no parece sensato; distinto es el caso de un adolescente de 15 años. Esta realidad ha sido recogida en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, en el artículo 108°, de acuerdo con el cual, toda vez que en los procesos judiciales esté involucrado el interés de una persona menor de edad, éstos estarán legitimados para actuar como partes:

“a) Los adolescentes mayores de quince años, personalmente, cuando así lo autorice este Código, y en los demás casos serán representados por quienes ejerzan la autoridad parental o por el Patronato Nacional de la Infancia cuando corresponda.

⁷⁶ CAMPOS, S. 2009. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. Revista IIDH 50: 367.

b) Las organizaciones sociales legalmente constituidas, que actúen en protección de las personas menores de edad, cuando participen en defensa de sus representados y exista interés legítimo. Asimismo, estas organizaciones podrán actuar como coadyuvantes para proteger los derechos de sus beneficiarios en el cumplimiento de este Código.”

2.1.3 Principio de participación

Este principio se halla consagrado en el artículo 12 de la CDN, a saber:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Este artículo establece el principio de participación de los niños en los procesos que sean de su interés, siendo la base jurídica que determina la capacidad jurídica para actuar directa o autónomamente de los menores en los procesos judiciales en que se vean involucrados. Les otorga el derecho a expresarse en cualquier proceso en que puedan verse afectados sus intereses, debiendo valorarse su opinión de acuerdo a su edad y madurez. Debemos hacer presente que luego del estudio de los principios y normas de la CDN, no existe duda alguna sobre la capacidad de los niños y adolescentes para ser titulares de derechos. La interrogante radica en si en los ordenamientos jurídicos y en particular nuestro sistema jurídico

constitucional, faculta a los niños y adolescentes para actuar personalmente o si, por el contrario, requieren de un representante para hacerlo.

Habiendo analizados estos tres principios, que consideramos cardinales para dar respuesta a la pregunta que origina este trabajo, podemos establecer que, conforme con ellos es claro que los niños, niñas y adolescentes tienen la facultad de ejercer sus derechos, en virtud de su calidad de titulares de ellos; pero a la vez es evidente que no todos los menores tienen la capacidad o las competencias necesarias para ejercer de manera autónoma sus derechos, por tanto, se vuelve necesario que cada una de las legislaciones particulares defina los parámetros bajo los cuales los menores pueden hacerlo, especialmente nos referimos a la fijación de un criterio etario. Ejemplo de esto es el citado artículo 108° del Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense.

La CDN, al considerar a los menores como sujetos plenos de derechos ha mermado en parte la creencia de que ellos serían jurídicamente incapaces. En este sentido, Miguel Cillero plantea lo siguiente: “En la concepción del niño como sujeto de derecho subyace, primeramente, la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos, para luego acceder a fórmulas más perfectas como, la igualdad ante la ley o la igualdad en los derechos, que también son recogidas por la Convención”⁷⁷.

Sin perjuicio de que la CDN contiene principios que dan lugar a considerar al menor como sujeto pleno de derechos y, en consecuencia, como ser capaz de ejercer sus derechos por sí mismo, siendo aquéllos de aplicación obligatoria para los Estados Partes, éstos, en su mayoría-es el caso de Chile- no regulan la capacidad procesal de los menores, relegando su participación a espacios de acción muy reducidos y privándolos de la posibilidad de actuar autónomamente debido a diversas consideraciones de hecho, como la edad y la madurez.

⁷⁷ CILLERO, M. Ob. cit., p. 4.

2.2 Normas y principios relativos a la capacidad procesal de los menores en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Europea de Derechos Humanos y Convención Americana de Derechos Humanos

Creemos pertinente analizar estos tratados de derechos humanos, que si bien no se refieren específicamente a los niños, les son plenamente aplicables, puesto que en la actualidad comprendemos que los niños son sujetos de derecho al igual que los adultos, siendo la única diferencia el que los menores requieren de protección, derechos o garantías especiales.

Como ya habíamos adelantado, en estos instrumentos internacionales no encontramos normas relativas a la capacidad procesal ni preceptos relativos a los menores de edad, pero existen ciertos principios concernientes a ella y entendemos que son aplicables a los menores, toda vez que los derechos de los niños no son algo distinto de los derechos humanos en general, sumado a algunos derechos específicos que aplican a los menores a consecuencia de su condición de mayor vulnerabilidad.

2.2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Las normas que identificamos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son los artículos 2° N° 3 a); 3° y 14 N° 1.

El artículo 2° N° 3 establece en su letra a) que: “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer

un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiese sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Esta disposición reconoce el derecho de todas las personas a interponer recursos ante la vulneración de sus derechos, derecho que obviamente es aplicable a los menores de edad; pero nos hallamos con el mismo problema al que nos lleva la CDN, esto es, que no se establecen normas que dispongan desde cuándo los menores pueden ejercer sus derechos de manera autónoma o si, de hecho pueden hacerlo, no existe claridad respecto a si un menor de edad podría interponer un recurso ante la violación de sus derechos sin la representación de sus padres, tutores o curadores.

Lo único claro en este artículo es que todas las personas tienen la posibilidad de interponer el recurso pertinente cuando sean violentados sus derechos y ello incluye a los niños, niñas y adolescentes, mas no podemos establecer si pueden hacerlo por sí mismos o por medio de sus representantes legales.

El artículo 3° señala que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

Este precepto nos indica que todas las personas tienen iguales derechos civiles y políticos, en consecuencia, el derecho a entablar un recurso, por ejemplo, debe ser garantizado a los menores de igual manera que a los adultos.

Finalmente, el artículo 14 N° 1 establece que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o

seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

De acuerdo con esta norma, niños y adultos son iguales ante los tribunales y tienen derecho a ser oídos, por tanto los menores tienen derecho a participar en instancias judiciales. Pero esta disposición por sí sola no es suficiente para construir una norma sobre la capacidad de los menores para interponer una acción o un recurso, debiendo ser complementadas con los principios de la CDN, pero aun así, la determinación específica de esta capacidad queda entregada a las legislaciones particulares.

2.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

En el artículo 8° N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, se dispone que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Por su parte, el artículo 19 prescribe que “(...) todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Si bien este artículo dispone que los niños tienen derecho a la protección del Estado y de la sociedad en general, debemos recordar

que desde la CDN ha cambiado la forma en que el derecho considera a los niños, dejando de tenerlos por meros objetos de protección y pasando a ser considerados sujetos plenos de derechos; por tanto, debemos entender lo dispuesto por este artículo en consonancia con los preceptos de la CDN. Así, Shirley Campos plantea que “[e]sta esfera de protección especial tiene su fundamento en las condiciones especiales del niño como sujeto de derecho, aunado a la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño, así como su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad, que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y que por tanto justifica la adopción de medidas especiales”⁷⁸.

Adicionalmente, el artículo 24 de la Convención⁷⁹ consagra el principio de igualdad ante la ley, lo cual reafirma que niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos que los adultos, por lo que todos los derechos establecidos en la Convención se aplican a todos los seres humanos, sin distinción ni discriminación alguna, en el último capítulo volveremos sobre este punto con mayor profundidad.

Por último, el artículo 25 N° 1⁸⁰ del ya citado instrumento jurídico establece que todas las personas, lo cual comprende a los menores, tienen derecho a un recurso rápido y sencillo o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que las ampare contra hechos que violen sus derechos fundamentales.

⁷⁸ CAMPOS, S. Ob. cit., p. 359.

⁷⁹ “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

⁸⁰ “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

2.2.3 Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)

En la Convención Europea de Derechos Humanos hallamos algunos preceptos que tangencialmente se refieren a la capacidad procesal, como el artículo 6°, referido al derecho a un proceso equitativo: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

En segundo lugar, el artículo 13 define el derecho a un recurso efectivo en los siguientes términos: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Finalmente, el artículo 14 establece la prohibición de discriminación: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

De acuerdo con estos artículos, las personas tienen derecho a ser oídas, mediante la deducción de acciones que permitan la resolución de sus conflictos por

un tribunal de justicia y a interponer un recursos ante la vulneración de derechos; en consecuencia, los menores tienen el derecho de plantear acciones o recursos para la protección de sus derechos; pero nuevamente debemos tener presente que estas normas no nos dan claridad respecto al modo en que los menores pueden ejercerlos.

Habiendo analizado la CDN, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea podemos concluir, que no existen normas expresas relativas a la capacidad de los menores para interponer acciones como la de protección.. Luego del estudio realizado, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, los niños, niñas y adolescentes son, en efecto, sujetos de derechos al igual que los adultos, lo que importa un cambio de paradigma, toda vez que, con anterioridad a la CDN, los menores de edad eran considerados por el ordenamiento jurídico sólo como objetos de protección, y ciertamente lo son, pero, además de ello, son titulares plenos de derechos.

En segundo lugar, los niños, en virtud de los principios de interés superior, autonomía progresiva y participación, tienen derecho a ejercer sus derechos de manera autónoma, pero resulta claro que hasta cierta edad no tiene las competencias que se requieren para, por ejemplo, interponer un recurso de protección, es por ello que el principio de autonomía progresiva, si bien reconoce a los niños la facultad de ejercer sus derechos por sí mismos, también reconoce las limitaciones que la propia edad impone a los niños, impidiéndoles ejercer sus derechos, siendo en estos casos sus padres o tutores los llamados a cumplir con dicha misión.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “(...) la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente

obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”⁸¹. Si bien lo señalado por la Corte es cierto en el sentido de que aunque los menores no posean una autonomía plena en el ejercicio de sus derechos, igualmente pueden ejercerlos por medio de sus representantes. También es claro que los niños y más propiamente los adolescentes que tienen un grado de madurez mayor, en virtud de los principios de autonomía progresiva y participación, tienen el “derecho”, mientras ello sea acorde con su interés superior, a ejercer por sí mismos sus derechos, de manera independiente y sin tener que recurrir a sus representantes, por tanto, nos parece sesgada la afirmación de la Corte en relación a que sólo con la mayoría de edad se pueden de ejercer autónomamente los derechos de que son titulares los menores de edad, además tal afirmación atenta contra los principios de autonomía progresiva e interés superior del niño estudiados.

Queda entregada, no obstante a cada país en particular la regulación de la capacidad de los menores para ejercer por sí mismos sus derechos y las acciones que permiten otorgarles protección, para lo cual se deben tener en consideración los tres principios correspondientes. Sin embargo, nos parece claro que se debe dar la posibilidad a los menores, en atención a su madurez y desarrollo cognitivo de ejercer autónomamente sus derechos.

Shirley Campos recalca el hecho de que “[n]o existe, (...), duda alguna sobre la capacidad de los niños y adolescentes para ser titulares de derechos; se trata de definir si el ordenamiento faculta a los niños y adolescentes para actuar personalmente o si requieren de un representante para poder hacerlo. Lo importante

⁸¹ CORTE I.D.H. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 41, p. 57.

es si necesitan o no de un acompañamiento que les permita el ejercicio de sus derechos y facultades procesales. Cuando se habla de capacidad procesal no se trata de la titularidad del derecho de acceso a la justicia por parte de los niños y adolescentes, sino de su capacidad para actuar autónomamente como un requisito de validez del proceso judicial”⁸².

En tercer lugar, debemos señalar que el alcance del principio de no discriminación, presente en todos los tratados estudiados, debe entenderse como tratar de igual forma a los iguales, y de manera distinta a quienes no son iguales. Lo que se prohíbe es realizar distinciones arbitrarias entre personas iguales o que se hallan en la misma situación. De modo que, aunque los adultos tienen la facultad de ejercer autónomamente sus derechos, no podrían los niños de dos, siete o años, ser acreedores de igual derecho, puesto que, si bien estamos en presencia de dos seres humanos con iguales derechos y garantías, los menores de tales edades no poseen los conocimientos y madurez necesarios para ejecutar tales acciones, en virtud de lo cual será claramente ineludible la representación de sus padres o tutores. Por tanto, tenemos dos realidades que no son equiparables, debido a lo cual la discriminación es enteramente admisible en estos casos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado al respecto que “[n]o es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”⁸³.

Sabemos que la adultez se alcanza al cumplir los 18 años y con ello se adquiere capacidad de ejercicio plena y en consecuencia capacidad procesal, pudiendo ejercer por sí mismos las acciones que resulten pertinentes. En este caso, la condición o situación de un menor de 16 o 17 años no es diversa de la de un adulto de 18, por tanto, podría verificarse una situación de discriminación y ello

⁸² CAMPOS, S. Ob. cit., p. 369.

⁸³ CORTE I.D.H.: Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 55.

explica que en Costa Rica se haya legislado respecto de esta materia, fijando en los 15 años la edad mínima para actuar autónomamente en un proceso.

Por último, es relevante que resaltemos que “[u]na (sic) de los aspectos en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto mayor énfasis es en el carácter de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes, diferenciando esta circunstancia de su falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente. El hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos”.

En definitiva, los menores son sujetos de derechos y pueden ejercerlos. La cuestión es si pueden hacerlo por sí mismos y, conforme a lo que hemos revisado a lo largo de este capítulo, su ejercicio debe adquirirse de modo gradual, en atención a la edad y madurez de los niños, debiendo cada Estado dictar las normas necesarias para dar efectividad al hecho de que los niños se involucren, cada vez de manera más activa, en el ejercicio de sus derechos y garantías.

CAPÍTULO III. ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y CAPACIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PARA INTERPONERLA

En este tercer capítulo, nos corresponde analizar si los menores de edad pueden ser sujetos activos de la acción de protección, es decir, si poseen capacidad procesal para interponer tal acción por sí mismos y si pueden ser sujetos pasivos.

En el primer capítulo hemos establecido que los menores no poseen la facultad de interponer acciones por sí mismos, toda vez que carecen de capacidad de ejercicio, definida como la posibilidad de ejercer derechos sin representación o autorización de sus padres, tutores o curadores según corresponda, sin embargo la acción de protección posee características que la diferencian de las acciones civiles, el fundamento normativo de esta institución es la protección de derechos humanos o fundamentales, por lo cual, debemos tener presente esta especial naturaleza del recurso al momento de determinar si los menores pueden interponerlo de manera autónoma.

La regulación de la acción de protección no contempla norma expresa sobre la capacidad de los menores para interponerla por sí mismos o sobre la manera en que éstos pueden solicitar a la Corte de Apelaciones el resguardo de sus derechos fundamentales, por ello, analizaremos diversos aspectos de ésta, con especial atención en su sujeto activo y pasivo, teniendo en cuenta que en el caso que analizamos, “Sabá Catalán con Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional”, tanto recurrente como recurrido son menores de edad, para así finalmente determinar si es factible que actúen de manera autónoma.

Estudiaremos sucintamente la historia y fundamentos de este recurso y su naturaleza jurídica, todo ello con la finalidad de sustentar una postura a favor o en contra de que un menor de edad pueda ser legitimado activo y pasivo de la acción. También haremos una revisión de los requisitos para interponer la acción y de sus presupuestos de admisibilidad, a efectos de determinar si existe algún indicio que

permita afirmar o negar a los menores la posibilidad de ser sujetos activos y pasivos de esta acción.

3.1 Breve análisis de los antecedentes históricos de la acción de protección y sus fundamentos

Resulta relevante analizar los fundamentos que dieron lugar a la acción de protección, ya que ello nos permitirá fundamentar nuestra posición respecto la pregunta central de esta tesis, ¿Poseen los menores capacidad procesal para interponer por sí mismos la acción de protección?, respuesta que debe considerar la finalidad y objetivos por los cuales fue creada esta acción y los derechos que busca cautelar y la manera en que se procura proveer dicha protección. Con respecto a los antecedentes históricos de la acción de protección, los profesores Zúñiga y Perramont⁸⁴, y Cea Egaña⁸⁵ sostienen que podemos encontrar en la Constitución de 1823 “(...) un germen del recurso en estudio. Aparecía en el artículo 116 ‘El Poder Judicial protege los derechos individuales’, escueto pronunciamiento que se hallaba ampliado en el artículo 138⁸⁶ de la misma Carta Fundamental. Desgraciadamente los sucesos políticos que siguieron a esa Constitución, culminados con la instauración del presidencialismo autoritario, hicieron desaparecer aquellos principios en la Constitución de 1833. Todo quedó reducido a las facultades conservadoras previstas en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1876”⁸⁷.

Para el profesor Tavolari, cobra especial relevancia respecto los antecedentes de la acción de protección, el artículo 1° de la Ley de Organización y Atribuciones de

⁸⁴ ZÚÑIGA, F y PERRAMONT, A. 2003. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Vol. 1. Santiago, Edita Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dirección de Extensión, Investigación y Publicaciones Universidad Central de Chile. p. 37.

⁸⁵ CEA, J. 2008. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 629-630.

⁸⁶ Artículo 138 “El ciudadano que reclama un atropellamiento o violencia de las autoridades constituidas, en que no se guardaron las formas esenciales, o voluntariamente no se obedeció al decreto superior que mandaba proteger sus derechos, será servido en su reclamación por todos los funcionarios judiciales gratuitamente, afianzando las expensas para el caso de declararse injusto su reclamo.”

⁸⁷ CEA, J. Ob. cit., p. 630.

los Tribunales del año 1875, que consagraba la siguiente norma: “La facultad de conocer de las causas civiles i criminales, de juzgarlas i hacer ejecutar lo juzgado, pertenezca exclusivamente a los tribunales que establece la lei”. De acuerdo con el profesor, “(...) la descripción de esta actividad jurisdiccional, a conocer, juzgar y hacer ejecutar, se encuentra implícita una actividad adicional. Subyace una manifestación del poder-deber jurisdiccional que no recibió explícita consagración: se trata de la potestad cautelar (...)”⁸⁸.

El autor⁸⁹ define la potestad cautelar como una manifestación de la actividad jurisdiccional del tribunal, que se traduce en la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero con carácter provisional o instrumental a la función jurisdiccional.

Por tanto, para el profesor Tavorari, sería en virtud de esta potestad cautelar, que la Corte de Apelaciones, como tribunal competente, tiene la facultad de proteger los derechos que le encomienda la Constitución Política de la República.

Independientemente de los antecedentes que podrían haber llevado a la consagración del recurso de protección o de si existió alguna figura jurídica semejante a éste en constituciones o leyes anteriores al Acta Constitucional N° 3, lo cierto es que se regula expresamente por primera vez en el artículo 2° inciso primero de la mencionada Acta, el cual señala:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en el artículo 1°, N°s 1,3, inciso cuarto, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, inciso primero, 16, 17, 19, inciso final, 20, inciso séptimo; 22, inciso primero, y en la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin

⁸⁸ TAVOLARI, R. 1994. Tribunales, jurisdicción y proceso. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 139.

⁸⁹ *Ibidem*.

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

Para el profesor José Luis Cea⁹⁰, los motivos que dieron lugar a la incorporación del recurso de protección en nuestro ordenamiento jurídico constitucional radican principalmente en las constantes e impunes vulneraciones a los derechos acontecidas a lo largo del siglo XX, sumado al aumento desmesurado de la discrecionalidad administrativa en este mismo periodo.

Ante este escenario de violaciones a los derechos fundamentales y de falta de un instrumento que permitiera su protección es que en el año 1973 -siguiendo al profesor Cea- “(...) los profesores Jaime Navarrete Barrueto y Eduardo Soto Kloss, conscientes del atropello a determinados derechos fundamentales, presentaron al diputado Sergio Diez Urzúa, posteriormente miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, un borrador con las ideas esenciales del que iba a convertirse, tras varias modificaciones, en el actual recurso de protección. Junto al senador Víctor García Garcena, ese grupo alcanzó a redactar un texto coherente en el rubro. Sin embargo, dada la situación crítica [sic] que vivía el país, fue imposible lograr que se aprobara la reforma constitucional al respecto”⁹¹.

El anteproyecto redactado por los ya mencionados profesores, Jaime Navarrete y Eduardo Soto Kloss, fue discutido por los parlamentarios de la época en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, presidida por Enrique Ortúzar, de ahí que sea conocida como Comisión Ortúzar.

El profesor Bordalí se refiere a los antecedentes que dan origen al recurso señalando que: “Frente a un proceso político de socialización de los medios de producción, un grupo de parlamentarios de derecha comienza a discutir sobre la necesidad de poder frenar urgentemente ante los tribunales de justicia a la Administración del Estado. Y la verdad es que no se ideó para dar tutela a todos los

⁹⁰ CEA, J. Ob. cit., p. 627.

⁹¹ *Ídem.* pp. 628-629.

derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que se pensaba principalmente en tutelar urgentemente la propiedad. Tampoco se lo ideó contra toda persona que vulnerara ese derecho a la propiedad sino sólo contra la Administración del Estado (...) Con el tiempo se amplió su utilización siendo útil para resolver los conflictos no sólo entre los privados y la Administración del Estado sino entre los propios privados y desde luego el abanico de derechos fundamentales que podían obtener tutela por esta vía se amplió ostensiblemente”⁹².

En este contexto se debatió y aprobó la dictación del Decreto Ley N° 1552, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1976, titulado Acta Constitucional N° 3 “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, que regula el recurso de protección en el artículo 2° previamente descrito.

Este recurso, que permite la protección de garantías constitucionales, viene a dotar de contenido a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República, puesto que, de no existir un instrumento jurídico que les provea de tutela rápida y efectiva, estos derechos y garantías no serían más que una mera declaración de principios, así se reconoce en el Considerando 7° del Acta Constitucional N° 3 al indicar que: “(...) por muy eficaz que sea la protección de la persona humana, ella no resulta satisfactoria si no se procura y estimula su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida (...)”.

Los factores que determinan la creación del recurso -según el profesor Humberto Nogueira⁹³- son principalmente tres:

- i. Los procedimientos judiciales que cautelaban derechos fundamentales eran lentos e ineficaces, a excepción del recurso de amparo que protege el derecho de la libertad personal.

⁹² BORDALÍ, A. 2006. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. Revista de Derecho. Vol. XIX(2): 208.

⁹³ NOGUEIRA, H. 2010. La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. Revista lus et Praxis. 16 (1): 222.

ii. Carencia de mecanismos que proveyeran de tutela efectiva a los derechos fundamentales.

iii. Falta de acciones contencioso-administrativas como respuesta frente a la arbitrariedad de la autoridad pública.

Por casi un siglo, el único derecho fundamental efectivamente protegido por una acción constitucional fueron la libertad personal y la seguridad individual mediante el recurso de amparo, por lo cual, el recurso de protección permite ampliar el espectro de derechos constitucionalmente reconocidos que gozan de la protección y tutela del Derecho.

La creación de esta acción está en plena consonancia con lo estipulado en el artículo 25 N°1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de conformidad con el cual:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

Por tanto, al contemplar al recurso de protección como un instrumento que permite el restablecimiento del imperio del derecho ante la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos o garantías constitucionales de las personas y al proveerles protección, simplemente se está cumpliendo con lo mandatado por nuestra propia Carta Fundamental y los Tratados Internacionales, como el anteriormente citado, esto, en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental⁹⁴.

⁹⁴ Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por

Finalmente, el recurso de protección fue introducido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1980, siendo escasamente modificado por la reforma constitucional de 2005, sólo en lo que se refiere a los derechos protegidos, de este modo el actual texto del artículo 20 de la Constitución Política de la República es el siguiente:

“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 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° 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, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Como es posible apreciar, el artículo 20 de la Carta Fundamental, no hace referencia a la tramitación del recurso de protección, por ende tampoco se refiere a los requisitos para su interposición, lo cual es regulado por un Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección, que analizaremos más adelante, a efectos de determinar si contiene alguna norma relativa a la capacidad exigida para interponer la acción de protección.

esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

3.2 Naturaleza jurídica del recurso o acción de protección

En lo relativo a la naturaleza jurídica del recurso de protección las principales discusiones son, primeramente si se trata de un recurso propiamente tal o más bien reviste las características de una acción, existe además otra posición ante esta discusión, conforme la cual, no se trataría de un recurso ni de una acción. En segundo lugar, no existe consenso en la doctrina respecto la naturaleza cautelar de la acción. Por su parte la jurisprudencia adopta claramente la postura según la cual el recurso de protección, jurídicamente es una acción y además de naturaleza cautelar.

La relevancia de analizar estas discusiones radica en el estudio de los fundamentos entregados por los autores para sustentar una u otra postura, ya que en su mayoría, quienes sostienen que el recurso de protección es una acción de naturaleza cautelar, ponen énfasis en la protección o tutela rápida que esta acción permite otorgar a las personas que ven afectados sus derechos fundamentales, características que nos servirán de apoyo al momento de dar respuesta a la pregunta sobre la cual versa esta tesis.

3.2.1 ¿Recurso de protección o acción de protección?

Sin perjuicio de la denominación que se ha dado a este instrumento jurídico de tutela de derechos fundamentales de “recurso de protección”, son numerosos los autores que se han pronunciado en rechazo a ella, es por esto que realizaremos un breve análisis de algunas de estas posturas.

- **Andrés Bordalí**

Este autor⁹⁵ rechaza tanto la postura que identifica al recurso de protección con una acción, como aquella según la cual se trata de una acción específicamente de carácter cautelar.

La base de su resistencia a calificar al recurso de protección como una acción, radica en el entendido de que el ejercicio de la acción en general, permite a los ciudadanos acceder al órgano jurisdiccional para deducir una pretensión, la que este tribunal o juez deberá fallar conforme a derecho, en consecuencia, el ejercicio de la acción constituye un derecho fundamental, y en virtud de ello ésta no admitiría clasificaciones, ni divisiones, siendo impropio -en términos del autor⁹⁶- hablar de acción mueble, inmueble, posesoria, reivindicatoria, o acción de protección, etc.

Lo que sí puede ser clasificado es el proceso, lo que dependerá de la pretensión deducida por el actor, la cual también es clasificable.

Como ya hemos mencionado, parte de la doctrina y jurisprudencia han afirmado consistentemente que el recurso de protección no reviste la naturaleza jurídica de un recurso propiamente tal, considerándola como una acción de naturaleza cautelar. Al respecto, el autor rechaza tajantemente que el recurso de protección sea una acción, así, ha señalado que "(...) si consideran al Recurso de Protección como una acción, estarían negando que la acción es un derecho fundamental, y por tanto, uno solo e indivisible, o bien, confundiría acción con pretensión (...) la denominación acción de protección, además de incorrecta desde un punto de vista de la moderna terminología procesal, no apunta a lo novedoso y esencial en el Recurso de Protección, como lo es el ser un proceso especial de tutela urgente de los derechos fundamentales"⁹⁷.

⁹⁵ BORDALÍ, A. Ob. cit., pp. 271.

⁹⁶ *Ídem*, pp. 272-273.

⁹⁷ *Ídem*. pp. 274- 275.

El autor define la acción, como el derecho de toda persona de acceder a la justicia y el proceso, como la forma en la cual el tribunal proveerá la protección solicitada al actor: “De este modo, el concepto clave para estudiar al Recurso de Protección no es el de acción sino el de proceso; no es el acceso a la jurisdicción sino el tipo de respuesta que la tutela efectiva de los derechos fundamentales requiere de los tribunales de justicia”⁹⁸

En conclusión, para Bordalí, el ejercicio de la acción es un derecho fundamental, que permite a las personas obtener tutela y protección de parte de la justicia y que, en consecuencia, no admite clasificación, a diferencia de la pretensión deducida y del proceso a que da lugar. Además, a su parecer, no es relevante la discusión sobre si se trata de un recurso o una acción, pues se trata claramente de un proceso de particulares características, las cuales sí merecen la pena ser estudiadas, pues son ellas la que definen al recurso.

- **Raúl Tavolari**

En opinión del profesor Tavolari, “(...) la protección como el amparo son ACCIONES CONSTITUCIONALES AUTONOMAS, esto es, no requieren de un previo proceso para nacer a la vida jurídica y, por ende, el calificativo de ‘recurso’ que se les confiere no revela sino una insuficiencia conceptual o una imprecisión terminológica que, en obsequio al rigor de la ciencia conviene siempre denunciar”⁹⁹.

Resulta relevante destacar que para el profesor de trata de una acción, entendida ésta como un “(...) poder jurídico de provocar la intervención jurisdiccional”¹⁰⁰ y en tal sentido, es que podemos dar al recurso de protección la calidad de acción, toda vez que el actor al interponer el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones, lo que hace es precisamente probar tal intervención,

⁹⁸ *Idem.* p. 275.

⁹⁹ TAVOLARI, R. Ob. cit., p. 159.

¹⁰⁰ TAVOLARI, R, 2000. El proceso en acción. Santiago, Editorial Libromar Ltda. p. 72.

solicitando al tribunal que adopte las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho y otorgarle la debida protección.

- **José Luis Cea Egaña**

Para el profesor Cea “[p]rocesalmente descrito, tratase de una **acción o recurso extraordinario**, es decir, que puede ser entablado en contra de una conducta, acto o resolución sólo con carácter excepcional”¹⁰¹.

De lo descrito por el profesor Cea, pareciera que no realiza distinción entre acción y recurso, siendo indiferente tal calificación. Sin embargo, posteriormente, en el mismo texto del que procede la cita precedente señala que: “El recurso de protección, sustantiva y procesalmente entendido, no es tal, ya que los recursos son los medios que la Constitución y las leyes contemplan para invalidar una resolución judicial. En cambio, en la protección explicada se trata de una **medida cautelar**, o sea, de una acción procesal destinada a tutelar o resguardar el ejercicio legítimo de cierto derecho fundamental, de manera que su finalidad no es dejar sin efecto una resolución judicial”¹⁰².

Entendido el recurso, como un medio de impugnación de resoluciones judiciales, resulta claro que no podemos clasificar al recurso de protección como tal, toda vez que su finalidad no es aquella, sino que es otorgar protección a quien ha visto privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de alguno de sus derechos constitucionales y que reclama la tutela del derecho.

- **Humberto Nogueira**

Para Humberto Nogueira es claro que se trata de una acción, explicando que: “(...) al ser una <<facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en orden a la protección, reconocimiento o declaración de un derecho, y que se traduce materialmente en el conjunto de actos procesales que

¹⁰¹ CEA, J, Ob. cit., p. 630.

¹⁰² *Idem.* p. 643.

colocan al juez en la situación de tener que dictar sentencia>>"¹⁰³. De este modo, el autor diferencia acción de recurso, siendo este último un medio por el cual las personas pueden impugnar la resolución judicial de un proceso del cual han sido parte, por esto, es que no cabe hablar de recurso, sino más propiamente de acción de protección.

Siguiendo con el planteamiento de este autor¹⁰⁴, el recurso de protección se identifica con una acción de carácter constitucional, debido a que su finalidad es que la jurisdicción otorgue protección a los derechos establecidos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República con relación al artículo 19, como también los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile.

- **Francisco Zúñiga y Jaime Perramont**

Para los autores Zúñiga y Perramont, “[e]l recurso de protección es una acción constitucional (...)”¹⁰⁵. Esta acción tiene por finalidad que la Corte de Apelaciones adopte las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho en cuanto una persona así lo solicite por verse privada, perturbada o amenazada en el legítimo goce o ejercicio de sus derechos fundamentales regulados en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.

Señala el profesor Zúñiga que “[e]n términos conceptuales, el recurso de protección es una acción que pone en movimiento un proceso de amparo constitucional de naturaleza cautelar principal de derechos fundamentales; en que la tutela diferenciada deriva de la naturaleza de los derechos públicos subjetivos con

¹⁰³ NOGUEIRA, H. 2000. Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina. Talca, Editorial Universidad de Talca. p. 24.

¹⁰⁴ *Idem.* pp. 24-26.

¹⁰⁵ ZÚÑIGA, F. y PERRAMONT, A. Ob. cit., p. 37.

reconocimiento constitucional y del tipo de garantía procesal o jurisdiccional, consagrada para su tutela especial”¹⁰⁶

- **Emilio Pfeffer**

Emilio Pfeffer, también ha entendido al recurso de protección como una acción, resaltando su carácter de emergencia. Así, al tratar su naturaleza jurídica señala que: “En su naturaleza jurídica se lo ha entendido como una acción específica, de emergencia, con un procedimiento rápido e informal (...)”¹⁰⁷.

- **Eduardo Soto Kloss**

Para Eduardo Soto Kloss se trata de un “(...) medio procesal de pronto remedio al agravio sufrido por una persona, por un acto o una omisión antijurídica de un tercero sin que el ejercicio de él signifique una preclusión o caducidad de los derechos que tenga para hacerlos valer más latamente en un procedimiento diferente ante la magistratura que corresponda”¹⁰⁸.

3.2.2 ¿Tiene la acción de protección naturaleza cautelar?

Mucho más discutido que la calificación del recurso de protección como recurso propiamente tal o como acción, ha sido el tema referente a su naturaleza cautelar, lo cual resulta relevante de analizar para nuestro trabajo, no tanto por los fundamentos de forma en cuanto si esta acción cumple o no con los requerimientos propios de un proceso cautelar, sino por los fundamentos de fondo, puesto que la mayoría de los autores vinculan el concepto de “proceso cautelar” con el de “proceso de protección o de tutela de emergencia”, sin perjuicio de que lo analizaremos desde

¹⁰⁶ ZÚÑIGA, F. 1997. Recurso de Protección y contencioso administrativo. Revista de Derecho Universidad de Concepción (202):105-106.

¹⁰⁷ PFEFFER, E. 2006. Estudios Constitucionales. El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile. 4(2): 97.

¹⁰⁸ SOTO KLOSS, E. 1976. Amparo judicial y recurso de protección. Revista Derecho Público. (19-20): 155.

ambos puntos de vista, ya que si bien, nuestra tesis trata un tema muy específico de la acción de protección, no podemos perder la oportunidad de intentar hacer un pequeño análisis y recoger las opiniones doctrinarias más relevantes expuestas a este respecto.

Antes de comenzar la revisión de algunas de las posturas que nos parecen más destacadas entorno a esta discusión, es preciso tener en consideración, las características de la cautela judicial y los presupuestos procesales para su procedencia, los cuales analizaremos de conformidad con lo señalado por el profesor Tavolari¹⁰⁹.

- **Características**

i. **Instrumentalidad:** las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, sino que tienen por finalidad asegurar la eficacia práctica de la decisión judicial que adoptará el tribunal o juez con respecto a un juicio o proceso principal. En tal sentido, permite garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, permitiendo que la decisión surta los efectos esperados.

ii. **Provisionalidad:** la medida cautelar adoptada por el tribunal no tiene carácter de permanente, puesto que expira una vez ejecutoriada la sentencia dictada en razón del procedimiento principal.

iii. **Homogeneidad:** esta característica se refiere a que la medida cautelar debe tender al aseguramiento de la ejecución de la sentencia, y en virtud de ello, debe producir efectos similares a los que produciría eventualmente la sentencia, pero no los mismo, de lo contrario se estaría adelantando la medida cautelar al posible fallo del tribunal.

¹⁰⁹ TAVOLARI, R. "Tribunales..." Ob. cit., pp. 141-146.

iv. **Idoneidad:** esta característica se refiere a la aptitud de la medida cautelar para servir a su fin, cual es, asegurar o cautelar la futura ejecución de la sentencia.

v. **Unilateralidad:** las medidas cautelares se decretan *inaudita et altera pars*, esto es, sin oír a la otra parte.

- **Presupuestos**

Los presupuestos de la actividad cautelar de acuerdo con el mismo autor¹¹⁰ son:

i. ***Fumus boni iuris*:** es el grado de convicción que debe tener el juez acerca de la posibilidad de dictarse, en definitiva, una resolución sobre el fondo, que sea favorable al sujeto que impetra la tutela jurisdiccional y que solicita la medida. La medida cautelar no se concede porque la existencia del derecho aparezca como menos cierta que en la sentencia definitiva, sino porque prescindiendo de todas las alegaciones y pruebas del demandado (*inaudita et altera pars*), el derecho puede ser considerado como cierto y existente.

ii. ***Periculum in mora*:** si la respuesta al reclamo de tutela jurisdiccional al justiciable fuera instantánea, no sería necesaria la actividad cautelar, pero ello no es así, es por esto que ante el peligro podría derivar del retraso para el cumplimiento de la sentencia que dicte el juez sobre la cuestión de fondo, se dictan las medidas cautelares, con el propósito de evitar estos probables perjuicios.

iii. **Contracautela:** en circunstancias de dictarse la medida cautelar. Al ser *inaudita altera pars*, esto es, sin oír a la contraparte es que en

¹¹⁰ *Ídem.* pp. 146-150.

resguardo de la igualdad de las partes en el proceso y la igualdad ante la ley, es que se vuelve necesario exigir al peticionario de la medida cautelar, una garantía de las resultas del beneficio que se le concede. En nuestro ordenamiento jurídico sólo se exige contracautela para el caso de que se decreten medidas precautorias no previstas por la ley.

I. Postura a favor de la naturaleza cautelar de la acción de protección

- Francisco Zúñiga

El profesor Zúñiga define la acción de protección de la siguiente manera: “El recurso de protección es una acción que incoa un proceso de amparo de raíz constitucional, de naturaleza cautelar especial o principal, extraordinario y sumarísimo, de tutela de derechos fundamentales frente a toda conculcación antijurídica (acción u omisión ilegal o arbitraria)”¹¹¹.

Hace presente el autor¹¹² que “[e]n atención a la naturaleza cautelar de la función jurisdiccional expresada en el proceso de amparo constitucional de derechos, que aunque se discute como categoría autónoma (“proceso cautelar”), existe un amplio acuerdo en doctrina italiana y de lengua española en identificarla como un momento de la jurisdicción que se expresa diferenciada en sus caracteres a los procesos de declaración o cognición y de ejecución”¹¹³.

Nos parece claro que no podemos admitir que el recurso o acción de protección sea en cuanto a su naturaleza jurídica una medida cautelar, toda vez que conforme las características descritas anteriormente, estas medidas son instrumentales, en sentido de que buscan asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia, por tanto acceden a un proceso de carácter principal, lo que no ocurre con

¹¹¹ ZÚÑIGA, F. “Recurso de Protección y contencioso...” Ob. cit., p. 105.

¹¹² *Ídem.* pp. 105-106.

¹¹³ *Ídem.* p. 106.

la acción de protección, es por ello, que cierta parte de la doctrina ha propuesto la existencia de un “proceso cautelar autónomo”, así lo ha hecho presente el autor: “(...) el recurso de protección integrante de nuestra jurisdicción constitucional configura una acción proceso de naturaleza cautelar, pero autónoma, no instrumental o accesoria a un proceso de declaración o ejecución definitivo. Tales caracteres de autonomía y principal son propios de todo proceso de amparo constitucional (...)”¹¹⁴.

- **José Luis Cea Egaña**

José Luis Cea, al tratar el origen e importancia de la acción de protección, le atribuye el carácter de cautelar al señalar lo siguiente: “Este instrumento cautelar de los derechos fundamentales se encuentra en el artículo 20 de la Constitución”¹¹⁵.

Como ya hemos mencionado previamente, el profesor Cea, considera que el recurso de protección es una medida cautelar, definiéndola como una acción procesal, cuya finalidad es dar protección a los derechos fundamentales indicados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

- **Enrique Navarro**

Para Enrique Navarro la acción de protección es de naturaleza cautelar, establece que: “Como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema, se trata de una acción cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de derechos preexistentes mediante la adopción de medidas de resguardo frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarias que impida, amague o moleste el mismo”¹¹⁶.

- **Emilio Pfeffer**

Para Emilio Pfeffer también se trataría de una acción cautelar, toda vez que “[e]n su naturaleza jurídica se ha entendido como una acción específica, de

¹¹⁴ *Ídem*. p. 107.

¹¹⁵ CEA, J. Ob. cit. p. 627.

¹¹⁶ NAVARRO, E. 2012. 35 años del recurso de protección: Notas sobre su alcance y regulación normativa [en línea] < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038016>> [Consulta: 25 de mayo de 2015].

emergencia, con un procedimiento rápido e informal, que requiere, por tanto, que el derecho que se dice conculcado sea 'legítimo', es decir, que se funde en claras situaciones de facto que permitan por este especial procedimiento restablecer el imperio del derecho. De allí que se haya sostenido que es improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo que son de lato conocimiento, ya que se está frente a una acción cautelar (...).¹¹⁷

II. Posturas contrarias a la naturaleza cautelar de la acción de protección

- Ferrada, Bordalí y Cazor

De acuerdo con estos autores¹¹⁸, la mayoría de la doctrina chilena sostiene que el recurso de protección tiene naturaleza cautelar, al igual que la jurisprudencia, ya hemos revisado la opinión de algunos autores entorno a esa idea, fundamentando esta posición en que se trataría de una acción que destaca por sus características de concentración y celeridad, y cuya tramitación se realiza mediante un procedimiento sumario. En definitiva, se trataría de un proceso cautelar, pero de carácter especial, toda vez que no se sujeta a la existencia de un proceso principal, como lo hacen las medidas cautelares tradicionales, tratándose entonces de un "proceso cautelar autónomo".

Ferrada, Bordalí y Cazor¹¹⁹, llaman la atención respecto la existencia de esta moderna tendencia que comprende el concepto de "proceso cautelar" de un modo más amplio que el tradicional, relacionándolo con un proceso de tutela urgente de una determinada situación jurídica, sin perjuicio de que debe cumplir con todos los requisitos de un procedimiento cautelar. Esta postura es resistida por otra parte de la

¹¹⁷ PFEFFER, E. Ob. cit., p. 97.

¹¹⁸ FERRADA, J., BORDALÍ, A., CAZOR, K. Ob. cit., pp. 75-76.

¹¹⁹ *Ídem.* pp. 74-76.

doctrina, incluyendo a los autores que estudiamos en este apartado, por los motivos que detallaremos a continuación.

Señalan los autores que “[e]n nuestro caso, este planteamiento es bastante complejo, ya que las características que ha ido asumiendo el Recurso de Protección, (...) son a veces contradictorias con este carácter cautelar autónomo que le reconoce la doctrina. Así será frecuente que la declaración judicial del Tribunal, reconociéndole ciertos derechos al recurrente y adoptando las medidas para restablecer el imperio del derecho, tenga efectos permanentes y no meramente cautelares, siendo innecesario y aun imposible acceder a un procedimiento ordinario de lato conocimiento en que se vuelva a discutir el asunto. De ahí que parece más apropiado referirse al Recurso de Protección como un proceso sumario, es decir, un proceso de cognición reducida que genera el efecto de cosa juzgada formal”¹²⁰.

En síntesis, parte de la doctrina sustenta la postura de que la acción de protección tiene naturaleza cautelar especial, esto es, no vinculada a un procedimiento principal, mientras que la posición contraria afirma que no se trata de un proceso de naturaleza cautelar, ya que no se cumple con los requisitos y características propias de este tipo de medidas.

Bordalí¹²¹, ha sustentado la idea de que el recurso o acción de protección no tiene naturaleza cautelar, sin perjuicio de que buena parte de la doctrina y jurisprudencia así lo estimen. De acuerdo con este autor lo que lleva a confundir a la acción de protección con un procedimiento de naturaleza cautelar, es la **urgencia** o **rapidez** con que se pronuncia la Corte de Apelaciones en materias de protección, toda vez que asociamos esta rapidez en la respuesta con la de los procedimientos cautelares. Pero, como consigna el autor, “(...) cuando se habla de tutela cautelar, en nuestro medio se nos viene inmediatamente en mente la situación de las medidas

¹²⁰ *Ídem.* p. 75.

¹²¹ BORDALÍ, A. Ob. cit., p. 280-281.

precautorias, las que aparecen preordenadas a la efectividad de lo resuelto es un proceso que se acostumbra a denominar principal o sobre el mérito”¹²².

Conforme lo descrito y razonado por el autor, no resultaría coherente catalogar al recurso de protección como proceso cautelar, puesto que la acción de protección permite tutelar de manera directa los derechos fundamentales ante privación, perturbación o amenaza en su ejercicio, por tanto no se supedita a la existencia de un proceso previo o principal, lo cual lo diferencia de las medidas cautelares, las cuales siempre se hayan vinculadas a un proceso principal, permitiendo estas medidas el aseguramiento de los efectos probables de la sentencia.

Nos advierte Bordalí, sobre el hecho de que “(...) hoy en día también se defiende por un sector de la doctrina la posibilidad de concebir al proceso cautelar como una vía de tutela urgente y directa de los derechos e intereses de los ciudadanos necesitados de tutela jurisdiccional, sin que se limite simplemente a cautelar instrumentalmente un proceso principal. Hablaríamos entonces, de una tutela cautelar autónoma”¹²³.

Para esclarecer si realmente el recurso de protección constituye un proceso cautelar autónomo, debemos determinar si cumple con los requisitos y los presupuestos jurídicos de los procesos de tutela cautelar autónoma, estos son los de toda medida cautelar, es decir, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, eventualmente contracautela y proporcionalidad, lógicamente se debe excluir la existencia de un proceso principal, puesto que se trata de procedimiento autónomos en que “(...) ya no se necesitaría impetrar un proceso sobre el mérito para que se vea satisfecha su pretensión, puesto que esta, de manera rápida y urgente, ya fue satisfecha por el proceso cautelar”¹²⁴.

¹²² *Ídem*. p. 281.

¹²³ *Ídem*. p. 282.

¹²⁴ *Ídem*. p. 284.

Esta nueva propuesta realizada por parte de la doctrina, extiende la concepción de cautela, dejando de lado su carácter puramente instrumental, para pasar a entenderla como un medio que facilita la tutela o protección de derechos sin requerir la promoción de un proceso principal, de este modo, quien habiendo requerido del órgano jurisdiccional correspondiente, la tutela de sus derechos por la vía de un proceso cautelar y haya obtenido una resolución, no necesitará interponer una acción de carácter principal, puesto que por la vía de este procedimiento cautelar independiente se obtiene la plena satisfacción de la pretensión.

De acuerdo con el profesor Bordalí, si concebimos al recurso de protección como un proceso cautelar, habría que señalar que “(...) el presupuesto de *periculum in mora* no siempre existe en el Recurso de Protección. Sin perjuicio de que pudiere existir para determinados derechos, como el derecho a la vida, honra de la persona, entre otros, lo cierto es que respecto de otros derechos fundamentales (caso paradigmático lo constituiría el derecho de propiedad) no aparece siempre claro un peligro de daño en la demora de la decisión judicial, que no pueda ser morigerado vía medidas cautelares o precautorias tradicionales que se pueden obtener con los procesos ordinarios. Tampoco exigió el artículo 20 de la CPR una fianza o contracautela para asegurar los eventuales daños del recurrido”¹²⁵.

Siguiendo los planteamientos de este autor, aunque pensáramos que el constituyente tuvo en mente al consagrar el recurso de protección en la Constitución Política de la República, regularlo como un proceso cautelar autónomo que permita tutelar de manera rápida y eficaz los derechos fundamentales, -señala el autor- tal como se halla normativa regulada esta acción sería improcedente ya que a diferencia de lo que ocurre con este tipo de procesos, “(...) las Cortes de Apelaciones que conocen de la pretensión de protección, no pueden dictar la medida de pretensión de inmediato, *inaudita et altera pars*, es decir, solo con base en un juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la posible violación de un determinado derecho fundamental,

¹²⁵ *Ídem*. p. 285.

sino que la dictan teniendo en consideración, además de lo alegado por el actor, lo que señale el recurrido en su informe, y los medios de prueba que tanto ellos, como el tribunal, alleguen al proceso”¹²⁶.

Otros motivos por los cuales no resulta posible entender a la acción de protección como cautelar -siguiendo a Bordalí- radican en que en el procedimiento llevado a cabo a propósito de un recurso de protección puede decretarse a petición de parte o de oficio, una orden de no innovar, la que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la decisión de la Corte en los términos que esta se decreta. La orden de no innovar es una medida cautelar, entendida en su sentido tradicional, es decir, como instrumental, esta medida puede decretarse *inaudita et altera pars*, a diferencia de lo que según este autor, ocurriría con la acción de protección, considerando entonces, que en se puede solicitar a la Corte la dictación de una medida cautelar, no cabe entonces, tener por tal al recurso de protección, que se identifica más bien, con un “(...) proceso sobre el mérito, aunque sumario o sumarísimo”¹²⁷.

Concordamos con lo expuesto por el profesor Bordalí, en cuanto, no es factible considerar a la acción de protección como un proceso cautelar, ya que de ser así, podría darse la situación de decretar la Corte medidas cautelares, como la orden de no innovar, respecto a un proceso que ostentaría también esa naturaleza.

- **Raúl Tavolari**

El profesor Tavolari, tampoco concuerda con aquella parte de la doctrina que afirma la naturaleza cautelar de la acción de protección puesto que “(...) le falta la necesaria accesoriedad, que es propia de la actividad cautelar”¹²⁸. Señala el autor¹²⁹,

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ TAVOLARI, R. “El proceso...” Ob. cit., p. 463.

¹²⁹ *Ibidem*.

que le parece más adecuado calificarla simplemente como acción o instituto procesal y constitucional que tiene por finalidad remediar ciertas situaciones arbitrarias o ilegales, que violentan determinadas garantías constitucionales.

Siguiendo al profesor, “[l]a decisión que adopte la jurisdicción tendrá, además, siempre, un carácter declarativo (...)”¹³⁰, no cautelar, entendiendo que este carácter declarativo procede del reconocimiento que hace la Corte de Apelaciones del derecho o los derechos o garantías que se han visto afectadas en su ejercicio.

3.2.3 Jurisprudencia

Por su parte, la jurisprudencia en recientes fallos de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones ha sostenido que se trata de una acción de naturaleza cautelar, así lo reseñan las siguientes sentencias:

i. Sentencia Rol 14.554-2013 de la Corte Suprema en su considerando 3° señala: “Que como reiteradamente se ha expresado, el recurso de protección es una acción cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, ante actos u omisiones arbitrarias o ilegales de autoridades o particulares que importen una privación, perturbación o amenaza, mediante la adopción de medidas concretas destinadas a restablecer el imperio del derecho y poner fin a dichos actos u omisiones”¹³¹.

ii. Sentencia Rol 14.552 -2013 de la Corte Suprema, contempla en su considerando 3° que “(...) el recurso de protección presenta una naturaleza cautelar y de emergencia para reestablecer

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Corte Suprema. 28 de octubre de 2013, Rol 14.554-2013. [en: portal2013.pjud.cl].

[sic] el imperio del derecho respecto de vías de hecho que lesionan garantías indubitadas (...)”¹³².

iii. Sentencia Rol 14.811-2013 de la Corte Suprema, en su considerando 3° define el recurso de protección como “[a]cción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a menoscabos que puedan experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares”¹³³. En su considerando 4° sostiene además que se trata de una acción de emergencia.

iv. Sentencia Rol 355-2013 de la Corte de Apelaciones caracteriza a la acción de protección como un “(...) mecanismo jurídico cautelar, consistente, de acuerdo al artículo 20 de la Constitución Política de la República, en resguardar el ejercicio legítimo de las garantías que la misma disposición señala, en el evento que su titular sufra privación, perturbación o amenaza con ocasión de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, esto es, infracción de una norma jurídica imperativa, ejecución de una conducta caprichosa o carente de razonabilidad o simplemente una omisión con la misma particularidad (...)”¹³⁴.

v. Sentencia Rol 14.556-2013 de la Corte Suprema que confirma el fallo de la Corte de Apelaciones que en su considerando 1° señala “[q]ue la Acción Constitucional de Protección ha sido concebida en nuestro derecho como un remedio procesal de carácter extraordinario para la mantención regular del orden jurídico, de modo que cualquier persona que se vea privada, perturbada o amenazada en el legítimo ejercicio de los derechos que esta acción cautela puede

¹³² Corte Suprema. 22 de octubre de 2013, Rol 14.552-2013. [en: portal2013.pjud.cl].

¹³³ Corte Suprema. 11 de junio de 2013, Rol 14.811-2013. [en: portal2013.pjud.cl].

¹³⁴ Corte Suprema. 28 de diciembre de 2012, Rol 355-2013. [en: portal2013.pjud.cl].

reclamar del Tribunal (...) la adopción inmediata de providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho”¹³⁵.

3.3 Características de la acción de protección

A continuación analizaremos brevemente las características de la acción de protección siguiendo el planteamiento del profesor Nogueira¹³⁶.

i. Principal o autónoma: nos señala el profesor Nogueira que “[l]a acción de protección como la acción de ‘*hábeas corpus*’ o ‘amparo’ constituyen procesos constitucionales independientes, operan por sí mismos (...) no forman parte ni dependen de ningún otro procedimiento o proceso (...)”¹³⁷. Resulta relevante destacar el carácter independiente de la acción de protección puesto que la palabra “recurso” evoca la idea de un proceso que tiene por objeto impugnar una resolución previamente dictada, por ello es preciso tener presente que la acción de protección no se supedita a la existencia de proceso principal alguno, sino que ella misma constituye un proceso de carácter autónomo.

ii. Desformalizado o informal: la informalidad de la acción puede apreciarse en diversos elementos o etapas del proceso de protección, primeramente, es informal respecto el sujeto activo, pues como sostiene el profesor Nogueira “(...) puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica afectada, incluso por entes colectivos, sin personalidad jurídica, o por cualquier otra persona a su nombre (...)”¹³⁸. También podemos observar esta característica en la manera en que se interpone la acción, ya que no se exigen requisitos ni formalidades de ningún tipo, así

¹³⁵ Corte Suprema. 4 de diciembre de 2013, Rol 14.556-2013. [en: portal2013.pjud.cl].

¹³⁶ NOGUEIRA, H. Ob. cit., “El derecho de amparo...”, pp. 28-34.

¹³⁷ *Ídem*. p. 29.

¹³⁸ *Ibidem*.

lo dispone el artículo 2° del Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección en la segunda parte de su inciso primero: “(...) por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex”. Esta desformalización se justifica por los propios objetivos del recurso, estos son, otorgar tutela rápida y efectiva al recurrente y por la relevancia de los derechos que se cautelan por la vía de esta acción, puesto que ante la privación, perturbación o amenaza de derechos fundamentales la jurisdicción debe facilitar al afectado la solicitud de tutela.

iii. Excepcional: es de carácter excepcional en razón de que sólo protege los derechos del artículo 19 de la Constitución Política, que han sido indicados en el artículo 20, cuando existe privación, perturbación o amenaza en su legítimo ejercicio.

iv. Unilateral o Bilateral: algunos autores, sostienen que el recurso de protección es de carácter unilateral, puesto que no da lugar a un proceso contradictorio entre partes, pero creemos que se trata de un proceso que en cuanto tal, contempla la existencia de dos partes, recurrente y recurrido, estas posturas serán abordadas en el título relativo al sujeto activo y pasivo de la acción de protección

v. Breve, concentrado y de carácter preferente: las acciones de protección gozan de preferencia, así lo determina el artículo 3° del Auto Acordado de la Corte Suprema: “Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente, previo sorteo, en las Cortes de Apelaciones de más de una Sala”.

Con respecto a su carácter breve y concentrado, el profesor Nogueira señala que: “El procedimiento es sumario o sumarísimo ya que se tramita obviando un conjunto de formalidades que son exigibles en los demás procedimientos ordinarios, con el deber de darle la máxima celeridad posible”¹³⁹. Ejemplos de estas características son:

Se suele señalar como ejemplo de celeridad el plazo que la Corte ha fijado al afectado para interponer el recurso, el artículo 1° del Auto Acordado indica que la acción se debe ejercer en plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se hubiese tenido noticia o conocimiento de estos hechos u omisiones. Así lo considera el profesor Lautaro Ríos¹⁴⁰. Debemos hacer presente a propósito de esta norma, que ha sido ampliamente controvertido el hecho de que la Corte restrinja mediante un plazo la posibilidad de interponer la acción, puesto que lo relativo a derechos fundamentales es materia de reserva legal.

En virtud del artículo 3° del Auto Acordado de la Corte Suprema, la orden del tribunal al recurrido para que informe por la vía que la Corte estime más **rápida** y **efectiva**, fijándole un **plazo breve** y **perentorio** para evacuar dicho informe.

3.4 Sujetos activo y pasivo de la acción

El estudio referente a los sujetos activo y pasivo de la acción de protección es de cardinal relevancia para nuestra tesis, toda vez que nos permitirá determinar si es posible que un menor de edad interponga por sí mismo o se entable en su contra la acción de protección, teniendo en cuenta que parte de la doctrina sostiene que esta

¹³⁹ *Ídem*. p. 32.

¹⁴⁰ RÍOS, L. 2007. La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno. Estudios Constitucionales. 5(2): 42.

acción carece de sujeto pasivo, lo que explicaremos en el apartado relativo a este tema.

Para ello, debemos tener presente lo preceptuado por el artículo 20 inciso primero de nuestra Carta Fundamental en relación a quién puede interponer esta acción y con qué objeto: **“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 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° 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, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podría **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.”

El artículo 2° inciso primero del auto acordado de la Corte Suprema de 1992 sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, señala: “El recurso de protección se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex”. Valga hacer presente, que este auto acordado ha sido ampliamente criticado por su inconstitucionalidad, lo cual abordaremos más adelante.

a) Sujeto activo

- **Soto Kloss**

Para Eduardo Soto Kloss¹⁴¹ se desprende del texto mismo del artículo 20 de la Constitución Política de la República, que el recurso de protección brinda tutela al individuo, esto es, a la persona natural, puesto que la norma hace referencia a la

¹⁴¹ SOTO KLOSS, E. Ob. cit. pp. 156-158.

tutela jurídica de ciertos derechos inherentes sólo a la persona humana, como la vida, la honra, entre otro, y también otorga protección a las personas jurídica.

- **Francisco Zúñiga y Alfonso Perramont**

De acuerdo con este autor¹⁴², es legitimado activo de la acción, toda persona que se vea afectada ilegal o arbitrariamente en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, o cualquier persona en su nombre, aun cuando no tenga poder para representarla, "(...) siempre que sea capaz de comparecer en juicio aunque carezca de mandato especial, siempre que cuente con la aquiescencia del que sufre el agravio"¹⁴³.

- **José Luis Cea Egaña**

Para el profesor Cea Egaña, es sujeto activo toda persona natural o jurídica, e incluso el ente moral. Esto se desprende de lo preceptuado por la propia norma, es decir, por el artículo 20 de la Constitución Política, el cual indica que puede interponer la acción "el que", de este modo nos refiere el profesor que "(...) **EI**, esto es, pronombre personal de la tercera persona, que es neutro o genérico, que abarca a los sujetos femeninos y masculinos. Nadie queda, por ende, excluido **a priori** de la posibilidad de entablar la acción. Existe, desde este punto de vista, armonía o simetría entre la amplitud de la palabra persona, utilizada en el artículo 19 inciso 1° de la Constitución, por una parte, y esta vastísima titularidad par ser sujeto activo de la protección, por otra"¹⁴⁴.

¹⁴² ZÚÑIGA, F. 2007. El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales. Estudios Constitucionales, 5(2): 67.

¹⁴³ ZÚÑIGA, F. y PERRAMONT, A. 2003. Introducción al derecho procesal constitucional. Vol I, Proceso de amparo de derechos fundamentales. Santiago, Universidad Central de Chile. p. 41.

¹⁴⁴ CEA, J. Ob. cit., pp. 632-633.

Menciona, además, expresamente al niño como sujeto activo, en sus palabras: “El niño, por último, tiene que reputarse incluido en tal titularidad, en relación con los derechos que le son inherentes a su dignidad de persona”¹⁴⁵.

Con respecto a quién puede interponer la acción de manera concreta, se define como sujeto activo quien ha sido privado, perturbado o amenazado en el ejercicio de sus derechos fundamentales pudiendo, ocurrir, por sí o por cualquier persona a su nombre, teniendo capacidad procesal, ante la Corte de Apelaciones respectiva, esto conforme lo indicado por el artículo 2° inciso primero del auto acordado de 1992 de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección.

Siguiendo lo planteado por el profesor Cea, puede interponer la acción de protección el propio afectado u otra persona en su nombre, “(...) siempre que sea capaz de parecer en juicio, aunque no tenga mandato especial para ello. En consecuencia, sea deducido por el agraviado o por otra persona, quien interpone la acción debe siempre debe [sic] tener capacidad procesal”¹⁴⁶.

El autor entiende por capacidad procesal “(...) la aptitud, constitucional y legal, para ejercer los derechos, sean individuales, sociales o políticos, o bien, para resultar responsable de sus transgresiones”¹⁴⁷.

Aclara, el profesor Cea,¹⁴⁸ que la acción de protección es una acción pública, esto significa, que cualquier persona puede interponerla con el objeto de requerir la protección de los derechos fundamentales afectados a la Corte de Apelaciones respectiva, pero no es una acción popular, es decir, no está establecida en favor de toda la comunidad, ya que es preciso de parte del sujeto activo, demostrar interés directo o inmediato en la acción, sin perjuicio de que en el caso de que los derechos violentados sean la vida o la integridad física o síquica, puede ser interpuesta por

¹⁴⁵ *Ídem.* p. 633.

¹⁴⁶ *Ídem.* p. 645.

¹⁴⁷ *Ídem.* p. 636.

¹⁴⁸ *Ibidem.*

cualquier persona, incluso sin que tenga interés en la acción, transformándose de este modo en popular.

El punto que nos parece más relevante de analizar, es el relativo a la capacidad procesal, ya que conforme lo señalado por este autor, un menor de edad no podría interponer la acción de protección por sí mismo, toda vez que carece de dicha capacidad, debiendo hacerlo mediante su representante legal, esta limitación provendría del ya citado artículo 2° del auto acordado sobre tramitación del recurso de protección, sin embargo, existen autores, como el profesor Nogueira¹⁴⁹, según el cual, la limitante respecto la capacidad procesal, sólo opera cuando quien interpone la acción no es el afectado, sino un tercero.

- **Humberto Nogueira**

Para el profesor Nogueira, el artículo 20 de la Carta Fundamental, asegura a toda persona la protección de sus derechos fundamentales en cuanto estos se vean vulnerados de manera ilegal o arbitraria en su ejercicio, "(...) no importa su edad, género, condición social, nacionalidad, ya que también las personas que se encuentran en tránsito por nuestro país son titulares y pueden ejercer la acción.

El Auto Acordado de la Corte Suprema limita la posibilidad de accionar por un tercero distinto del afectado, que sea capaz de comparecer en juicio"¹⁵⁰.

Cabe recalcar, que para el profesor Nogueira, a diferencia del profesor Cea, la capacidad de parecer o comparecer, se exige sólo respecto del tercero que interpone el recurso en nombre del afectado y no es requisito respecto del afectado que lo interpone por sí mismo, lo cual es criticado por el autor: "No vemos razón ni fundamento constitucional algunos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, para que el tercero que acciona o comparece en nombre del

¹⁴⁹ NOGUEIRA, H. 2007. El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y perspectiva. Revista *Ius et Praxis* 13(1): 38.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

afectado deba tener capacidad para comparecer en juicio, ya que ello limita el derecho a la acción en virtud de un motivo adjetivo que debe ser superado en virtud de la importancia del derecho substantivo afectado y la urgencia de su protección”¹⁵¹.

Señala el profesor, que además de ser sujeto activo de esta acción la persona natural, también lo es la persona jurídica, puesto que son “(...) personas ficticia capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente, como las corporaciones, fundaciones, asociaciones, sociedad comercial, sindicatos, gremios y organizaciones de diverso tipo que tengan personalidad jurídica, como asimismo, las asociaciones sin personalidad jurídica, respecto de los derechos que por su naturaleza sean ejercitables por tales instituciones”¹⁵².

En definitiva, para Nogueira¹⁵³, son legitimados activos de la acción de protección, las personas naturales nacionales o extranjeras, las personas jurídicas o morales privadas domiciliadas en Chile, el Estado y sus órganos, también son legitimadas las autoridades de la administración central desconcentrada del Estado, como intendentes o gobernadores.

Finalmente, con respecto al sujeto activo, “[l]a acción se concreta por el agraviado o por cualquiera a su nombre. El agraviado puede interponerla directamente, sin asistencia de abogado, ante tribunal competente. Lo mismo puede hacer un tercero en nombre de la persona afectada”¹⁵⁴..

b) Sujeto pasivo

¹⁵¹ *Ídem.* p. 42.

¹⁵² *Ídem.* p. 38.

¹⁵³ *Ídem.* p. 39.

¹⁵⁴ *Ibídem.*

- **Soto Kloss**

Siguiendo al profesor Soto Kloss¹⁵⁵, esta acción se dirige contra quien ha sido autor del agravio que causa privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de un derecho fundamental, ya sea que provenga de una persona natural o una autoridad del Estado.

- **José Luis Cea Egaña**

Para el profesor Egaña, la misma amplitud del artículo 20 de la Constitución Política para regular al sujeto activo, se observa respecto del sujeto pasivo, toda vez que puede ser cualquier persona, señala el autor "(...)" que puede tratarse de una persona natural, jurídica o moral, nacional o extranjera, domiciliada o transeúnte, mayor o menor de edad (...)"¹⁵⁶.

Para el profesor es indispensable que en el proceso sea oído el sujeto pasivo, constituyendo esto "(...)" un requisito elemental del proceso justo"¹⁵⁷. En virtud de lo anterior es que lógicamente, no concuerda con que la acción de protección sea catalogada como unilateral, puesto que en dicho caso a su juicio¹⁵⁸, debería tenerse por ofensor a la propia Corte de Apelaciones ante la cual se interpone la acción.

- **Humberto Nogueira**

Al tratar al sujeto pasivo de la acción de protección, debemos hacer presente que parte de la doctrina plantea que no existe sujeto pasivo en el proceso a que da lugar la acción de protección, desarrollándose éste, de forma unilateral, esto se debería –según los autores que sostienen esta tesis¹⁵⁹- a que no existe relación entre el recurrente y el ofensor, de modo que la relación es entre el sujeto activo, el recurrente, y la Corte de Apelaciones respectiva, pues es al tribunal, al cual, el

¹⁵⁵ SOTO, E. Ob. cit., pp. 156-157.

¹⁵⁶ CEA, J. Ob. cit., p. 633.

¹⁵⁷ *Ídem.* p, 646.

¹⁵⁸ *Ídem.* p. 647.

¹⁵⁹ RÍOS, L. Ob. cit., p. 42.

afectado formula las solicitudes respectivas, estas son, el restablecimiento del imperio del derecho y el otorgamiento de protección al agraviado, en este contexto, en consecuencia, no se requeriría la existencia de contraparte para formular tales solicitudes a la Corte, sin perjuicio de que el tercero que causa la privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos fundamentales pueda hacerse parte¹⁶⁰.

Para este autor la unilateralidad del proceso de protección, “(...) no es sostenible desde el respeto y garantía del debido proceso o ‘racional y justo procedimiento’ que asegura el artículo 19 N°3 en armonía con el artículo 8° del CADH y el artículo 14 del P.I.D.C. y P.”¹⁶¹

Llama la atención el autor¹⁶² respecto el hecho de que el principio del debido proceso impone al tribunal la obligación de oír a las partes involucradas en los procesos aunque estos sean de carácter breve y concentrado como el recurso de protección. Si bien, el proceso por medio del cual se tramita la acción de protección destaca por proveer una respuesta rápida a la reclamación de tutela jurídica del recurrente, no se deben perder de vista principios tan relevantes como el debido proceso y el derecho a defensa, consagrados constitucionalmente en el artículo 19 N°3 especialmente en su inciso sexto, el cual dispone: “Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justo”.

Por lo anterior es que el autor sostiene que: “El proceso de protección o amparo de los derechos debe asegurar la bilateralidad dando oportunidad real de defensa, la que se da cuando al sujeto pasivo de la acción de protección se le solicita

¹⁶⁰ Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales Art. 4° “Las personas, funcionarios u Órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso”.

¹⁶¹ NOGUEIRA, H. Ob. cit., “El derecho de amparo o protección...”, p. 31.

¹⁶² *Ídem.* pp. 31-32.

el informe al cual puede adjuntar las pruebas pertinentes documentales o de otro tipo u ofrecer producirlas, en tal caso, el que no responde la petición del tribunal de hacer llegar la información solicitada, no puede alegar indefensión, ya que tuvo una oportunidad, razonable y suficiente derecho de ser escuchado y de producir prueba, siendo parte en el proceso, de manera tal que en dicha situación no puede sostenerse que se haya quebrado el principio y regla de la defensa en juicio como derecho y garantía constitucional”¹⁶³.

En opinión del autor, la acción de protección es de carácter bilateral, debiendo fijar el legislador la manera en que cada una de las partes hará valer y expondrá su posición jurídica, esto en virtud del principio de reserva legal que rige las materias relativas a derechos fundamentales. Señala de manera enfática que “[e]l sujeto pasivo es parte del proceso de protección desde que es notificado, pidiéndosele informe y entrega de antecedentes y prueba”¹⁶⁴.

Considerando entonces, al proceso de protección como bilateral, el profesor¹⁶⁵ define como legitimado pasivo a aquel que ha lesionado o afectado el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales del recurrente, pudiendo tratarse de una persona natural, una autoridad o agente del Estado, u otro tipo de instituciones, determinables o determinadas.

Señala el profesor Nogueira que “(...) debe precisarse, legalmente, en una reforma próxima, que el sujeto pasivo es parte del proceso de protección desde que es notificado pidiéndosele informe (...)”¹⁶⁶

- **Andrés Bordalí**

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Idem*. pp. 30-32.

¹⁶⁵ *Idem*. p. 40.

¹⁶⁶ NOGUEIRA, H. 2010 “La acción constitucional de protección en Chile (...)” Ob. cit. p. 127.

Para el profesor Bordalí, si bien, el recurso de protección constituye un proceso de urgencia, no significa por ello, que se tramite de forma unilateral.

Si bien, la idea de protección rápida de derechos evoca la idea de realizar un proceso sin contradictorio o contraparte, “(...) ese camino propuesto no es enteramente compatible con aquellas normas constitucionales que obligan a todos los tribunales de justicia a dar su respuesta jurisdiccional previo desarrollo de un proceso con todas las garantías, aunque se trate, como en esta situación, de una respuesta de carácter urgente.

Al contrario de la tesis expuesta, sostendré que el Recurso de Protección, aun concebido como vía de tutela de urgencia de los derechos fundamentales, debe lugar a un proceso contradictorio”¹⁶⁷.

Razona el profesor Bordalí en orden a que no es posible el desarrollo de la actividad jurisdiccional sin la existencia del proceso, no pudiendo escapar a esta lógica la acción de protección. Para que una decisión tenga carácter de jurisdiccional -sostiene el autor- es preciso que sea dictada en el contexto de un proceso “(...) se puede definir el proceso bien como la exigencia constitucional (art. 19 N°3 inc. 5° CPR¹⁶⁸) por medio de cual la jurisdicción cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente, bien como la exigencia constitucional puesta a disposición de todas las personas para lograr la tutela judicial a que se refiere la Constitución (art. 19 N°3 inc. 1° CPR)”¹⁶⁹. Ahora bien, la actividad desarrollada por la

¹⁶⁷ BORDALÍ, A. 2004. El recurso de protección como proceso de urgencia. Revista Chilena de Derecho 31(2): 276.

¹⁶⁸ La Ley 20.516 sobre Reforma Constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas, publicada el 11 de julio de 2011, agrega un inciso al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, según da cuenta su artículo único, número 1, letra b: “ Intercálese el siguiente párrafo cuarto, pasando los restantes a tener el orden correlativo correspondiente:

‘Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley’”.

Por tanto, el citado inciso quinto por el profesor Bordalí, actualmente es el inciso sexto.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

Corte de Apelaciones ante la reclamación de un recurrente que solicita se restablezca el imperio del derecho por la vía de una acción de protección es de carácter jurisdiccional, por tanto, la decisión que adopta a este respecto el tribunal, sólo puede ser dictada por medio de un proceso, sin el cual, estamos ante una decisión de carácter administrativo o de policía.

A causa de lo anteriormente descrito es que el autor señala lo siguiente: “No creo que pueda decirse que en la tarea de protección de los derechos fundamentales, las Cortes de Apelaciones, como tribunales competentes para conocer de la pretensión de protección, desarrollen una función administrativa, de policía o de otro tipo, antes que jurisdiccional”¹⁷⁰.

Consistentemente con lo anterior, el autor¹⁷¹ nos recuerda que toda acción de protección entraña un conflicto jurídico que ha de ser resuelto por la Corte de Apelaciones mediante su potestad jurisdiccional. Las posiciones jurídicas contradictorias en el caso de la acción de protección son, por una parte la de quien ha causado por acción u omisión, la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo del derecho fundamental de una persona y por otra la de quien se ha visto perjudicado a causa de tales actos u omisiones. En tanto conflicto jurídico, la parte afectada interpone la acción, deduciendo una pretensión, que consiste en que el causante de tal agravio haga algo o se abstenga de hacerlo en favor de su derecho fundamental.

Para concluir, el autor es firme en su postura respecto la existencia de un proceso contradictorio y por ende bilateral, expresándolo de manera enfática: “De este modo, creo que es irrefutable que las Cortes de Apelaciones, conociendo de las pretensiones de protección de los derechos fundamentales, desarrollan una labor jurisdiccional, ya que por un lado resuelven conflictos temporales de relevancia jurídica y, por otro, dan tutela definitiva a las posiciones jurídicas subjetivas de los

¹⁷⁰ *Ídem.* p. 277.

¹⁷¹ *Ibidem.*

ciudadanos necesitados de amparo jurisdiccional. A su vez, la labor jurisdiccional debe desarrollarse siempre, por razones conceptuales y normativas de acuerdo a un proceso. Ese proceso supone la articulación de un contradictorio entre partes que discuten frente a un tercero imparcial en términos de igualdad”¹⁷².

Cabe hacer notar, que al igual que el profesor Nogueira, el profesor Bordalí¹⁷³, resalta lo necesario que resulta dar reconocimiento expreso al derecho a contradecir, pues la regulación que le ha dado el Auto Acordado es insuficiente y da lugar a dudas.

En definitiva, podemos inferir a partir de la definición que realiza el profesor Bordalí, sobre las posiciones jurídicas que se plantean en el proceso de protección, que es sujeto pasivo aquél que provoca la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales del recurrente.

- **Lautaro Ríos**

Para este autor¹⁷⁴, una característica que particulariza al recurso de protección es su unilateralidad, puesto que su objetivo es obtener un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones en orden a que se restablezca el imperio del derecho, otorgando la protección debida al afectado, lo que no requiere la existencia de contraparte, pues nada se pide al sujeto que ha causado la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del derecho fundamental.

Señala Ríos que “[e]l procedimiento del R.P. es unilateral porque está establecido en beneficio del titular de esta acción y en resguardo de sus derechos sin otra consideración, respecto del agresor, que requerir su informe, como un tercero ajeno al proceso.

¹⁷² *Ídem.* pp. 277-278.

¹⁷³ *Ídem.* p. 286.

¹⁷⁴ RIOS, L. Ob. cit., p. 42.

Naturalmente, lo anterior no obsta a que el responsable del acto u omisión agravante -respecto del cual se solicitarán ordinariamente medidas protectoras- se haga parte en el recurso y pueda ejercer, desde ese instante, los derechos procesales que incumben a las partes, tales como alegar, suspender la vista de la causa, o interponer recursos contra la sentencia definitiva”¹⁷⁵.

Al considerar el proceso como unilateral, el autor, no contempla la existencia de un sujeto pasivo.

3.5 Tramitación del recurso de protección

Con respecto a la tramitación del recurso, el Acta Constitucional N° 3 en su artículo 2° inciso final indicaba: “La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso”. La Corte Suprema, cumpliendo con tal mandato, regula la tramitación del recurso de protección en el Auto Acordado de 29 de marzo de 1977.

Actualmente se regula el procedimiento y tramitación de esta acción en el Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992 “sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales”, el cual ha sido cuestionado en lo que respecta a su legitimidad constitucional toda vez que la regulación de todo aquello que se relaciona con los derechos fundamentales es materia de reserva legal, ya que a diferencia del Auto Acordado de 1977, este último no fue dictado en virtud de un mandato constitucional, sino que como una manera de suplir el vacío normativo existente en materia de tramitación, así lo señalan los ministros de la Corte Suprema en el mismo Auto Acordado. Sobre lo anterior, ha dicho el profesor Cea que el Auto Acordado de 1992 “[h]a suscitado justificadas críticas sobre su mérito constitucional,

¹⁷⁵ *Ibidem*.

ante la reserva legal prevista en el artículo 19 N°3 inciso 5° de la Carta Fundamental, en relación, v.gr., con los artículos 6 inciso 2° y 7 de ella”¹⁷⁶.

Se ha sostenido que la dictación del Auto Acordado de 1992, que reemplaza al de 1977, por la Corte Suprema, se enmarca en sus facultades directiva, correccional y económica, sin embargo esto no es fundamento suficiente para que la Corte regula materias que son de reserva legal. Ahora bien, independiente la cuestionada constitucionalidad del Auto Acordado, este contiene la regulación actual de la tramitación del recurso. Analizaremos brevemente la tramitación de la acción de protección, siguiendo a los profesores Cea¹⁷⁷ y Nogueira¹⁷⁸:

i. Plazo para su interposición: el artículo 1° del Auto Acordado, establece un límite temporal para la interposición del recurso, restringiéndolo al plazo de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o de la omisión, o desde que se haya tenido conocimiento de tales hechos.

Este plazo de treinta días constituye un lapso de caducidad, lo que implica que opera de pleno derecho transcurrido el periodo de tiempo señalado por la norma, así lo han sostenido profesores como Nogueira¹⁷⁹ y Ríos¹⁸⁰, el primero de estos autores ha reconocido la relevancia de la regulación de un plazo de caducidad, pues otorga seguridad jurídica, aunque el hecho de que sea impuesto por medio de un Auto Acordado no se justifica, como tampoco se justifica la fijación de un plazo para la interposición del recurso respecto de derechos fundamentales como el derecho a la vida, o a la integridad física y síquica, la libertad de conciencia, de opinión, etc. Respecto de derechos fundamentales que no tienen contenido patrimonial, no debería fijarse un plazo para solicitar su protección.

¹⁷⁶ CEA, J. Ob. cit., p. 643.

¹⁷⁷ *Ídem.* pp. 644-648.

¹⁷⁸ NOGUEIRA, H. Ob. cit., “Acciones constitucionales...”, pp. 37-42.

¹⁷⁹ *Ídem.* p. 36.

¹⁸⁰ RÍOS, L. Ob. cit., p. 45.

ii. Legitimación activa: como ya hemos analizado, es sujeto activo todo aquel que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales. Puede interponer la acción tanto el directamente afectado como un tercero.

El artículo 2° del Auto Acordado contempla la posibilidad de que el recurso sea interpuesto por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial. Surgen a partir de este artículo dos posibles interpretaciones sobre quién debe ser capaz, una postura sustenta la idea de que debe ser capaz quien interponga la acción, es decir, el directamente afectado o el tercero, así lo estima el profesor Cea¹⁸¹, por otra parte el profesor Nogueira¹⁸² sostiene que esta limitación, sólo se aplica al tercero que interpone la acción.

iii. Legitimación pasiva: es sujeto pasivo de la acción, aquél que ha provocado la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del derecho fundamental del recurrente, ya sea que se trate de una persona natural, persona jurídica o de un ente del Estado, además, podría interponerse la acción contra un sujeto indeterminado, esto ocurre cuando se desconoce la identidad del ofensor, así lo recuerda el profesor Ríos¹⁸³ a propósito de su postura sobre la unilateralidad del proceso de protección.

iv. Tribunal competente: de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución Política el recurso se interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva, es el artículo 1° del Auto Acordado el que define cuál es esta Corte: “El recurso o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasione privación, perturbación o

¹⁸¹ CEA, J. Ob. cit., p. 645.

¹⁸² NOGUEIRA, H. Ob. cit., “Acciones constitucionales...”, p. 38.

¹⁸³ RÍOS, L. Ob. cit., p. 42.

amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas (...).”

v. Examen en cuenta: se indica en el artículo 2° inciso segundo del Auto Acordado que: “Presentado el recurso el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración de garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibile desde luego por resolución fundada, la que sólo será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal dentro de tercero día”.

En esta etapa del procedimiento, se realiza el examen de los requisitos de admisibilidad de la acción de protección, se determina si ha sido interpuesta dentro de plazo y si existen fundamentos suficientes para dar lugar a su tramitación, si no se cumple con esto, entonces la acción se declara inadmisibile mediante resolución fundada de la Corte de Apelaciones, en caso de declararse admisible, comienza la tramitación propiamente tal del recurso.

El profesor Cea señala que: “(...) cuando en opinión unánime de los integrantes de esa sala su presentación ha sido extemporánea, o adolece de manifiesta falta de fundamento, lo declara inadmisibile desde luego por resolución fundada”¹⁸⁴.

vi. Informe previo: en caso de que la acción de protección sea admitida a tramitación, la Corte de Apelaciones puede solicitar al recurrido evacuar un informe, por la vía más rápida y efectiva y remitirle todos los antecedentes del asunto, para lo cual le fija un plazo breve y perentorio.

¹⁸⁴ CEA, J. Ob. cit., p. 645.

Así lo dispone el artículo 3° del Auto Acordado de la Corte Suprema: “Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones respectiva ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con éste, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso”.

Para el profesor Nogueira¹⁸⁵, el informe permite asegurar la bilateralidad del proceso, debiendo el recurrido entregar a la Corte de Apelaciones los antecedentes que quiera hacer valer para amparar su postura respecto su actuación u omisión.

vii. Orden de no innovar: el profesor Cea la define en los siguientes términos: “(...) el tribunal puede decretar la paralización del curso de los hechos en contra de las cuales se ha recurrido”¹⁸⁶.

El artículo 3° del Auto Acordado en su inciso final otorga esta posibilidad: “El Tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar”.

La orden de no innovar tiene por objeto detener, suspender o impedir que continúe desarrollándose la conducta que reclama el recurrente causa la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos, en tanto se resuelve el recurso.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la orden de no innovar, se concibe como una institución de naturaleza cautelar. Así lo destaca el profesor Tavolari: “(...)

¹⁸⁵ NOGUEIRA, H. Ob. cit., “La acción...”, p. 127.

¹⁸⁶ CEA, J. Ob. cit., p. 647.

la orden de suspender el acto hostil o perjudicial importa, propiamente, ejercicio de jurisdicción cautelar (...)”¹⁸⁷. Ahora bien, existen autores como el profesor Soto Kloss, para quien la orden de no innovar no es sinónimo de suspensión: “La suspensión del acto es una medida enteramente diferente de la orden de no innovar, pues mientras ésta impide actos posteriores congelando la situación al momento de su dictación, aquella tiende a impedir los efectos de un acto, pero transitoriamente, con lo cual no sólo se impiden actos posteriores sino incluso que el origen del agravio produzca sus efectos mientras se decide jurisdiccionalmente su juridicidad”¹⁸⁸. El profesor Tavolari¹⁸⁹ sostiene que la diferencia radica en la posibilidad de producir efectos retroactivos, de acuerdo con la definición del profesor Soto Kloss, la suspensión da lugar a efectos retroactivos, a diferencia de la orden de no innovar que no tendría tal alcance, sin embargo, para el autor, esta diferencia no es suficiente para distinguir en esencia a una institución de otra, cumpliendo ambas con ser figuras de naturaleza cautelar.

Para el profesor Zúñiga, la orden de no innovar, es una típica medida cautelar, de carácter instrumental y provisional, de modo que: “La mentada orden de no innovar configura una típica medida cautelar, accesoria al proceso principal de amparo de derechos, cuya finalidad es la anticipación de la tutela mientras dura el proceso y sujeto a sus resultados, ya que el derecho aparente o probable requiere de cautela ante el peligro de daño jurídico, generalmente derivado del retraso de una decisión jurisdiccional definitiva (Calamandrei)”¹⁹⁰.

viii. Vista de la causa: evacuado el informe y los antecedentes solicitados por la Corte de Apelaciones o sin ellos, se procede a la relación de la causa, para lo cual el recurso de protección goza de preferencia, el artículo 3° del Auto Acordado así lo preceptúa: “Recibido el informe y los

¹⁸⁷ TAVOLARI, R. Ob. cit., “Tribunales...”, p. 161.

¹⁸⁸ SOTO, E. 1982. El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 413-414

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ ZÚÑIGA, F. Ob. cit., “Recurso de protección y contencioso...”, pp. 112-113.

antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente, previo sorteo, en las Cortes de Apelaciones de más de una Sala”.

ix. Sentencia de primera instancia y del recurso de apelación: el artículo 10° regula el plazo para su dictación: “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 1°, 3° inciso 4°, 12° y 13° del artículo 19 de la Constitución Política, la sentencia se expedirá dentro del segundo día hábil, plazos que se contarán desde que se halle en estado la causa”. La sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones es apelable ante la Corte Suprema, el recurso de apelación puede ser interpuesto en el acto mismo de la notificación cuando ésta sea personal, o dentro de quinto día hábil, señalando los fundamentos de hecho y de derecho en que se funda el recurso.

Del estudio realizado en este capítulo, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- **¿Acción o recurso?**

En cuanto a la naturaleza jurídica del recurso de protección, parece claro, que no se trata de un recurso propiamente tal, puesto que éste tiene por finalidad impugnar una resolución dictada en virtud de un proceso principal, por tanto, debemos clasificarla como acción, toda vez que su ejercicio permite poner en movimiento al aparato jurisdiccional con la finalidad de que se restablezca el imperio del derecho y se adopten las providencias necesarias para la debida protección del actor o afectado.

- **Naturaleza cautelar de la acción de protección**

En lo relativo a la naturaleza cautelar de la acción de protección, creemos que no es posible sostener que tenga tal calidad fundamentalmente por dos motivos, en primer lugar debido a que una de las principales características de la actividad cautelar es la accesoriedad, esto es, las medidas cautelares se dictan en el contexto de un proceso de carácter principal y, en segundo lugar, porque a propósito de una acción de protección puede decretarse una orden de no innovar, la cual reviste el carácter de cautelar; en consecuencia, si aceptamos la naturaleza cautelar de la acción de protección, tendremos que admitir que la orden de no innovar importa la dictación de una medida cautelar respecto de un proceso también cautelar.

Suele argüirse que la acción de protección tiene naturaleza cautelar debido a que se tramita de manera rápida, urgente o sumaria. La celeridad en la tramitación es una de las principales características de esta acción debido a que la protección de los derechos fundamentales no admite dilaciones. La acción u omisión que ocasionan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales debe ser corregida o neutralizada de manera inmediata a causa de la relevancia de los derechos tutelados.

- **Sujetos activo y pasivo**

En lo que respecta al sujeto activo de la acción de protección, el artículo 20 de la Constitución Política define de manera genérica quién puede interponerla, siendo “El que (...)”. Por su parte el Auto Acordado restringe el ejercicio de la acción al propio afectado o a un tercero que sea capaz de comparecer, sobre este último punto surge una duda, ¿Respecto de quién se exige esta capacidad de comparecer? Se sustentan dos posturas, una de ellas sostiene que sólo se exige capacidad de parecer al tercero que interpone la acción en nombre del agraviado -es de esta idea el profesor Nogueira-; mientras que la otra afirma que tal capacidad es requisito para la interposición de la acción tanto por el afectado como por el tercero -así lo sostiene el profesor Cea.

Señala el artículo 2° del Auto Acordado de la Corte Suprema: “El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera en su nombre, capaz de parecer en juicio (...)”. Esta norma resulta especialmente relevante para nuestro trabajo, puesto que si acogemos la tesis del profesor Cea, un menor de edad no podría en caso alguno interponer una acción de protección, pues carece de capacidad para comparecer, en cambio, si adherimos al planteamiento del profesor Nogueira, no se limitaría la interposición de la acción a quien tiene capacidad de comparecer, pudiendo ejercer la acción cualquier persona, incluso un niño, resolveremos esta inquietud en el siguiente capítulo, en el cual intentaremos dilucidar si el menor de edad es capaz o no de ejercer la acción de protección por sí mismo .

CAPÍTULO IV. ¿POSEEN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EL PLENO EJERCICIO DE SUS DERECHOS CONSTITUCIONALES? ANÁLISIS DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES PARA INTERPONER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SER SUJETOS PASIVOS DE ELLA

En este último capítulo nos proponemos dar respuesta a la pregunta centrales de este trabajo: ¿Poseen los niños, niñas y adolescentes el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales? Lo que intentaremos responder mediante el estudio de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para interponer la acción de protección por sí mismos.

La acción de protección se contempla en nuestra Carta Fundamental con la finalidad de otorgar a las personas tutela rápida y eficaz ante cualquier privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales. Por tanto, quiénes no pueden interponerla, sin perjuicio de ser titulares de tales derechos, se hallan privados de su ejercicio pleno, pues en el evento de verse privados, amenazados o perturbados en dicho ejercicio, no tienen la posibilidad de requerir de los tribunales de justicia la protección necesaria para eliminar tales agravios.

Teniendo presente lo anterior nos proponemos determinar si los menores de edad, en tanto titulares de derechos fundamentales, pueden de modo autónomo interponer la acción de protección y si, por tanto, poseen el libre y pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Además, estudiaremos la posibilidad de que tal acción sea dirigida en su contra.

Como hemos señalado en el capítulo anterior, si bien nuestra Carta Fundamental consagra en su articulado la acción de protección, ésta no la regula de manera exhaustiva, sino que se limita a señalar los derechos susceptibles de ser protegidos por dicha acción y el tribunal ante el que se debe recurrir para su

interposición, señalando escueta y genéricamente quién y contra quién puede ser interpuesta.

Debido a esta escasa regulación y a la necesidad de contar con una normativa que se pronunciara sobre diversos aspectos y materias relacionados con la acción de protección, como la indicación de quiénes son legitimados activos y pasivos, plazos para su interposición, entre otras materias relevantes, la Corte Suprema dicta en el año 1992 el **Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales**. De modo que para determinar si los menores tiene capacidad de interponer la acción por sí mismos y ser legitimados pasivos de ella, debemos analizar tanto lo estipulado en el artículo 20 de la Constitución Política como lo que al respecto establece el referido Auto Acordado.

4.1 Regulación de la legitimación activa y pasiva en la acción de protección

La legitimación pasiva y activa de la acción de protección, se encuentran reguladas en el artículo 20 de la Constitución Política y en los artículos 2° y 3° del Auto Acordado de la Corte Suprema.

En primer término, nos referiremos a la legitimación pasiva, pues no avizoramos a su respecto dobles lecturas, pues la disposición es clara en señalar quién puede ser sujeto pasivo de la acción, por el contrario, sí se suscitan respecto la legitimación activa.

4.1.1 Legitimación pasiva

Para determinar si los menores pueden ser sujetos pasivos de la acción de protección, debemos analizar lo dispuesto por el artículo 3° inciso primero del Auto Acordado de la Corte Suprema:

“Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole conjuntamente con éste, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso.”

Conforme lo dispuesto por la disposición transcrita, puede ser sujeto pasivo de la acción de protección **cualquier persona o personas**, funcionarios o autoridades que de conformidad con lo fundamentos expuestos en la acción o de acuerdo lo razonado por el Tribunal, sean los responsables de las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que hayan producido privación, perturbación o amenaza en el libre ejercicio de los derechos fundamentales que se solicita sean protegidos por esta vía. Por tanto, de este precepto se desprende que los menores de edad pueden ser sujetos pasivos de la acción de protección, ya que al definir quién puede serlo se utiliza la expresión “**persona o personas**”, términos que lógicamente incluyen a los menores de edad.

Resulta claro que la disposición legal no establece restricciones respecto de la figura del legitimado pasivo de la acción de protección, por tanto, podemos afirmar que los niños, niñas y adolescentes pueden ser sujetos pasivos de esta acción.

4.1.2 Legitimación activa

Previo a comenzar el análisis sobre esta materia, es necesario destacar que desde luego la acción de protección está establecida en favor niños, niñas y adolescentes, sin embargo, no resulta tan evidente si pueden interponer tal acción por sí mismos o requieren para ello de la autorización o representación de sus

padres, tutores o curadores. De manera que, podemos afirmar que los menores de edad son titulares de derechos fundamentales, mas no podemos sostener con igual certeza que sean legitimados activos de la acción de protección, puesto que el texto de la norma que regula esta materia da lugar a dos interpretaciones, una de las cuales, nos lleva indefectiblemente a afirmar que los menores no pueden ejercer de manera autónoma la acción de protección y la otra que no establece restricciones para interponer la acción por el propio afectado. A continuación nos referiremos a las disposiciones que regulan la legitimación activa:

- **Artículo 20 de la Constitución Política de la República:** “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° 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, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° 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.”

El citado precepto describe al legitimado activo de la acción de protección de manera genérica mediante la expresión "**el que**", por tanto es dable concluir que pueden interponer la acción de protección todas las personas que sufran privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías, que se consagran en el artículo 19 de la Constitución, sin que se establezca restricción o requerimiento alguno para ello.

- **Artículo 2° inciso primero del Auto Acordado de la Corte Suprema:** “El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera a su

nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex.”

El citado artículo -a diferencia de lo dispuesto en la Constitución Política- exige que el recurso de protección sea interpuesto por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, **capaz de parecer en juicio**, evidenciando así, una limitación en el ejercicio de la acción que consiste en el cumplimiento de un requisito para su interposición. Como hemos referido en el tercer capítulo de este trabajo, existen dos posibles interpretaciones respecto de quién se encuentra sujeto a esta exigencia. Según una de estas interpretaciones -sustentada por el profesor Nogueira- la capacidad de parecer en juicio solamente se exige respecto del tercero que interpone la acción en nombre del afectado, de acuerdo con la otra postura, sostenida por el profesor Cea Egaña, esta capacidad se exige tanto para que el tercero como el propio afectado interpongan la acción.

Los profesores Cea y Nogueira, además de diferir respecto de quién se exige la capacidad de parecer en juicio, lo hacen respecto el propio concepto de comparecencia en juicio, para el profesor Cea¹⁹¹ la capacidad a que hace referencia el artículo 2° inciso primero del Auto Acordado, es la capacidad procesal, en cambio para el profesor Nogueira¹⁹², esta disposición se refiere a la comparecencia -en sentido amplio se entiende como la presentación de una persona a la presencia del juez, para deducir una pretensión o por intimación de la autoridad judicial y en sentido restringido como el acto de presentarse ante los tribunales ejerciendo una acción o defensa.

Si adherimos a la interpretación del profesor Cea Egaña llegaremos ineludiblemente a la conclusión de que los niños, niñas y adolescentes no pueden interponer por sí mismos la acción de protección en ningún caso, es decir, como propio afectado ni a nombre de otro, toda vez que carecen de capacidad procesal

¹⁹¹ CEA, J. Ob. cit., p. 636.

¹⁹² NOGUEIRA, H. Ob. cit., “El derecho de amparo o protección...”, p. 38.

debiendo ejercer la acción de protección por medio de sus representantes legales o a lo menos con su autorización.

Acoger la tesis expuesta importa afirmar que los menores de edad, son titulares de derechos fundamentales, pero titulares desprovistos del pleno ejercicio de estos derechos. Consideremos pues, el caso en que un menor de edad se vea privado de alguno de los derechos fundamentales tutelados por la acción de protección, no encontrándose éste en posición de ejercer la acción por sí mismo, queda el restablecimiento del ejercicio pleno de tal o tales derechos afectados a merced de la voluntad de sus representantes legales, pues si ellos no interponen la acción, el menor permanecerá privado del ejercicio de este derecho.

Si por otra parte, seguimos la interpretación propuesta por el profesor Nogueira, no se advierten restricciones para que el propio afectado interponga la acción de protección, lo que nos lleva a concluir que los menores de edad pueden interponerla autónomamente.

De lo expuesto se deduce que la regulación normativa referente a la legitimación activa para interponer la acción de protección, no nos entrega una respuesta clara respecto si los menores pueden interponer por sí mismos la acción de protección y, en consecuencia, si poseen el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, dando lugar a dos interpretaciones contrapuestas y que nos guían hacia respuestas disímiles de la pregunta que origina el desarrollo del presente trabajo. Si bien concordamos con que del texto del artículo 2° inciso primero del Auto Acordado se desprenden las dos interpretaciones descritas, nos parece que no es suficiente realizar una interpretación fundada únicamente en lo literal del texto para determinar su significado, siendo necesario para ello, recurrir a otros preceptos y principios de relevancia jurídica que han de servir como guía para la fijación del sentido de esta norma. Es por ello que analizaremos ambas posturas en relación con los criterios que a continuación se enuncian, con la finalidad de establecer cuál es el

alcance en que -a nuestro juicio- debe ser entendido el artículo relativo a la capacidad para interponer la acción de protección.

4.2 Criterios de interpretación para el análisis de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para interponer la acción de protección

Nos valdremos de los siguientes principios y normas que consideramos jurídico-constitucionalmente relevantes que utilizaremos a modo de criterios interpretativos, con la finalidad de llevar a cabo la tarea antes señalada:

- Principio de igualdad y de no discriminación
- Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República
- Principio *pro homine* y *favor libertatis*
- Principio de inexcusabilidad, derecho a la acción y derecho de petición
- Niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos. Doctrina de la situación irregular y de la protección integral.

4.2.1 Principio de igualdad y de no discriminación arbitraria

4.2.1.1 Principio de igualdad

El principio de igualdad constituye una de las bases fundamentales de nuestro sistema jurídico, consagrándose en numerosas disposiciones de diversos cuerpos normativos.

La Constitución Política de la República consagra el principio de igualdad en su artículo 1° inciso primero y 19 N° 2:

Artículo 1° inciso primero “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

Artículo 19 N° 2 “La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

En el mismo sentido establece este principio el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por nuestro país:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

De las disposiciones transcritas, podemos concluir que el artículo 1° inciso primero consagra el principio de igualdad y el artículo 19 N° 2 el principio de igualdad ante la ley y en su inciso final el principio de no discriminación arbitraria.

En cuanto a la definición del concepto de igualdad el profesor Iván Díaz García ha referido lo siguiente:

“Para explicar qué es lo igual, es decir, cuándo los términos en comparación son iguales y qué es lo desigual, es decir, cuándo los elementos en comparación son desiguales, resulta conveniente seguir a Comanducci. El autor italiano relaciona la expresión igualdad con las nociones de igualdad y semejanza. Adviértase que estas tres expresiones, identidad, igualdad y semejanza, coinciden en que son aplicables

cuando se comparan dos o más elementos. Sin embargo, mientras la primera es descriptiva, las otras dos son valorativas.”¹⁹³

Tal como señala este profesor, el término igualdad es un medio de valoración de sujetos u objetos que se hallan en comparación, existiendo igualdad cuando coinciden los aspectos o características relevantes de estos sujetos u objetos.

4.2.1.2 Principio de no discriminación

Relacionado íntimamente con el concepto de igualdad encontramos el de discriminación, que entendemos como “seleccionar excluyendo”. En principio seleccionar y excluir no constituyen acciones contrarias al principio de igualdad, pues como ha sido expuesto en el punto anterior, la igualdad consiste en dar el mismo trato a quienes se encuentran en las mismas condiciones o tienen las mismas características relevantes, por el contrario, la selección o exclusión realizada de modo arbitrario, esto es, sin justificación alguna o con justificaciones caprichosas no son amparadas por el Derecho. Ejemplos de criterios de discriminación arbitraria son el sexo, religión, edad, raza, etnia, etc. Debido a esto es que nuestra Carta Fundamental no prohíbe toda discriminación, sino sólo aquella que sea arbitraria y en tal sentido, contraria al principio de igualdad.

El principio de no discriminación arbitraria se consagra en el inciso final del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, y se aborda con mayor profundidad en la ley N° 20.609¹⁹⁴, también denominada ley Zamudio, que ha sido especialmente creada para establecer medidas contra la discriminación arbitraria.

¹⁹³ GARCÍA, I. 2012. Igualdad en la aplicación de la ley: Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. [en línea] Revista Ius et Praxis Año 18 N° 2, <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf>> [Consulta: 2 de mayo de 2016].

¹⁹⁴ Ley 20.609: Establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial, Santiago, julio de 2012.

La ley N° 20.609 contempla una acción específica que tiene por objeto resguardar y asegurar el respeto al principio de igualdad otorgando protección ante discriminaciones arbitrarias, así se contempla en el artículo 1° de la ley:

“Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Teniendo presente que el propósito de esta ley es el establecimiento de un instrumento jurídico que permita restablecer el imperio del derecho ante cualquier discriminación arbitraria, se vuelve necesario determinar qué entiende el legislador por discriminación arbitraria, lo que se explica en el artículo 2° de la ley:

“Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el

estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”¹⁹⁵

Teniendo en cuenta las definiciones y contenido de los principio de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria analizaremos las posturas relativas a la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para interponer la acción de protección:

En primer lugar, de acuerdo con la tesis del profesor Cea Egaña, los menores de 18 años no pueden interponer la acción de protección por sí mismos ni como tercero a nombre del afectado toda vez que carecen de capacidad procesal.

¹⁹⁵ QUINTANA, A. 2012. Congreso aprobó Ley contra la Discriminación: Hacia una sociedad fundada en los afectos. Revista Mensaje 61(609):34-36. El inciso final del Artículo 2º de la Ley 20.609, contempla una cláusula que según nos advierte el profesor Augusto Quintana, podría dar lugar a ciertas disputas, toda vez que podría interpretarse en sentidos contrarios a la Constitución. En primer lugar, señala el profesor, que “(...) a pesar de que el principio de no discriminación arbitraria informa el derecho de igualdad ante la ley y, por ende, es un derecho fundamental que goza de tutela constitucional, en caso de controversia con algún otro derecho fundamental habría de darse tutela preferente a este último (...)”. Esta interpretación es abiertamente inconstitucional, en tanto implicaría reconocer a una ley la potestad de dar preeminencia a un derecho fundamental respecto de otro. Una segunda posible interpretación, de acuerdo con el profesor Quintana “(...) es que las eventuales distinciones, exclusiones o restricciones solo podrían justificarse en la medida en que se disponga dar tutela a otro derecho fundamental y en tanto ello sea estrictamente necesario para satisfacer esta última pretensión”. Siguiendo al profesor, esta interpretación también podría ser considerada inconstitucional “(...) si no se admite, a su vez, que los demás derechos fundamentales (entre ellos, la libertad religiosa y el derecho de asociación) pueden ser objeto de restricciones, en casos igualmente calificados, para dar debida satisfacción al principio de no discriminación arbitraria”.

Evidentemente la posición sustentada por este autor implica discriminar y excluir a niños, niñas y adolescentes de la interposición autónoma de la acción de protección, por lo que cabe preguntarse si esta discriminación es o no arbitraria.

Para determinar si la exclusión de los menores de edad del ejercicio autónomo de la acción de protección es arbitraria, debemos recurrir al artículo 2° de la Ley 20.609 que define discriminación arbitraria. Este artículo hace referencia a la arbitrariedad primeramente de modo genérico y luego realiza una enumeración, a título meramente ejemplar, de ciertos tópicos que constituyen elementos de discriminación que se consideran arbitrarios, siendo uno de ellos la edad. El inciso segundo de este artículo señala como justificada la discriminación basada en los elementos enunciados en el inciso primero, cuando ésta se fundamente en el ejercicio de otro derecho o en una causa constitucionalmente legítima.

Al respecto, sostenemos que excluir a los menores del ejercicio autónomo de la acción de protección implica discriminación arbitraria, toda vez que no tiene como fundamento el ejercicio de otro derecho, ni una causa constitucionalmente legítima, la Constitución Política de la República, no contiene una norma que autorice de manera general a discriminar, en el ejercicio de derechos teniendo a la edad como criterio de distinción, salvo casos específicos, como la ciudadanía y el consecuente derecho a sufragio, consagrados en el artículo 13 de nuestra Carta Fundamental¹⁹⁶ y que se hallan reservados sólo para los mayores de 18 años.

Desde nuestro punto de vista, restringir el ejercicio autónomo de la acción por parte de los menores de edad, no tendría más que una razón de carácter práctico, pues no todos los menores de edad tienen las mismas capacidades y habilidades,

¹⁹⁶ Artículo 13 inciso 1° y 2° de la Constitución Política de la República “Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran.”

por lo que, ciertamente un niño de cuatro años de edad no podrá interponer la acción de protección de manera independiente, debiendo hacerlo sus representantes legales. Distinto es el caso de un adolescente quien sí posee las habilidades necesarias para interponerla de modo autónomo, pero esto no constituye fundamento suficiente para limitar el ejercicio de la acción a los mayores de edad, puesto que los motivos para discriminar por edad, según lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 20.609 son sólo causa constitucionalmente legítima o el ejercicio de otro derecho, hipótesis que no concurren como justificativos para establecer una exclusión de estas características.

En segundo lugar, analizaremos la postura del profesor Nogueira, la que sostenemos, es absolutamente compatible con la normativa vigente relativa a la igualdad y no discriminación arbitraria, toda vez que no restringe ni establece requisitos para el ejercicio de la acción por el propio afectado.

La postura del profesor Nogueira nos entrega la interpretación más conforme con los principios de igualdad y no discriminación, toda vez que no excluye *per se* a los niños, niñas y adolescentes del ejercicio autónomo de la acción.

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política establece en su inciso final que la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias y conforme lo dispuesto en la ley 20.609, la edad es un criterio de discriminación arbitrario -no se justifica en el ejercicio de otro derecho, ni en una causa constitucionalmente legítima- por tanto, reconocer a los menores de 18 años capacidad para interponer la acción de protección por sí mismos no entraña nada más que el cumplimiento de lo mandado por nuestra Constitución Política.

Tal como hemos señalado, la ley 20.609, contempla dos posibles motivos que justificarían discriminaciones o exclusiones arbitrarias, estos son: el ejercicio de otro derecho o causa constitucionalmente legítima. Consideramos que impedir a los niños, niñas y adolescentes del ejercicio autónomo de la acción de protección, no

puede fundamentarse en que mediante esta prohibición se cautela el ejercicio de otro derecho, ello resulta absurdo, puesto que la acción de protección permite tutelar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales, tampoco existe causa constitucionalmente legítima que ampare esta exclusión. Por el contrario, la Constitución Política consagra la igualdad ante la ley y cuando ha establecido diferencias utilizando como criterio de exclusión la edad, lo ha regulado de manera específica y expresa, este es el caso mencionado previamente del requisito de mayoría de edad para ser considerado ciudadano y poder sufragar.

4.2.2 Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República

El artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República es de capital relevancia para que interpretemos correctamente el sentido del artículo 2° del Auto Acordado de la Corte Suprema, puesto que estipula los límites que han de respetar las normas que regulan derechos fundamentales, estableciendo además el rango de dichas normas:

Artículo 19 N° 26 “La seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Esta disposición restringe el ámbito de regulación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, no pudiendo tales regulaciones afectar los derechos en su esencia, ni impedir su libre ejercicio.

A continuación precisaremos los conceptos contenidos en este artículo y que limitan la regulación de los derechos fundamentales, estos son:

1. Regular: la acepción que consideramos más adecuada es “Determinar las reglas o normas a que debe ajustar alguien o algo”¹⁹⁷.

2. Complementar: “Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta”¹⁹⁸.

3. Limitar: de acuerdo con el profesor Nogueira¹⁹⁹, el concepto de limitación evoca las siguientes ideas:

3.1 Limitación de un derecho entendida como la fijación de su contenido (limitación intrínseca), y

3.2 Limitación como sinónimo de restricción de dicho derechos (limitación extrínseca).

De lo antes expuesto se desprende, tal como señala el profesor Nogueira, que “(...) solo la Constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes de limitación de los derechos fundamentales, (...) su regulación está reservada exclusivamente al legislador (Artículos 19 N° 26, 32 N° 3 y 6; 63 y 64 de la Constitución). Ninguna norma constitucional habilita a ningún otro órgano o autoridad para introducir válidamente limitaciones-restricciones de los derechos fundamentales”²⁰⁰. Ahora bien, de establecerse estas limitaciones o restricciones por las autoridades u órganos correspondientes y por las normas del rango exigido por la Constitución, éstas no pueden de manera alguna afectar el contenido esencial o impedir el libre ejercicio de los derechos fundamentales.

¹⁹⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea] <http://dle.rae.es/?id=VkMYOa2|VkMn9cm> [Consulta: 23 de mayo de 2016].

¹⁹⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea] <http://dle.rae.es/?id=A1JbDmp> [Consulta: 23 de mayo de 2016]

¹⁹⁹ NOGUEIRA, H. 2005. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. [en línea] <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711202> [Consulta: 4 de octubre de 2015].

²⁰⁰ NOGUEIRA, H. Ob. cit., “El derecho de amparo o protección...”, p. 9.

El concepto de “contenido esencial”, es jurídicamente indeterminado, correspondiendo, delimitar este contenido para cada derecho, siendo en último término, el Tribunal Constitucional el que fije dicho contenido.

El referido tribunal se ha pronunciado respecto los conceptos de “contenido esencial” y “libre ejercicio” en el Considerando 21° de la sentencia N° 43 dictada el 24 de febrero de 1987, sosteniendo que se afecta un derecho en su esencia “(...) cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”²⁰¹.

En cuanto al tipo de norma que puede establecer limitaciones, restricciones o complementos a las garantías reguladas por la Constitución Política, el artículo 19 N° 26 en su primera parte refiere: “La seguridad de que los preceptos legales que **por mandato de la Constitución** regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten (...)”, de ello se colige que los derechos fundamentales sólo pueden ser regulados, complementados o limitados por **ley** y de conformidad con un mandato constitucional.

El contenido de la norma citada, debe complementarse con lo preceptuado por el artículo 7° de nuestra Carta Fundamental²⁰², en el sentido de que las leyes que regulen, limiten o complementen derechos fundamentales, deben ser dictadas por el órgano o autoridad competente de acuerdo a lo preceptuado por la Constitución y las leyes, en este caso, el legislador. La Constitución Política no autoriza a ningún otro

²⁰¹ Tribunal Constitucional. 24 de febrero de 1987, Sentencia N° 43. [en línea] <www.tribunalconstitucional.cl> [Consulta: 23 de mayo de 2016].

²⁰² “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

órgano distinto del legislador a regular derechos fundamentales, como tampoco por ningún otro medio que no sea la ley, tal como señala el profesor Nogueira “(...) los derechos fundamentales no pueden ser limitados o restringidos por el legislador en base a bienes o principios infraconstitucionales no reconocibles explícita [sic] o implícitamente en el texto Constitucional”²⁰³.

La restricción en lo que se refiere a la regulación de derechos fundamentales es tal, que ni siquiera podría hacerse por medio de decretos con fuerza de ley, así lo expresa el artículo 64 incisos primero y segundo:

“El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley.

Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.”

A continuación, analizaremos si las posturas relativas a la capacidad de los menores para interponer libre y autónomamente la acción de protección, cumplen con lo dispuesto por el artículo 19 N° 26.

En lo que respecta a la tesis del profesor Cea Egaña, éste sostiene una interpretación del artículo 2° inciso primero del Auto Acordado de la Corte Suprema que no es compatible con lo dispuesto por el artículo 19 N° 26, en tanto implica restringir o limitar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes al negarles la posibilidad de ejercer libremente los derechos fundamentales, por los siguientes motivos:

²⁰³ NOGUEIRA, H. 2005. “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales(...)” Ob. cit.

Primeramente, el artículo 19 N° 26 se refiere a normas que regulan, complementan o limitan derechos y garantías fundamentales, el artículo 2° del Auto Acordado regula quién puede ejercer la acción de protección, por tanto, teniendo esta acción como único fin la tutela de derechos fundamentales y el restablecimiento del imperio del derecho ante privaciones, perturbaciones o amenazas en su legítimo ejercicio, podemos afirmar que también regula derechos fundamentales. En el mismo sentido podríamos catalogar a este artículo, como una norma que limita el ejercicio de los derechos fundamentales, pues, como hemos señalado, consideramos la protección de los derechos como un modo de ejercerlos.

En segundo lugar, del artículo 19 N° 26 se desprende que sólo preceptos de rango legal pueden regular, complementar, o limitar derechos fundamentales, en este último caso con autorización de la Constitución, y el artículo 2° del Auto Acordado, que limita el ejercicio de la acción de protección por parte de los niños, niñas y adolescentes, claramente no tiene tal rango.

En tercer lugar, las regulaciones, complementos o limitaciones que se establezcan respecto de derechos fundamentales, no pueden impedir su libre ejercicio -consideramos parte del ejercicio de un derecho, el requerir su protección ante privaciones, perturbaciones o amenazas- mediante el establecimiento de requisitos. El artículo 2° del Auto Acordado establece un requisito, cual es, la mayoría de edad, por tanto, todo aquél que carece de ella no puede ejercer la acción de protección autónomamente, lo que importa claramente una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales que requieren de la tutela de la acción de protección, quedando el restablecimiento en el ejercicio de estos derechos a merced de la voluntad de los adultos que representan a los niños, niñas y adolescentes titulares de estos derechos agraviados.

Por su parte, la interpretación del profesor Nogueira se ajusta a lo dispuesto por el artículo 19 N° 26, pues no limita el libre ejercicio de los derechos fundamentales al admitir que la acción de protección sea interpuesta por cualquier

persona afectada por privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de tales derechos. Así, ante la afectación de derechos constitucionalmente protegidos por la acción de protección, los niños, niñas y adolescentes, podrían recurrir ante la Corte de Apelaciones correspondiente para exigir se les restablezca en el libre ejercicio de tales derechos. Reafirmamos lo expuesto en lo señalado por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 1° letra e:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

La Convención Americana contiene un claro mandato, cuyos destinatarios son los Estados Partes, cual es garantizar el respeto de los derechos y libertades reconocidos en ella a todas las personas, sin distinción alguna, y velar por su libre ejercicio. La interpretación del profesor Nogueira permite dar cumplimiento a lo ordenado por este tratado internacional, confiriendo a niños, niñas y adolescentes el mismo derecho que a los adultos, el ejercicio libre de la acción que da protección y resguardo a los derechos fundamentales.

Cabe señalar, que las Convenciones Internacionales analizadas en el Capítulo II de este trabajo -CDN, PIDCP, CEDH y CADH- siguen una fórmula similar a la del artículo 19 N° 26 de la CPR, pues al considerar una posible restricción al ejercicio de los derechos establecidos en ellas, utilizan la misma fórmula, esto es, que las limitaciones o restricciones deben ser impuestas por ley, además de encontrarse fundada en criterios específicamente señalados en estos cuerpos normativos, como por ejemplo, la seguridad nacional, el orden público, la moral pública, la salud pública, entre otros. Sin embargo, difieren del artículo 19 N° 26 en que no existe una única disposición que se pronuncie sobre las autorizaciones de eventuales

restricciones o limitaciones a los derechos contenidos en estas Convenciones y las condiciones bajo las cuales ellas resultarían válidas, por el contrario, se establecen para cada derecho que admitiría eventualmente una restricción o limitación en su ejercicio, las condiciones bajo las cuales han de establecerse dichas restricciones o limitaciones.

A continuación señalaremos y analizaremos sucintamente los artículos que autorizan la imposición de limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos consagrados en estas Convenciones.

En primer lugar, respecto la Convención sobre los Derechos del Niño encontramos tres artículos, a saber: los artículos 13, 14 y 15 que reconocen a los niños niñas y adolescentes los derechos de libertad de expresión²⁰⁴; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión²⁰⁵; y el derecho a la libertad de asociación y de reunirse de manera pacífica²⁰⁶ respectivamente. Estos artículos, además de consagrar estos derechos, reconoce la posibilidad de que se establezcan limitaciones a su ejercicio, regulando las condiciones bajo las cuales ello sería admisible.

En el caso del artículo 13 que regula la libertad de expresión, en su número 2 señala que: “El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.”

²⁰⁴ Artículo 13.1 CDN: “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.”

²⁰⁵ Artículo 14.1 CDN: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.”

²⁰⁶ Artículo 15.1 CDN: “Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.”

El artículo 14 consagra las libertades de pensamiento, conciencia y religión, señalando en su número 3 que: “La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Finalmente respecto el artículo 15 que regula la libertad de asociación y de reunirse pacíficamente, en su número 2 se dispone lo siguiente: “No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, e interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.”

En segundo lugar, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos identificamos seis artículos que consagran derechos y que además contemplan la posibilidad de establecer limitaciones respecto su ejercicio, estos son los artículos: 9°, 12, 18, 19, 21 y 22, los que regulan los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual²⁰⁷; derecho de transitar y circular libremente por un Estado y salir de él, y libertad de elegir lugar de residencia²⁰⁸; libertad de pensamiento, conciencia y de religión²⁰⁹; libertad de expresión²¹⁰; derecho de reunión²¹¹ y derecho de asociarse libremente²¹² respectivamente.

²⁰⁷ Artículo 9° N° 1 PIDCP: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”

²⁰⁸ Artículo 12 N° 1 y 2 PIDCP: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.”

²⁰⁹ Artículo 18 N° 1 PIDCP: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza.”

²¹⁰ Artículo 19 N° 2 PIDCP: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin

Todos los derechos mencionados, pueden ser objeto de limitaciones o restricciones, de este modo, conforme el artículo 9° N°1 del Pacto, el derecho a la libertad personal y seguridad individual puede ser afectado de acuerdo a las causas que fije la ley.

El derecho de libertad de tránsito y de establecer la residencia, de acuerdo con el N° 3 del artículo 12 del PIDCP “(...) no podrán ser objeto de restricciones, salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

Por su parte, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, según el artículo 18 N° 3 “(...) estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

En cuanto a la libertad de expresión, el artículo 19 N° 3 señala que este derecho “(...) puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En tercer lugar, del estudio de esta Convención Europea de Derechos Humanos, hallamos cinco disposiciones que reconocen diversos derechos, junto con

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.”

²¹¹ Artículo 21 PIDCP: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica (...)”

²¹² Artículo 22 N° 1 PIDCP: “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.”

la posibilidad de que éstos sean limitados o restringidos, estos son: artículo 5°, 8°, 9°, 10 y 11, los cuales se refieren al derecho a la libertad y a la seguridad²¹³; derecho al respeto a la vida privada y familiar²¹⁴; libertad de pensamiento, conciencia y religión²¹⁵; libertad de expresión²¹⁶ y libertad de reunión, y de asociación²¹⁷ respectivamente.

De acuerdo con el artículo 5° N° 2 el derecho a la libertad y seguridad puede ser afectado con arreglo al procedimiento establecido por una ley y en los casos señalados en dicho numeral²¹⁸.

²¹³ Artículo 5° inciso primero CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...)”.

²¹⁴ Artículo 8° N° 1 CEDH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”

²¹⁵ Artículo 9° N° 1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.”

²¹⁶ Artículo 10 N° 1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.”

²¹⁷ Artículo 11 N° 1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

²¹⁸ Artículo 5° N° 2 CEDH: “(...) a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;

c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido ;

d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente ;

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.”

Conforme el artículo 8° N° 2 el ejercicio del derecho a la vida privada puede verse afectado por la injerencia de la autoridad pública, sólo “(...) en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Por su parte, el artículo 9° N° 2 respecto la libertad de pensamiento, conciencia y religión refiere que: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

En cuanto el derecho a la libertad de expresión, el artículo 10 N° 2 dispone que: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Finalmente, en lo relativo a la libertad de reunión y de asociación, el artículo 11 N° 2 señala que: “El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que

se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

En último lugar, del análisis de la CADH encontramos seis artículos que establecen, además de la regulación de derechos, la posibilidad de restringirlos o limitarlos, nos referimos a los artículos: 12, 13, 15, 16, 21 y 22 que se refieren a los derechos de libertad de conciencia y de religión²¹⁹; libertad de pensamiento y de expresión²²⁰; derecho de reunión²²¹; libertad de asociación²²²; derecho a la propiedad privada²²³ y derecho de circulación y residencia²²⁴.

En primer lugar, el artículo 12 N° 3 relativo a la libertad de conciencia y de religión dispone que: “La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.

En el caso de derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, el artículo 13 N° 2 señala que éstos no pueden ser objeto de censura previa, sino sólo de responsabilidades ulteriores, “(...) las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

²¹⁹ Artículo 12 N° 1 CADH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.”

²²⁰ Artículo 13 N° 1 CADH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

²²¹ Artículo 15 CADH: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

²²² Artículo 16 N° 1 CADH: “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.”

²²³ Artículo 21 N° 1 CADH: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.”

²²⁴ Artículo 22 N° 1 y 2 CADH: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive el propio.”

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

En cuanto al derecho de reunión, conforme con el artículo 15: “(...) El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

Respecto la libertad de asociación regulada en el artículo 16, su N° 2 dispone que: “El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean neceen una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

En lo que se refiere al derecho a la propiedad privada el artículo 21 N° 2 señala: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Finalmente el artículo 22 N° 3 establece que el ejercicio del derecho de circulación o residencia “(...) no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

Del breve análisis de estos cuerpos normativos y su articulado es posible concluir que para restringir o limitar el ejercicio de derechos, todos ellos utilizan el mismo criterio del artículo 19 N° 26 de la Constitución Política en cuanto se exige que sea una ley la que establezca dichas restricciones o limitaciones.

4.2.3 Principio pro homine y favor libertatis

4.2.3.1 Principio *pro homine*

De acuerdo con el profesor Nogueira, “(...) el principio *pro homine* o favor persona emana del objeto y fin de los tratados internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos, determinando una interpretación que optimice el aseguramiento, garantía y efectivo ejercicio y goce de tales derechos en su conjunto, dando preferencia siempre a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica del o de tales derechos, como asimismo la aplicación preferente de aquella norma que mejor protege los atributos que integran los derechos que los garantiza más ampliamente. Asimismo, en el caso de restricción o limitaciones a los derechos dicho principio obliga a no extender analógicamente las restricciones, las que deben considerarse en sentido estricto”²²⁵.

El principio *pro homine* nos permite establecer preferencias entre distintas interpretaciones de una norma. Estas preferencias -siguiendo al profesor Nogueira²²⁶- tienen dos formas de expresión: la interpretativa extensiva de derechos y la interpretativa restringida de los límites.

1. Interpretación extensiva: esta forma de interpretación, a su vez, tiene tres manifestaciones:

1.1 El principio *pro homine* como regla que lleva a interpretar los derechos de la manera **más amplia posible**, garantizando el goce y ejercicio de dichos derechos. Desde este prisma, la interpretación más amplia es lógicamente aquella que permite el

²²⁵ NOGUEIRA, H. 2015. El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa [en línea] <http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro-homine-2015_-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf> [Consulta: 25 de abril de 2016].

²²⁶ *Idem*. pp. 4-8.

ejercicio de la acción de protección por parte de los niños, niñas y adolescentes, este sentido de la norma permite garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que en el caso de la interpretación contraria, la protección de los derechos de los menores ante privaciones, perturbaciones o amenazas en su legítimo ejercicio, queda entregada a la voluntad de los adultos que representan legalmente a éstos.

1.2 Cuando existe más de una interpretación posible de un texto, deberá preferirse la que **respete y garantice el goce y ejercicio pleno** de los derechos. Desde el punto de vista de una segunda forma de manifestación de la interpretación extensiva, cuando sea posible atribuir más de un sentido a un precepto jurídico, este principio mandata preferir aquél que mejor respete el goce y ejercicio pleno de los derechos. La interpretación que se ajusta más a esta regla es la sustentada por el profesor Nogueira, toda vez que permitir a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio de la acción de protección implica mayor respeto por el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, en comparación con prohibirles la interposición autónoma de la acción referida. Además, pensando en el propio ejercicio de la acción de protección como un derecho, la forma más amplia de interpretarlo es entendiendo que los menores de 18 años pueden interponer esta acción, lo que a su vez permite mayor resguardo en cuanto a la protección del ejercicio de los derechos fundamentales.

1.3 Cuando una norma es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos y no existe una interpretación posible que se conforme con su texto. En estos casos, de aplicar el principio *pro homine*, dicha norma podría no aplicarse en un caso

concreto. Obviaremos el análisis de esta tercera regla debido a que ésta se refiere a preferir en un caso concreto la aplicación o no de una norma que contraviene disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y este apartado se centra en determinar la interpretación adecuada de una norma jurídica y no su aplicabilidad.

2. Interpretación restrictiva de los límites de los derechos: esta fórmula interpretativa “(...) supone aplicar la norma o la interpretación más restrictiva al establecer regulaciones limitativas del ejercicio de los derechos de la persona, conservando y aplicando aquella interpretación que mejor protege el o los derechos humanos”²²⁷.

Conforme esta forma de interpretación, debemos aplicar la norma o la interpretación de la norma más restrictiva, aplicando aquella interpretación que proteja de mejor manera los derechos humanos.

Este cariz del principio *pro homine*, propone optar por la aplicación de la interpretación más restrictiva de las normas que a su vez, limiten el ejercicio de derechos, debiendo aplicarse en aquél sentido que resguarde de mejor manera el ejercicio de los derechos.

En virtud de esta última regla de interpretación, las normas que limitan derechos -como el artículo 2° del Auto Acordado según la postura interpretativa del profesor Cea- deben interpretarse restrictivamente, y claramente, existiendo una interpretación que no restringe el ejercicio de los derechos fundamentales, como la que admite el ejercicio autónomo de la acción de protección por los menores de edad, debe optarse por este último sentido.

²²⁷ *Ídem*. p. 7.

4.2.3.2 Principio *favor libertatis*

Como manifestación concreta del principio *pro homine*, encontramos otro principio interpretativo denominado *favor libertatis*, el que guía al intérprete a escoger el sentido de la norma que sea más favorable a la libertad y eficacia de los derechos, de modo que las normas limitativas del ejercicio de derechos deben interpretarse restrictivamente, y -de acuerdo con el profesor Nogueira- "(...) favoreciendo el acceso a la justicia, interpretándose las normas de manera que se optimice el mayor grado posible la efectividad del derecho a la jurisdicción. Así, ante una interpretación que restrinja el derecho a la acción y otra que lo posibilite, debe favorecer aquella que lo posibilita frente a aquella que lo restringe o limita"²²⁸.

El artículo 2° del Auto Acordado de la Corte Suprema, nos ofrece dos posibles interpretaciones, de las cuales debemos escoger aquella que, de acuerdo con el principio *pro homine*, nos permita interpretar los derechos de la manera más amplia posible y resguardando su pleno ejercicio y, de conformidad con el principio *favor libertatis*, optando por aquella interpretación que propicie la efectividad del derecho a la jurisdicción.

De acuerdo con este principio, las normas que restringen derechos deben interpretarse restrictivamente, debiendo favorecer el acceso a la justicia. El profesor Nogueira cita como ejemplo el caso de la interpretación de una norma que restringe el derecho a la acción y otra que lo posibilita, en tal caso, afirma que, conforme con lo dispuesto por el principio *favor libertatis*, debe darse a la norma el sentido que permite el ejercicio de la acción. Por tanto, la interpretación que debe favorecerse, entre la que impide y la que permite el ejercicio autónomo de la acción, es la que lo permite.

²²⁸ *Ibidem*.

4.2.4 Derecho a la acción, derecho de petición y principio de inexcusabilidad

En primer lugar, nos referiremos sucintamente al derecho a la acción -puesto que al concepto de acción nos hemos referido en el Capítulo III-, de acuerdo con el profesor Tavolari el derecho a la acción es un “(...) poder jurídico de provocar la intervención jurisdiccional (...)”, bajo este orden de ideas, el derecho a la acción se erige como aquél que permite provocar la intervención de los tribunales.

Por su parte, para el profesor Patricio Martínez el derecho a la acción es un “(...) derecho de carácter público subjetivo, que tiene un sustento constitucional, específicamente en el numeral 2° del artículo 19 de nuestra CPR, al garantizar la igualdad ante la ley y principalmente en el numeral 3° del mismo artículo, a propósito de la igual protección de los derecho y el derecho a la defensa jurídica (...)”²²⁹.

Adoptando esta última visión del derecho a la acción como un derecho fundamental, no cabe si no reconocer que los niños, niñas y adolescentes son titulares de éste, pues no existe norma alguna que permita privarlos de su ejercicio y en tanto derecho fundamental, es inherente a todas las personas.

En cuanto al derecho de petición, éste se consagra en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República, el cual dispone:

“El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.”

En este sentido, podríamos decir que el derecho a la acción es una especie de derecho de petición, considerando que los tribunales son autoridades. Sin perjuicio de ello, y teniendo presente que el recurso de protección busca poner en

²²⁹ MARTÍNEZ, P. 2012. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado Constitucional. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000100006> [Consulta: 30 de enero de 2017].

funcionamiento al aparato jurisdiccional y no a cualquier otra autoridad administrativa, nos referiremos especialmente al derecho a la acción.

El derecho a la acción en tanto facultad de provocar la intervención judicial, carecería de toda eficacia si los tribunales, respecto los cuales se requiere esta intervención, no cumplieran con su función. Es por ello, que existe una estrecha relación entre el derecho a la acción y el principio de inexcusabilidad. Éste se encuentra consagrado en el artículo 76 inciso segundo de la Constitución Política de la República en los siguientes términos:

“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.”

Este principio se relaciona además, con el concepto de jurisdicción, contemplado en el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales como: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”. Sin perjuicio de que el artículo 1° del COT define la jurisdicción como una facultad, tradicionalmente se ha entendido que es un “(...) poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”²³⁰

Tal como lo señala el profesor Miguel Ángel Fernández: “En suma, el principio de inexcusabilidad fuerza a los tribunales a pronunciarse, decidiendo, el asunto

²³⁰ COLOMBO, J. 2002. Funciones del derecho procesal Constitucional [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200002> [Consulta: 29 de enero de 2017].

sometido a su conocimiento cuando está dentro de su competencia y han sido requeridos en forma legal”²³¹

De acuerdo con el profesor Colombo Campbell: “Inexcusabilidad, Enfocada ahora, desde el punto de vista de la acción, ésta se traduce en la consagración del deber de la jurisdicción”²³². En este mismo sentido y vinculando el derecho a la acción con el principio de inexcusabilidad, el profesor Patricio Martínez sugiere: “(...) dejar de lado el enfoque clásico del principio de inexcusabilidad, relacionado con el deber de fallar, y vincularlo con el derecho de acción procesal, comprendiéndolo no más como una cláusula de prohibición que concreta el mencionado deber, sino como el correlato constitucional orgánico de la acción (...)”²³³. Si bien concordamos con el profesor Martínez en el sentido de que es preciso considerar el principio de inexcusabilidad como correlato del derecho a la acción, creemos que también debe concebirse como un mandado dirigido al juez a fin de que ésta cumpla su deber constitucional de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, de modo que desde nuestro punto de vista el principio de inexcusabilidad reviste un doble cariz, siendo por una parte, un mandato para el juez y por otra la contracara del derecho a la acción.

De lo expuesto se desprende entonces, que los niños, niñas y adolescentes son titulares del derecho a la acción -así como del derecho de petición- en particular nos referiremos al derecho a ejercer la acción de protección, respecto el cual no existen limitaciones expresas que impida su libre ejercicio. Así las cosas, hemos de considerar que los tribunales cuya intervención se reclame en la forma prevista por el legislador, por menores de 18 años, quedan compelidos por el principio de inexcusabilidad a resolver el conflicto jurídico de que se trate, pues de lo contrario, se restaría eficacia a al derecho constitucional a la acción.

²³¹ FERNÁNDEZ, M. 2014. El principio constitucional de inexcusabilidad. Revista de derecho público 80:46.

²³² *Ibidem*.

²³³ MARTÍNEZ, P. Ob cit.

4.2.5 Niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos. Doctrina de la situación irregular y de la protección integral

El título de esta tesis evidencia la relación que deseamos establecer entre la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para interponer por sí mismos la acción de protección y su calidad de sujetos plenos de derechos.

En primer lugar nos referiremos al concepto “sujeto de derechos”, el que de acuerdo con el profesor Guzmán Brito se utiliza para “(...) designar supremamente a los entes solo a los cuales es posible imputar derechos y obligaciones, o relaciones jurídicas (...)”²³⁴.

A partir de la definición transcrita, es posible afirmar que todas las personas son sujetos de derechos, puesto que a todas podemos imputar derechos y/u obligaciones, de modo que identificamos este concepto con el de capacidad de goce claramente los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, en tanto pueden adquirir ciertos derechos y obligaciones.

Sin perjuicio de que nos parece evidente que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, lo cierto es no siempre fueron considerados como tales por el Derecho. Hasta fines de los años 80 campeaba en el ámbito legislativo sobre derechos de los menores la denominada “doctrina de la situación irregular”, pero con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, surge una nueva doctrina que busca inspirar a las nuevas legislaciones, a saber: la “doctrina de la protección integral”, que se contrapone a la doctrina de la situación irregular. A continuación nos referiremos brevemente a estas doctrinas, previniendo que su desarrollo se enmarca principalmente en el ámbito del derecho penal juvenil.

²³⁴ GUZMÁN, B. 2002. Los orígenes de la noción de sujeto de derechos [en línea] Revista de Estudios Histórico-Jurídicos http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552002002400007&script=sci_arttext [Consulta: 2 de marzo de 2016].

4.2.5.1 Doctrina de la situación irregular

La profesora Mary Beloff, define esta doctrina de la siguiente manera: “En términos teóricos, se ha sostenido que las leyes que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la *Convención Internacional* pertenecen a lo que se ha dado en llamar la “doctrina de la situación irregular”. Estas leyes conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales (...)”²³⁵.

Se desprende de esta definición, que para la doctrina de la situación irregular los niños, niñas y adolescentes no son sujetos de derechos, sino objetos de protección por parte del ordenamiento jurídico. El profesor Emilio García, afirma que “[e]sta doctrina, constituye en realidad, una colcha de retazos del sentido común que el destino elevó [sic] a categoría de jurídica. Su misión consiste en realidad, en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular”²³⁶.

En tal sentido parece lógico que ante la definición de los niños como seres inmaduros e incapaces, se les niegue la posibilidad de ejercer autónomamente acciones como la de protección, toda vez que sólo son objetos de protección por parte no sólo del Derecho, sino de sus padres y del propio Estado, debiendo ser los adultos responsables por ellos quienes se encarguen de la protección de sus derechos. Creemos que precisamente a ello se refiere el profesor García al aseverar que la doctrina de la situación irregular no es más que “una colcha de retazos del sentido común”, pues podría pensarse que el sentido común dicta que no puede establecerse el ejercicio autónomo de una acción de tal relevancia en favor de los menores, pues estos carecen de una serie de capacidades, habilidades y

²³⁵ BELLOF, M. 1999. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, *Justicia y Derechos del Niño* (1): 13.

²³⁶ GARCÍA, E. [1994] La legislación de “menores” en América latina: Una doctrina en situación irregular. [en línea] <http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf> [Consulta: 2 de marzo de 2016].

conocimientos que son necesarios para ello, por tanto la legislación, recogiendo este sentimiento de sentido común, niega a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio de la acción, guardándolo sólo para los adultos.

Nos parece que la doctrina de la situación irregular se contrapone absolutamente a los postulados de la CDN, que es ley de la República y en tanto portadora de nuevos principios en relación con la niñez y la infancia, conmina a los Estados a modificar sus leyes en el sentido de acoger estos nuevos principios. Por ello creemos que entender el artículo 2° inciso primero del Auto Acordado de la Corte Suprema de la manera propuesta por el profesor Cea, se corresponde con un entendimiento de la ley permeado por los postulados de la doctrina de la situación irregular, la que a nuestro juicio debe ser superada para dejar de pensar a los niños como meros objetos y orientar el alcance de las normas y en general la labor legislativa hacia la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

4.2.5.2 Doctrina de la protección integral

La CDN impulsa una nueva doctrina que se contrapone a la de la situación irregular, denominada “doctrina de la protección integral”, que reconoce como sujetos de derechos a niños, niñas y adolescentes, señala a este respecto la profesora Mary Beloff, que “[a] partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencial y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y derechos para los más jóvenes”²³⁷.

Por su parte el profesor Cillero se ha referido a este reconocimiento en los siguientes términos: “En la concepción del niño como sujeto de derechos subyace, primeramente, la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen la capacidad de ser titulares de

²³⁷ BELLOF, M. 2004. Protección Integral de derechos del Niño VS Derechos en Situación Irregular. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/7.pdf>> [Consulta: 20 de abril de 2016].

derechos, para luego acceder a fórmulas más perfectas como, la igualdad ante la ley o la igualdad en los derechos que también son recogidas por la Convención. Siguiendo a Hannah Arendt se trata de comprender a los derechos humanos como un proceso constante de construcción de ciudadanía que se expresa en la fórmula del reconocimiento del <<derecho a tener derechos>>²³⁸.

Es relevante destacar que el término sujeto de derechos -en nuestra opinión- no sólo se limita al “derecho a tener derechos”, sino que es preciso reconocer que dicho concepto envuelve, además, la posibilidad de ejercer tales derechos -al menos progresivamente.

La profesora Beloff realiza la siguiente reflexión, que reviste gran relevancia para nuestro trabajo: “(...) cada vez que la Convención Internacional sobre Derechos del Niño reconoce un derecho lo limita por razones diversas, en general por la madurez, capacidad para formarse un juicio propio, desarrollo emocional o interés superior del niño. La pregunta que una hermenéutica orientada hacia la máxima satisfacción de los derechos del niño debe resolver es cómo es posible compatibilizar el ejercicio de los derechos con la etapa de crecimiento por la que un niño se encuentra atravesando. En la nueva concepción se trata de una interpelación a los adultos, no más una autorización para limitar los derechos a los niños”²³⁹

Desde este punto de vista y considerando que la CDN, forma parte de nuestra legislación, no cabe sino reconocer que la interpretación adecuada del artículo 2° inciso primero del Auto Acordado es la argüida por el profesor Nogueira, pues ella reconoce a los niños, niñas adolescentes como sujetos plenos de derechos, admitiendo que interpongan la acción que permite dar eficacia a sus derechos fundamentales de manera autónoma. Podría refutarse esto señalando que un niño de, por ejemplo, cinco años, no tiene el desarrollo y capacidades suficientes para

²³⁸ CILLERO, M. 1999. Infancia, derecho y justicia. En: Situación de los Derechos del Niño en América Latina y la Reforma Legislativa en la década de los noventa. Santiago, Coediciones UNICEF, Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile p.25.

²³⁹ *Ídem*. pp. 93-94.

interponer la acción de protección, lo cual es evidente. Sin embargo, tal como señala la profesora Beloff, la solución no es limitar los derechos de los niños, sino reconocer que en estos casos, es decir, cuando los niños, niñas y adolescentes, no puedan interponer la acción por sí mismos, serán los padres o adultos responsables por ellos, los llamados a proteger tales derechos por las vías que correspondan.

Lo enunciado previamente se relaciona de manera estrecha con uno de los principios más relevantes y connotados de la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio de autonomía progresiva, consagrado en su artículo 5º, al que nos hemos referido más extensamente en el capítulo II. Conforme este principio, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ejercer sus derechos de manera progresiva, esto es, conforme sus capacidades se los permitan.

La postura sostenida por el profesor Cea, niega a los menores de edad toda posibilidad de interponer por sí mismos la acción de protección, desconociendo el principio de autonomía progresiva y negando a los niños su calidad de sujetos plenos de derechos, en tanto esta concepción no admite que ellos por sí mismo ejerzan y protejan sus derechos fundamentales, al contrario de lo que ocurre con la interpretación expuesta por el profesor Nogueira, de acuerdo con la cual, los menores podrían autónomamente interponer la acción de protección, reconociendo así, a los niños, niñas y adolescentes como plenos sujetos de derechos, lo que se traduce en que no sólo tienen derecho a gozar de estos derechos, sino que además pueden ejercerlos y recurrir ante la autoridad pertinente para requerir su intervención ante posibles vulneración.

Nuestro legislador ha contemplado en las leyes 19.968 y 20.609 la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes dirijan peticiones a la autoridad o ejerzan acciones autónomamente, reconociendo su calidad de sujetos plenos de derechos, e incorporando principios como el de autonomía progresiva, derecho del niño a ser oído e interés superior del niño.

La ley 20.609, también conocida como ley Zamudio o de Antidiscriminación, tiene por objeto, establecer una acción que permita restablecer el imperio del derecho ante discriminaciones arbitrarias. En cuanto al ejercicio de la acción, el artículo 4° señala:

“Legitimación activa. La acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación.

También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla.”

De la norma transcrita podemos deducir que la acción contra la discriminación arbitraria puede ser interpuesta tanto por los niños, niñas y adolescentes como por sus representantes legales o quien tenga su cuidado personal. El texto de este artículo, nos permite reafirmar nuestra tesis respecto que los menores de edad pueden ejercer autónomamente la acción de protección, toda vez que si nuestra legislación admite la posibilidad de que entablen una acción ante discriminaciones arbitrarias, no tiene sentido limitarlos en el ejercicio de la acción que tiene por fin dar protección a sus derechos fundamentales²⁴⁰.

²⁴⁰ Resulta pertinente citar el aforismo jurídico “**donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición**”, la acción contra la discriminación vela por la primacía de derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación arbitraria. Por tanto, no existirían fundamentos para permitir a los menores ejercer la acción que permita el resguardo de estos derechos contemplados en el catálogo de derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución Política y no admitir el ejercicio autónomo de la acción que permite proteger los demás derechos consagrados en esta disposición.

Por su parte la ley 19.880²⁴¹ que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado también reconoce a los menores de edad capacidad para actuar autónomamente ante la Administración del Estado en su artículo 20:

“Capacidad para actuar. Tendrán capacidad para actuar ante la administración, además de las personas que gocen de ella o la ejerzan con arreglo a las normas generales, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.”

Según da cuenta la historia de la Ley 19.880, en el proyecto original no se contemplaba norma alguna que hiciera referencia a la capacidad para actuar ante la Administración del Estado, siendo el Senador Silva Cimma²⁴² quien durante la discusión general del proyecto de ley, propone sustituir la totalidad de su articulado, incorporando el artículo 7° relativo a la capacidad para actuar:

“Tendrán capacidad de actuar ante la Administración Pública, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquéllos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.”

²⁴¹ Ley 19.880: Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, Santiago, mayo 2003.

²⁴² Nuevo Primer Informe de Comisión de Gobierno, 29 de septiembre de 2001; ver: Historia de la ley 19.880 [en línea] <file:///C:/Users/propietario/Downloads/HL19880%20(1).pdf> [Consulta: 1 de mayo de 2016].

El Senador Silva Cimma, señala que la incorporación de esta norma tiene por objeto dar reconocimiento a los tratados y convenciones suscritas por nuestro país con miras a reconocer los derechos de los menores, siendo uno de ellos, el de recurrir ante organismos públicos. Las comisiones unidas aprobaron el artículo propuesto, realizando una pequeña enmienda en su redacción, sustituyendo la frase “que la ostente con arreglo a las normas civiles” por “gocen de ella o la ejerzan con arreglo a las normas generales”²⁴³. Contrario a la propuesta de Silva Cimma, el Senador Zaldívar, don Andrés, propuso reemplazar el texto del artículo 7° por uno del siguiente tenor: “Artículo...- La capacidad para actuar ante la Administración del Estado se regirá por las normas generales de derecho”²⁴⁴. Esta modificación pretendida por el Senador Zaldívar implica negar a los menores de edad la posibilidad acudir a la Administración del Estado y dirigirle peticiones, salvo que esto se realice por intermedio de sus representantes legales.

Finalmente en el Segundo Informe de la Comisión de Gobierno del Senado, la propuesta de Silva Cimma se consagra como el artículo 20 de la Ley 19.968, en dicho informe además se señala que:

“Esta disposición precisa, en síntesis, que podrán actuar ante la Administración todas las personas que tengan capacidad de goce o de ejercicio y los menores de edad a los cuales la normativa los autorice para ejercer sus derechos e intereses.

Respecto de esta norma se formuló la indicación número 41 del Boletín, de autoría del Honorable Senador señor Zaldívar, don Andrés, que reemplaza este precepto por otro que dispone que la capacidad para actuar ante la Administración del Estado se regirá por las normas generales de derecho.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señora Frei y señores Boeninger, Cantero y Núñez rechazó esta

²⁴³ *Ídem.* p. 70.

²⁴⁴ *Ídem.* p. 164.

indicación, pues, cual se señaló en el primer informe respecto del texto aprobado en esa oportunidad, al incluir a los menores de edad como sujetos de derechos habilitados para actuar ante la Administración, se está acogiendo una recomendación de convenciones internacionales que reconocen esa facultad.”²⁴⁵

Los artículos citados de las leyes 20.609 y 19.968, entienden que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, dando así, cumplimiento a lo dispuesto por la Convención sobre Derechos del Niño y sus principios, lo cual se consagra expresamente en la historia de la ley que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, por tanto acudiendo a un criterio de interpretación sistemático, si nuestra legislación recoge los principios de esta Convención y los materializa en normas relativas a la capacidad de los niños, niñas y adolescentes, la interpretación propuesta por el profesor Nogueira es el sentido correcto en que debe ser comprendido el artículo 2° del Auto Acordado de la Corte Suprema.

Finalmente nos referiremos al caso jurisprudencial que inspira este trabajo y que apoya nuestra afirmación de que los menores son sujetos plenos de derechos, y en tanto tal, pueden ejercer autónomamente la acción de protección.

4.3 Caso “Sabá Catalán con Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional”

En este apartado, nos referiremos, al único caso de acción de protección interpuesto por menores de 18 años que hemos logrado pesquisar, “**Sabá Catalán con Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional**”, Rol 36545-2013, seguido ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en que tanto recurrente como recurridos son adolescentes según se acredita con los correspondientes certificados de nacimiento adjuntos en el anexo de este trabajo.

²⁴⁵ *Ídem.* p. 198.

- Texto del recurso de protección, disponible en Anexo N° 2

El recurso de protección es presentado el 21 de junio de 2013 por Francisco Sabá, en contra del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional (T.A.I.N.), representado por su presidente, Christopher Soto Maulén, con base en los siguientes fundamentos de hechos y de derecho que se describen en el texto del recurso:

El año 2013 Francisco Sabá, ostentaba el cargo de Vicepresidente del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, siendo en los meses de abril y mayo objeto de denuncias por parte de dos alumnos del establecimiento. Dichas denuncias finalmente dan lugar a una sanción impuesta por el T.A.I.N., consistente en inhabilitarlo de ejercer cargos en el Centro de Alumnos.

La primera denuncia se realizó ante el T.A.I.N. el 22 de abril, fundada en un supuesto “uso de facultades indebidas” por parte de Francisco Sabá. La segunda denuncia se efectúa el 4 de mayo por el alumno Luis Fontecilla, quien alega que el recurrente les negó a los alumnos de 7° y 8° básico y 1° medio, la posibilidad de realizar una asamblea en un día y hora determinado.

Francisco Sabá es notificado el 31 de mayo de la condena impuesta por el T.A.I.N., la que lo inhabilitó para ejercer cargos dentro del Centro de Alumnos por dos meses. Al día siguiente de haber sido notificado, se publica en la página de Facebook del Centro de Alumnos que Francisco Sabá había sido penalizado debido a las denuncias proferidas en su contra con la inhabilitación para ejercer cargos en el Centro de Alumnos, además se le conmina a pedir disculpas públicas.

El actor considera infringidos una serie de derechos fundamentales, entre ellos, los consagrados en el artículo 19 N° 2, N° 3 incisos quinto y siguientes y N° 4 de la Constitución Política de la República, toda vez que el recurrido Tribunal de Alumnos no habría elaborado el informe, que según los artículos 5° y 6° del Estatuto del Centro de Alumnos debía redactarse en caso de que se presentaran denuncias por parte del alumnado que dieran lugar a sanciones. Por el contrario, Francisco

Sabá sólo recibió copias de las denuncias efectuadas en su contra. Argumenta además, que de conformidad con el Decreto N° 524 del Ministerio de Educación, cada centro de alumnos deberá dictar un reglamento que contenga mecanismos que permitan desarrollar un procedimiento de aplicación de medidas disciplinarias aplicables a los miembros del centro de alumnos ante eventuales denuncias; del examen de los estatutos del centro de alumnos -señala Francisco Sabá- se concluye que éste sólo establece mecanismos y procedimientos para ejercer la acción fiscalizadora, no para ejercer la potestad disciplinaria, tampoco se señalan las conductas reprochables ni las sanciones aplicables, procedimiento a seguir, ni órgano competente.

A juicio del actor, el T.A.I.N. no es competente para establecer sanciones, pues en sus estatutos no se señalan parámetros para el desarrollo de un procedimiento racional y justo, de acuerdo a pautas objetivas de juzgamiento; incurriendo, además dicho tribunal en infracción de normas estatutarias, toda vez, que no se ha cumplido con realizar la investigación previa que en dichos estatutos se dispone, imponiéndosele una sanción mediante la realización de un proceso ilegal y arbitrario, atentando, de este modo, contra los principios del debido proceso, igualdad ante la ley y derecho a ser juzgado por un tribunal que se disponga por una ley promulgada con anterioridad a la perpetración de un hecho y no por comisiones especiales, infringiendo así, los artículos 6° y 7° inciso segundo de la Constitución Política, puesto que el T.A.I.N. crea sanciones no reglamentadas, como la inhabilidad para desempeñar un cargo dentro del Centro de Alumnos, quebrantando así -en opinión del recurrente-, el imperio del derecho. Además califica como reprochables hechos que no están señalados en cuerpo legal alguno. Por tanto, se verían conculcados los derechos establecidos en el inciso sexto y siguientes del artículo 19 N° 3, relativos al proceso legalmente tramitado.

Estima se ha vulnerado el derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política, referente a no ser juzgado por comisiones

especiales, puesto que el Tribunal de Alumnos habría diseñado a su arbitrio el procedimiento y las sanciones aplicables.

Considera infringida, además, la garantía del artículo 19 N° 4 de nuestra Carta Fundamental al haberse publicado en la página de Facebook, que se le había “penalizado” con la inhabilitación para ejercer cargos en el Centro de Alumnos, ya que ello, daría a entender que es responsable de conductas reprochables.

- Resolución que declara admisible el recurso, disponible en Anexo N° 3

El 24 de junio de 2013, a fojas 64, la Corte de Apelaciones de Santiago, declara admisible la acción de protección en los términos que a continuación se reproducen:

“Se declara admisible el recurso.

Proveyendo a fojas 47: a lo principal, pídase informe a la recurrida, quien deberá evacuarlo en el término de **cinco días**, remitiendo a esta Corte, conjuntamente con su informe, todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto que ha motivado el recurso, bajo apercibimiento de aplicar alguna de las sanciones que establece el N°15 del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales. Comuníquese por la vía más rápida. Sin perjuicio, ofíciense. Al Primer Otrosí, **pasen los autos al señor Presidente para los fines que corresponda**. Al segundo otrosí, a sus antecedentes.

N°Protección-36545-2013.

- Resolución que ordena se dé cuenta

El 24 de junio, a fojas 65 la Corte de Apelaciones ordena que se dé cuenta en la Primera Sala por el relator que corresponda.

- Rechazo Orden de no Innovar

El 25 de junio, a fojas 66, la Corte de Apelaciones deniega la orden de innovar solicitada a fojas 47, decisión tomada con el voto en contra del ministro señor Mera.

- El "Informe", disponible en Anexo N° 4

La resolución de 24 de junio ordenaba a los recurridos evacuar Informe dentro del plazo de cinco días, pero éste fue presentado el 13 de julio de 2013 por el T.A.I.N. bajo el título "Apelación", el que es ingresado al sistema del poder judicial como "Informe" a fojas 70.

El 19 de julio, a fojas 73 la Corte de Apelaciones solicita al recurrido Tribunal que suscriba el informe evacuado a fojas 70 -pues no se encontraba firmado-, confiriendo un plazo de cinco días para ello. Sin que se hubiese cumplido lo ordenado por la Corte de Apelaciones, ésta el 31 de julio otorga nuevamente plazo de cinco días para dar cumplimiento a lo dispuesto mediante resolución de fecha 19 de julio, bajo apercibimiento de prescindir del Informe. Sin embargo al 10 de septiembre de 2013 el T.A.I.N. no había dado cumplimiento a lo ordenado por la Corte de Apelaciones, razón por la cual el actor, a fojas 79, solicita se haga efectivo el apercibimiento.

A la presentación del actor, la Corte de Apelaciones el 24 de septiembre, a fojas 80 resuelve:

"(...) Atendido al mérito de los antecedentes y de la revisión del sistema informático, de lo cual se constata que la recurrida no ha dado cumplimiento al trámite decretado a fojas 73, se hace efectivo el apercibimiento decretado a fojas 77 y, en consecuencia, se tiene por no presentado el informe de fojas 70, sin perjuicio de lo que resuelva la Sala que deba conocer del fondo del asunto (...)."

Sin perjuicio de que se prescinde del Informe presentado por el T.A.I.N., mediante dicho escrito los recurridos rechazan absolutamente la veracidad de las

alegaciones esgrimidas por el actor, señalando que, no es cierto que no hayan emitido el informe señalado por los Estatutos para la imposición de sanciones a raíz de denuncias efectuadas por el alumnado, puesto que sí lo hicieron, pero de manera oral. Dicha comunicación oral del informe es absolutamente válida ya que el Estatuto sólo señala que éste debe ser entregado al afectado, sin especificar la forma.

- Sentencia, disponible en Anexo N° 5

El 8 de octubre de 2013 la Ilustrísima Corte de Apelaciones dicta sentencia, la que consta a fojas 82, rechazando el recurso de protección en los siguientes términos:

“3°.- Que de los antecedentes acompañados por el recurrente y del estatuto del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, no aparece que se vulneren los derechos constitucionales que invoca el recurrente por no [sic] que se rechazará el presente recurso.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza** el recurso deducido a fojas 47 por Francisco Esteban Sabá Catalán.”

La sentencia es pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que fue presidida por el ministro Carlos Gajardo Galdames, integrada además, por las ministras Ana Cienfuegos Barros y Dora Mondaca Rosales.

- Recurso de apelación, disponible en Anexo N° 6

Al ser rechazado el recurso de protección interpuesto por Francisco Sabá éste interpone recurso de apelación para ante la Corte Suprema el 15 de octubre de 2013 a fojas 107, cuyo Rol de ingreso es 16.601-2013. Es relevante destacar que este recurso fue interpuesto personalmente por Francisco Sabá, sin patrocinio de

abogado, lo cual consta tanto en el propio texto del recurso como en el estampado del Secretario Sergio Masón de fojas 112.

Mediante el recurso de apelación deducido, el actor solicita a la Corte Suprema:

“(...) que aprecie los antecedentes aportados por esta parte de forma adecuada, ciñéndose a las reglas de la sana crítica a que hace referencia el *Autoacordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales*, de acuerdo a las cuales se deben apreciar los antecedentes de acuerdo a las reglas de la lógica, del conocimiento científicamente afianzado y a las máximas de la experiencia.

(...) A Us. Excma, pido se sirva tener por interpuesto este recurso de apelación contra la sentencia individualizada, acogiendo lo solicitado en la parte petitoria de la acción de protección deducida a fs. 47, revocando la sentencia de primera instancia, restableciendo el imperio del derecho, y en definitiva:

1. Que se declare que la sanción aplicada a esta parte recurrente por el Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional con fecha 31 de mayo de 2013, es nula, y no puede producir efecto jurídico alguno.

2. Que se declare que a partir de ahora, y en adelante, todas las sanciones y procesos llevados a cabo por los tribunales disciplinarios, o aquellos organismos que ejerzan la potestad disciplinaria sobre los integrantes de los Centros de Alumnos, deben ajustarse a las normas emanadas de la Constitución, en lo concerniente a la igualdad ante la ley, al debido proceso, toda vez que no exista un tribunal estudiantil y que los estatutos no señalen que [sic] organismo deba ejercer la potestad reglamentaria.

3. Que se declare que los Centros de Alumnos deben cumplir con las disposiciones del Reglamento general de los Centros de Alumnos fijados por el decreto N° 524, y que deben reformarse sus estatutos de modo que se subsanen las posibles situaciones de “*silencio de ley*” o “*lagunas jurídicas*”, a fin de que los Centros de Alumnos efectivamente cumplan un rol formador y que se resguarden los derechos constitucionales de sus integrantes.”

- Fallo Corte Suprema, disponible en Anexo N° 7

La Corte Suprema falla el 14 de enero de 2014, confirmando la sentencia apelada.

La sentencia fue pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Rubén Ballesteros, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Juan Eduardo Fuentes y el abogado integrante Emilio Pfeffer.

4.4 Análisis del caso “Sabá Catalán con Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional.

Como se puede apreciar, al interponerse el recurso de protección la Corte de Apelaciones no se pronuncia respecto la minoría de edad de recurrente y recurridos, como tampoco lo hace la Corte Suprema al declarar admisible el recurso de apelación deducido por este actor adolescente. Consideramos que la falta de referencia a la edad del recurrente y de los recurridos no se debe a una simple inadvertencia de las Cortes, lo cual sería difícil de sostener, debido a que el recurrente al individualizarse en el texto del recurso, señala su calidad de escolar, por tanto no podría menos que suponerse que se trataba de un menor de 18 años al igual que los recurridos, también estudiantes.

Si bien, nos parece que la Corte de Apelaciones obra correctamente al declarar admisible y dar tramitación a la acción de protección²⁴⁶ interpuesta por un menor de edad con base en los argumentos que se han desarrollado a lo largo de este capítulo. Llama nuestra atención que se haya acogido a tramitación el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, toda vez que, como consta a fojas 107 del expediente, no es interpuesto por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. Es más, a fojas 112 el Secretario de la Corte de Apelaciones de Santiago certifica que el recurso no es patrocinado por un abogado.

Con respecto a la necesidad de contar con un abogado que patrocine la interposición del recurso de apelación, los artículos 1° y 2° de la ley 18.120 disponen lo siguiente:

Artículo 1° incisos primero y segundo: “La primera presentación de cada parte o interesado en asunto contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

Esta se entenderá cumplida por el hecho de poner el abogado su firma, indicando además, su nombre, apellidos y domicilio. Sin estos requisitos no podrá ser proveída y se tendrá por no presentada para todos los efectos legales. Las resoluciones que al respecto se dicten no serán susceptibles de recurso alguno.”

Artículo 2° inciso primero: “Ninguna persona, salvo en los casos de excepción contemplados en este artículo, o cuando la ley exija la intervención personal de la parte, podrá comparecer en los asuntos y ante los tribunales a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, sino representada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, por procurador del número, por estudiante actualmente inscrito en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades

²⁴⁶ La Corte al declarar admisible el recurso permite un ejercicio eficaz del derecho a la acción, obrando además, en consecuencia del principio de inexcusabilidad.

de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas, o por egresados de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes. La autoridad universitaria competente certificará, a petición verbal del interesado, el hecho de estar vigente la matrícula o la fecha de egreso, en su caso. La exhibición de certificado respectivo habilitará al interesado para su comparecencia.”

Tal como hemos señaláramos en el primer capítulo de esta tesis, el concepto de comparecencia puede entenderse en sentido amplio o restringido, en cualquiera de estos sentidos que se entienda, resulta claro que el recurso de apelación debe ser interpuesto por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, ya que al no existir norma especial, rigen las normas comunes de derecho procesal.

En atención a lo razonado a lo largo este capítulo, creemos que los menores pueden interponer la acción de protección por sí mismos, pues dar tal interpretación al artículo 2° inciso primero del Auto Acordado y al artículo 20 de la Constitución Política es la forma adecuada de entender su texto según los principios que hemos analizado en párrafos precedentes –principio de igualdad ante la ley, de no discriminación, principio *favor libertatis, pro homine*, principio de inexcusabilidad-. Reafirmamos nuestra postura en la jurisprudencia analizada, pues la Corte de Apelaciones de Santiago nada objeta respecto de que la acción se haya interpuesto por un menor de 18 años, tampoco se refiere a esta circunstancia el máximo tribunal de nuestro país al conocer de la apelación a la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones.

En virtud de lo expuesto, hacemos presente que no concordamos con la siguiente aseveración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir

plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derecho, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana²⁴⁷.

Consideramos que negar a los niños, niñas y adolescentes la posibilidad de ejercer personalmente sus derechos y las acciones que permitan su defensa con base únicamente en que no tienen 18 años, implica negarles su condición de sujetos plenos de derechos, si bien es cierto que a determinada edad resulta imposible para los niños ejercer sus derechos pues carecen de conocimientos y habilidades para ello, no por eso la ley debe impedirles *a priori* esta posibilidad; nos parece más adecuado que el ordenamiento jurídico contemple normas que no restrinjan el libre ejercicio de derechos y acciones por parte de los niños, niñas y adolescentes, ya que si éstos se encuentran en imposibilidad fáctica de hacerlo, lógicamente sus padres o representantes legales actuarán en su representación. Es debido a esto que a nuestro parecer debe darse al artículo 2° del Auto Acordado un sentido amplio, permitiendo que los menores -que conforme sus posibilidades y desarrollo puedan hacerlo- interpongan autónomamente la acción de protección, siendo evidentemente sus padres quienes procedan en su representación en caso de que ellos no puedan hacerlo.

²⁴⁷ Corte I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva. OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N°17, p. 57.

CONCLUSIONES

En este trabajo, nos propusimos dar respuesta a la interrogante ¿Poseen los niños, niñas y adolescentes el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales? Esto mediante el análisis de la capacidad de éstos para interponer la acción de protección, identificando el ejercicio libre de esta acción con la consideración de los menores de edad como sujetos plenos de derechos.

Para lograr el objetivo propuesto, en el primer capítulo analizamos la teoría del proceso y los conceptos de capacidad y comparecencia, llegando a la conclusión de que los menores de edad poseen capacidad para ser parte, pues esta se identifica con la capacidad de goce en el ámbito civil, la cual ostentan todas las personas por el solo hecho de ser personas, por el contrario, no poseen capacidad procesal, debiendo actuar representados o autorizados por sus representantes legales según la edad que tengan. Definimos además el término comparecencia, el cual, según el parecer del profesor Nogueira es lo que se exige para que un tercero interponga la acción de protección a nombre del afectado.

En el segundo capítulo, examinamos la normativa contenida en diversos tratados de derechos humanos. Primeramente estudiamos la Convención sobre los Derechos del Niño, analizando los principios de interés superior del niño, autonomía progresiva y participación; luego examinamos la normas contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convención Europea sobre Derechos Humanos, a raíz de lo cual advertimos que ninguno de estos tratados sobre derechos humanos regulaba de modo expreso la capacidad de los menores para interponer acciones que tuvieran por finalidad resguardar sus derechos fundamentales, sin embargo, principios como los de autonomía progresiva, derecho al recurso o participación, sirven de guía para responder a la pregunta que inspira este trabajo.

En el tercer capítulo nos referimos a la acción de protección, a su naturaleza jurídica y en particular a los sujetos activo y pasivo, llegando a la conclusión de que no existen restricciones para considerar a una persona como sujeto pasivo de la acción, por tanto, los niños, niñas y adolescentes pueden serlo, distinto es el caso del sujeto activo, puesto que existen dos interpretaciones del artículo 2° inciso primero del Auto Acordado de la Corte Suprema, una de ellas encabezada por el profesor Cea Egaña, la cual indefectiblemente nos lleva a concluir que los niños, niñas y adolescentes no están facultados para ejercer libremente la acción de protección y la otra, impulsada por el profesor Nogueira, quien aduce que no existen restricciones para que el propio afectado interponga la acción de protección, estableciendo el artículo citado, solamente una restricción respecto del tercero que ejercer la acción en nombre del afectado, restricción que consiste en la exigencia del requisito de capacidad para comparecer.

Finalmente en el cuarto capítulo analizamos críticamente las posturas de los profesores Cea y Nogueira, inclinándonos por la de este último profesor, pues es la que más se conforma a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria y que debe ser elegida entre ambas, de conformidad con los principios *pro homine* y *favor libertatis*, además de lo preceptuado por el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República y el principio de inexcusabilidad, en relación al derecho a la acción, por último en este capítulo analizamos las antedichas interpretaciones desde el prisma de la doctrina de la protección integral y de la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

Mediante el estudio realizado en los diversos capítulos y considerando que la normativa respecto el sujeto activo de la acción de protección no es clara y requiere ser interpretada y que al respecto existen dos posturas sustentadas por los profesores mencionados, llegamos a la convicción de que la interpretación correcta de la norma es aquella que permite dar eficacia a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, esta es, la que les reconoce la facultad o capacidad

para interponer la acción de protección -sin que ello signifique reconocerles capacidad procesal en general, pues no es el objeto de este trabajo determinar aquello- por sí mismos, considerándolos, entonces, como sujetos plenos de sus derechos constitucionales, claramente en caso de que los menores, por su edad y falta de conocimiento no puedan ejercer la acción por sí mismos, sus padres han de ser los encargados de procurar la protección de sus derechos por la vía de la acción de protección.

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos que en el marco de la reforma constitucional, es necesario que la nueva Carta Fundamental haga referencia dentro de su articulado al sujeto activo y pasivo de la acción de protección, debiendo contemplar a los niños, niñas y adolescentes como tales, siguiendo en este aspecto la línea de la Ley 20.609, también conocida como Ley Zamudio, que consagra a los niños como legitimados activos de la acción y también a sus representantes legales o a quien detente su cuidado personal, y de la ley 19.880 que reconoce a los menores de 18 años capacidad para actuar autónomamente ante la Administración del Estado. Ambas disposiciones se encuentran en perfecta consonancia con los principios consagrados en los tratados de derechos humanos mencionados en párrafos precedentes -es más, la historia de la Ley 19.880²⁴⁸, lo señala expresamente-, sobre todo con el principio de autonomía progresiva, que reconoce a los menores como entes capaces de actuar en la vida jurídica en la medida que su desarrollo se los permita, nuestra Carta Fundamental no puede mantenerse ajena a esta concepción de los niños como sujetos plenos de derechos y no como incapaces mercedores únicamente de protección y no de derecho y más aún, del ejercicio de tales derechos y de los medios jurídicos para su protección.

No debemos perder de vista que la tendencia legislativa es el reconocimiento de los derechos y su ejercicio autónomo -progresivamente- por parte de los niños, niñas y adolescentes, en tal sentido creemos que la interpretación del artículo 2°

²⁴⁸ Ver supra p. 151.

inciso primero del Auto Acordado de la Corte Suprema a la que adherimos, es la única que se compromete con una visión de los niños como sujetos plenos de derechos y no únicamente como objetos de protección y es la única que se halla en sintonía con los principios que inspiran actualmente a nuestra Carta Fundamental y nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

FUENTES DOCTRINARIAS

1. CALAMANDREI, P. 1973. Instituciones de Derecho Procesal Civil Vol. 1. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
2. CALAMANDREI, P. 1973 Instituciones del Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código. Vol. II. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
3. CASARINO, M. 2005. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
4. CEA, J. 2008. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
5. GUASP, J. y ARAGONESES, P. 1998. Derecho Procesal Civil. 4° ed. Tomo I. Madrid, Editorial Civitas.
6. HOYOS, F. 2001. Temas Fundamentales de Derecho Procesal. Santiago, Editorial ConoSur.
7. LYON, A. 2006. La persona natural. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

8. MATURANA, C. 2012. Apuntes Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento [Apunte de clases] Facultad de Derecho Universidad de Chile.
9. NOGUEIRA, H. 2000. Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina. Talca, Universidad de Talca.
10. STOEHLER, C. 1993. De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los Incidentes. 5° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
11. SOTO, E. 1982. El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
12. TAVOLARI, R. 1994. Tribunales, jurisdicción y proceso. Santiago, Editorial Jurídica de Chile
13. TAVOLARI, R. 2000. El proceso en acción. Santiago, Editorial Libromar Ltda.
14. ZÚÑIGA, F. 1997. Recurso de protección y contencioso administrativo. Revista de Derecho Universidad de Concepción. N° 202.
15. ZÚÑIGA, F y PERRAMONT, A. 2003. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Vol. 1. Santiago, Edita Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dirección de Extensión, Investigación y Publicaciones Universidad Central de Chile.

16. ZÚÑIGA, F y PERRAMONT, A. 2003. Introducción al derecho procesal Constitucional. Vol. I, Proceso de Amparo de Derechos Fundamentales. Santiago, Universidad Central de Chile.
17. ZÚÑIGA, F. 2007. El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales. Estudios Constitucionales. Vol. 5, N° 2.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. ACUÑA, M. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.
2. BAEZA, G. 2001. El interés superior del niño. Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, N° 2.
3. BELLOF, M. 1999. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Justicia y Derechos del Niño. N° 1.
4. BELLOF, M. 2004. Protección integral de derechos del niño VS Derechos en situación irregular [en línea] En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2167/7.pdf> [Consulta: 20 de abril de 2016].

5. BORDALÍ, A. 2004. El recurso de protección como proceso de urgencia. Revista Chilena de Derecho. Vol. 31, N° 2.
6. BORDALÍ, A. 2006. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. Revista de Derecho. Vol XIX, N° 2.
7. CAMPOS, S. 2009. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. Revista IIDH, Vol. 50.
8. CILLERO, M. 1999. Infancia, derecho y justicia. En: Situación de los Derechos del Niño en América Latina y la Reforma Legislativa en la década de los noventa. Santiago, Coediciones UNICEF, Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile.
9. CILLERO, M. 2011. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios [en línea] En: http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf [Consulta: 26 de diciembre de 2015]. COUSO, J. 2006. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído. Revista de Derechos del Niño, N° 3 y 4.
10. COLOMBO, J. 2002. Funciones del derecho procesal Constitucional. [en línea] En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200002 [Consulta: 29 de enero de 2017].
11. FERNÁNDEZ, M. 2014. El principio constitucional de inexcusabilidad. Revista de derecho público, Vol. 80.

12. GARCÍA, I. 2012. Igualdad en la aplicación de la ley: Concepto iusfundamentalista y consecuencias [en línea] En: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf> [Consulta: 2 de mayo de 2016].
13. GARCÍA, E. [1994]. La legislación de “menores” en América Latina: Una doctrina en situación irregular [en línea] En: http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf [Consulta: 2 de marzo de 2016]
14. GÓMEZ, M. 2000. El Interés superior del niño. Gaceta Jurídica, Vol. 238.
15. GUZMÁN, B. 2002. Los orígenes de la noción de sujeto de derechos [en línea] En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=SO54552002002400007&script=sci_arttext [Consulta: 2 de marzo de 2016]
16. MARTÍNEZ, P. 2012. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado Constitucional. [en línea] En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07184372012000100006 [Consulta: 30 de enero de 2017].
17. NAVARRO, E. 2012. 35 años del recurso de protección: Notas sobre su alcance y regulación normativa [en línea] En: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038016> [Consulta: 25 de mayo de 2015]

18. NOGUEIRA, H. 2005. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales [en línea] En: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711202> [consulta: 4 de octubre de 2015].
19. NOGUEIRA, H. 2007. El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y perspectiva. *Revista Ius et Praxis*, Vol 13, N° 1.
20. NOGUEIRA, H. 2010. La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 16, N° 1.
21. PFEFFER, E. 2006. El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile. *Estudios Constitucionales*. Vol. 4, N° 2.
22. QUINTANA, A. 2012. Congreso aprobó Ley contra la Discriminación: Hacia una sociedad fundada en los afectos. *Revista Mensaje*, Vol. 61, N° 609.
23. RÍOS, L. 2007. La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno. *Estudios Constitucionales*. Vol. 5, N° 2.
24. SOTO, E. 1976. Amparo judicial y recurso de protección. *Revista de Derecho Público*. N° 19-20.
25. ZÚÑIGA, F. 1997. Recurso de protección y contencioso administrativo. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 202.

26. ZÚÑIGA, F. 2007. El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales. Estudios Constitucionales. Vol. 5, N° 2.

FUENTES NORMATIVAS

1. CHILE, Ministerio de Justicia. Decreto con Fuerza de Ley N° 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley 16.618, Ley de menores, de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y pago de Pensiones Alimenticias, y de la Ley 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. 30 de mayo de 2000.
2. CHILE, Corte Suprema. Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. 27 de junio de 1992.
3. CHILE, Ministerio de Justicia. Decreto Ley 1.552: Acta Constitucional N° 3. De los Derechos y Deberes Constitucionales. 13 de septiembre de 1976.
4. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución Política de la República. 17 de septiembre de 2005.

5. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 19.880: Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 29 de mayo de 2003.
6. CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 20.084: Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la Ley Penal. 7 de diciembre de 2005.
7. CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 18.120: Establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales. 18 de mayo de 1982.
8. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. Ley 20.609: Establece medidas contra la discriminación. 24 de julio de 2012.
9. CHILE, Ministerio de Justicia. Ley 19.968: Crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004.

JURISPRUDENCIA

1. PODER JUDICIAL

1.1 Causa Rol 36.545-2013 Corte de Apelaciones de Santiago.

1.2 Causa Rol 16.601-2013 Corte Suprema.

1.3 Sentencia dictada en causa Rol 7220-2011 por la Corte Suprema el 30 de diciembre de 2011.

1.4 Sentencia dictada en causa Rol 4637-2011 por la Corte Suprema el 14 de octubre de 2011.

1.5 Sentencia dictada en causa Rol 14.554-2013 por la Corte Suprema el 28 de octubre de 2013.

1.6 Sentencia dictada en causa Rol 14.552-2013 por la Corte Suprema el 22 de octubre de 2013.

1.7 Sentencia dictada en causa Rol 14.811-2013 por la Corte Suprema el 11 de junio de 2013.

1.8 Sentencia dictada en causa Rol 355-2013 por la Corte Suprema el 28 de diciembre de 2012.

1.9 Sentencia dictada en causa Rol 14.556-2013 por la Corte Suprema el 22 de octubre de 2013.

2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2.1 Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.

2.2 Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N° 4.

3. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

3.1 Obs. General N° 14 de 2013, Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial.

ANEXO N° 1: Certificados de nacimiento

SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN		FOLIO : 500063389207
	REPUBLICA DE CHILE	Código Verificación: 41ded6f17c3d
		 500063389207
CERTIFICADO DE NACIMIENTO		
Uso exclusivo para ASIGNACION FAMILIAR		
<p>Circunscripción : SANTIAGO Nro. inscripción : 2.494 Registro : S Año : 1996 Nombre inscrito : FRANCISCO ESTEBAN SABA CATALÁN</p> <p>R.U.N. : 19.374.586-5 Fecha nacimiento : 10 Abril 1996 Sexo : Masculino Nombre del padre : JUAN FRANCISCO SABA PARRAGUEZ</p> <p>R.U.N. del padre : 8.960.096-0 Nombre de la madre: JACQUELINE MILDREAU CATALÁN GUTIÉRREZ</p> <p>R.U.N. de la madre: 6.242.090-1 * PARA SER PRESENTADO EN INSTITUCIONES PREVISIONALES *</p>		
FECHA EMISION: 23 Febrero 2015, 14:51.		
<p>Certificado Gratuito OBS: La hora se incluye respecto de nacimientos inscritos con comprobante de parto desde el año 2000 a la fecha</p>		
<p>Verifique documento en www.registrocivil.gob.cl o a nuestro Call Center 600 370 2000, para teléfonos fijos y celulares. La próxima vez, obtén este certificado en www.registrocivil.gob.cl.</p>		
		 Víctor Rebolledo Salas Jefe de Archivo General (s) Incorpora Firma Electrónica Avanzada
www.registrocivil.gob.cl		



REPUBLICA DE CHILE

Código Verificación:
2ef65f503f7d



500063389746

CERTIFICADO DE NACIMIENTO

Uso exclusivo para ASIGNACION FAMILIAR

Circunscripción : QUINTA NORMAL
Nro. inscripción : 5.560 Registro : S Año : 1995
Nombre inscrito : CHRISTOPHER NICOLÁS SOTO MAULÉN
R.U.N. : 19.096.722-0
Fecha nacimiento : 5 Noviembre 1995
Sexo : Masculino
Nombre del padre : CRISTIAN FERNANDO SOTO NAVARRO
R.U.N. del padre : 13.044.017-7
Nombre de la madre : CLAUDIA ANDREA MAULÉN GALLARDO
R.U.N. de la madre : 14.564.200-0
* PARA SER PRESENTADO EN INSTITUCIONES PREVISIONALES *

FECHA EMISIÓN: 23 Febrero 2015, 14:57.

Certificado Gratuito
OBS: La hora se incluye respecto de nacimientos inscritos con comprobante de parto desde el año 2000 a la fecha

Verifique documento en www.registrocivil.gob.cl o a nuestro Call Center 600 370 2000, para teléfonos fijos y celulares. La próxima vez, obtén este certificado en www.registrocivil.gob.cl.



Timbre electrónico SRCel



Victor Rebolledo Salas
Jefe de Archivo General (s)
Incorpora Firma Electrónica Avanzada

ANEXO N° 2: Recurso de protección Rol 34.545-2013 Corte de Apelaciones

clde

SECRETARÍA ESPECIAL

Materia: Acción de protección
Recurrente: Francisco Esteban Sabá Catalán
N° de C.I.: 19.364.586-5
Domicilio: COMERCIO N° 6
Recurrido: Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional
Representado por: Christopher Nicolás Soto Maulén.
N° de C.I.: 19.096.722-0
Domicilio: Arturo Prat #33, Santiago de Chile.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO
N° ING: Protección-3645-2013
N° Tomo: 3001
FECHA: 21/06/2013 HORA: 01:22 :CASTO551
RECURSO: Protector-Proteccion
ROL: 36545
TRIBUNAL:
193645201300130

EN LO PRINCIPAL: Recurre de protección. **PRIMER OTROSÍ:** Orden de no innovar. **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentación.

ITMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

FRANCISCO ESTEBAN SABÁ CATALÁN, N° de C.I. 19.364.586-5, chileno, estudiante secundario, domiciliado en calle COMERCIO N° 6089, CERRILLOS, STGO. a US. Itma., con respeto digo;

Que vengo en interponer dentro del plazo acción de protección en contra del TRIBUNAL DE ALUMNOS DEL INSTITUTO NACIONAL, representado por su presidente CHRISTOPHER NICOLÁS SOTO MAULÉN, N° de C. I. 19.096.722-0, chileno, estudiante secundario, domiciliado en calle Los Retamos N° 1049, Lo Prado, Santiago de Chile, por encontrarse mi representado afectado en sus derechos fundamentales especialmente tutelados en el artículo 19, numerales 2º, 3º inciso quinto y 4º, los cuales han sido perturbados conforme detallaré a continuación. Es por ello que solicito a esta Itma. Corte que adopte las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección, con urgencia y máxima celeridad posible, en virtud de los antecedentes de hecho y de derecho que a continuación expongo.

1. Antecedentes.

Con fecha 31 de mayo de 2013 recibí de manos de Gabriel Ignacio Alcayaga Inostroza un documento mediante el cual se me "notifica" que he sido "condenado" por dicho Tribunal, luego de que se realizara una investigación en mi contra. La condena consiste en que quedo

inhabilitado para ejercer cargo alguno dentro del Centro de Alumnos del Instituto Nacional por un plazo de dos meses.

De la misma forma, el día 1º de junio del corriente, se publicó en la cuenta de la red social "facebook" del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional, que presumo administrada por Christopher Nicolás Soto Maulén, una publicación en donde se comunica que soy sancionado con una inhabilidad de dos meses para ejercer cargos en el Centro de Alumnos y que deberé entregar "disculpas públicas" conforme lo señale dicho tribunal estudiantil. Asimismo, se señala que esta parte fue "notificada" de la sanción.

Finalmente, el día 6 de junio del año en curso, el Tribunal de Alumnos "notificó" al Secretario de Actas del Centro de Alumnos, Diego Alonso Lisoni Caro, de la sanción aplicada a esta parte recurrente, para su registro en el libro de Actas del Centro de Alumnos.

En los párrafos sucesivos pasaré a detallar en primer lugar el contexto de los hechos acaecidos y que motivan la presente acción de protección, en segundo lugar, todos los antecedentes que esta parte maneja acerca del presunto "proceso investigativo", para finalmente demostrar que el procedimiento realizado por el recurrido es ilegal y arbitrario, y conculca mis derechos constitucionales, según se detallará en lo sucesivo.

a) Soy integrante para el año 2013 de la mesa directiva del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, entidad que agrupa a todos los estudiantes del Instituto Nacional, conforme lo establece el decreto Nº524 de 1990 del Ministerio de Educación y los estatutos de la organización, dictados el año 1996. Fui electo el año 2012 para el cargo de Vicepresidente de dicha organización, luego de elecciones generales del alumnado, conforme lo señalan el citado decreto y los estatutos de la organización. El proceso fue en absoluto regular y los integrantes de la mesa directiva del Centro de Alumnos asumimos nuestras funciones de manera regular, conforme lo establecen las dos disposiciones citadas. Acompaño documentación que acredita lo expuesto. No obstante lo anterior, el hecho de que integro la Directiva del Centro de Alumnos como Vicepresidente es un hecho de público conocimiento dentro del establecimiento educacional, y así se me reconoce por parte de mis pares, incluyendo a la parte recurrida.

b) De la misma forma, el Tribunal de Alumnos se encuentra conformado por un estudiante en representación de cada nivel escolar del establecimiento, contabilizando 6 integrantes en total, los cuales fueron elegidos por el Consejo de Delegados de Curso. El procedimiento de elección fue regular, y los integrantes del Tribunal asumieron sus cargos conforme lo establece el estatuto. Internamente, el Tribunal de Alumnos elige a un Presidente y un Secretario, resultando electo el estudiante Christopher Nicolás Soto Maulén como Presidente y Gabriel Ignacio Alcayaga Inostroza, como Secretario. Se acompaña

documentación que acredita lo expuesto. No obstante lo anterior, no existe disputa sobre la conformación del Tribunal de Alumnos, pues tanto esta parte recurrente, como la parte recurrida lo reconocen así.

c) El día 22 de abril de 2013, un estudiante, que solicitó al Tribunal de Alumnos el “resguardo de su identidad”, presentó una denuncia por “uso de facultades indebidas” por parte de quien ante Us. ltma recurre, el Vicepresidente del Centro de Alumnos. Del mismo modo, el día 4 de mayo de 2013 el estudiante Luis Fontecilla Pizarro presentó una denuncia ante el mismo Tribunal por “no tomar en cuenta la opinión de los alumnos de 7º, 8º y 1º y “negarles” la posibilidad de hacer una asamblea un día y a una hora determinada”.

d) Es necesario tener en cuenta que el Estatuto del Centro de Alumnos, en su artículo 5º, nº 6 establece: “El reglamento interno del Centro de Alumnos del Instituto Nacional asegura: El derecho de cualquier institutano¹ a denunciar al Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional, por medio de un informe escrito, cualquier irregularidad en las actuaciones del C.A.I.N.”, asimismo, el artículo 42º dispone que “1. Cualquier Alumno del Instituto Nacional podrá denunciar alguna irregularidad en el cumplimiento del presente estatuto y de los acuerdos y convenios elevados por el C.A.I.N. y que estén vigentes; lo cual deberá presentar por escrito al secretario de T.A.I.N. Siendo deber del secretario solicitar la información y firma del denunciante, protegiendo su identidad si es necesario. 2. El T.A.I.N. deberá investigar y analizar la situación y elaborar un informe sobre dicho problema; en un plazo no mayor a siete días hábiles y proponer las medidas que estime convenientes. 3. El proceso se llevará a cabo de la siguiente manera: El T.A.I.N. deberá investigar y analizar la situación y elaborar un informe, que será comunicado al afectado, el que podrá hacer sus descargos. De no hacerlo se entenderá que renuncia a tal recurso; tras ello se emitirá un fallo de primera instancia en un plazo no mayor a siete días hábiles, el cual podrá ser sometido a apelación en un plazo no mayor a cinco días hábiles al T.A.I.N. En caso de acogerse la apelación, el T.A.I.N. deberá entregar un fallo de segunda instancia e inapelable, que deberá ser publicado en el panel del C.A.I.N. y llamar a CO.DE.CU. para comunicar dicho fallo. 4. Toda sanción debe ser registrada por el Secretario de Actas del C.A.I.N. 5. Las sanciones que se apliquen no podrán significar en ningún caso la exclusión del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, TRICEL, T.A.I.N. y/o CO.DE.CU., pero si pueden afectar a algún miembro de estos organismos.

e) El Tribunal de Alumnos recepcionó ambas acusaciones, se ignora si cumplieron con el requisito de solicitar la información y firma de los denunciantes. De lo que sí tiene certeza esta parte, es que el Tribunal de Alumnos no elaboró un informe para comunicárselo al

¹ Estudiante del Instituto Nacional.

afectado, pues el secretario de TAIN, Gabriel Alcayaga, se limitó a enviarme copia de la denuncia presentada por el estudiante Fontecilla el día 5 de mayo y el día 7 de mayo se me mostró la segunda acusación, a la cual saqué copia fotográfica, para efecto de tener conocimiento de su contenido.

f) Esta parte desde un principio desestima la acusación, pues; del examen del Decreto Nº524 del Ministerio de Educación se concluye que en él solo se dispone que cada Centro de Alumnos deberá dictar un reglamento en el cuál se establezcan los mecanismos, procedimientos, causales y medidas disciplinarias que les fueren aplicables a los miembros del Centro de Alumnos; y del examen de los estatutos del Centro de Alumnos se concluye que en él solo fueron establecidos mecanismos y procedimientos para ejercer la acción fiscalizadora, pero no existen pautas objetivas para ejercer la potestad disciplinaria, ni que señalen cuáles son las conductas reprochables, ni una escala gradual de sanciones aplicables, ni el procedimiento a seguir para establecerlas y el órgano jurisdiccional competente, no pudiendo ser suplida tal normativa por los acuerdos que adopte el Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional, por cuanto el Decreto Nº524 ha asignado dicha labor a todos los integrantes del Centro de Alumnos, mediante un procedimiento establecido en dicho cuerpo legal.

g) No obstante esta parte no reconoce jurisdicción al Tribunal de Alumnos, por carecer el estatuto de las directrices para llevar adelante un procedimiento racional y justo, y pautas objetivas de juzgamiento, evaluación de la prueba y sanciones asociadas a las conductas reprochables, y no obstante el Tribunal de Alumnos incumplió las disposiciones estatutarias, que establecen que se debe presentar un informe escrito al afectado, esta parte se allanó en presentar descargos, para terminar con tan absurdo incidente.

h) Esta parte respondió al Tribunal de Alumnos ambas acusaciones, solicitando en lo principal, que se desestimara o reformulara la acusación, explicando adecuadamente primero que el Tribunal de Alumnos incumplía gravemente las normas procesales estatutarias, pues no se realizó una investigación previa, ni se entregó un informe al afectado, y en subsidio, solicitó que se desestimara y rechazara la acusación, pues esta parte controvertió los hechos imputados por la contraparte, presentando para ellos diversos medios probatorios, y demostrando que no resulta plausible en términos lógico racionales tener por ciertas las acusaciones de la contraparte y explicó adecuadamente que los acusadores no indican situaciones que a la luz del derecho puedan constituir infracción a las disposiciones estatutarias, junto con dejar en claro que el estatuto no describe adecuadamente acciones reprochables o sancionables, ni sanciones asociadas a acciones de esta parte, por lo que el Tribunal no puede sino desestimar el continuar con tan absurdo proceso.

Ambas respuestas, que se acompañan a este escrito, fueron entregadas al secretario del Tribunal, Gabriel Alcayaga, el día 10 de mayo.

i) No obstante esta parte hizo presente al Tribunal de Alumnos que el procedimiento instituido es ilegal y arbitrario, y además no se adecua a las disposiciones estatutarias, el día 31 de mayo de 2013, 7 días hábiles después de cumplido el plazo establecido estatutariamente para que el Tribunal de Alumnos revise la respuesta del acusado y entregue un fallo de primera instancia, se me hizo entrega de un documento escrito en una hoja de cuaderno universitario, en donde se me comunicaba que era sancionado *"con una inhabilidad de dos meses para ejercer cargos en el Centro de Alumnos"*. La sentencia del Tribunal de Alumnos adolece de los considerandos para llegar a tan drástica determinación, así como referencia alguna a disposición estatutaria, ni referencia al proceso investigativo realizado, ni que criterios se tuvieron en cuenta para examinar los medios probatorios, en definitiva, solo se establece dicha sanción, lo que a todas luces violenta el imperio del derecho, y se constituye en un acto completamente ilegal y arbitrario.

j) El día 1º de junio, a las 01:12 hora local, fue realizada una publicación en la página de la red social *"facebook"* de nombre *"Tribunal de Alumnos Instituto Nacional"*, en donde se indica: *"El Tribunal de Alumnos, con respecto a la denuncia del actual vice-presidente del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, determina lo siguiente: Luego de una completa investigación realizada en base a pruebas presentadas, y declaraciones tomadas, se analizó la situación y se llegó a la resolución de que la penalización pertinente a Francisco Sabá Catalán, es la inhabilitación de ejercer cualquier cargo por un periodo de 2 meses, además de una disculpa pública, que el Tribunal de Alumnos escribirá para que éste aclare las hechas ocurridos. Cabe destacar que a Francisco Sabá ya se le notificó su sanción"*. Dicha publicación agrava la situación, debido a que se afecta la honra de esta parte recurrente, pues se me presenta como alguien que amerita una *"penalización"* y por tanto culpable de haber realizado alguna/s conducta/s reprochable/es.

k) Para seguir agravando la situación, el Tribunal citó a un Consejo de Delegados de Curso para el día 5 de junio, con el objeto de comunicar la sentencia condenatoria, hecho que es completamente arbitrario de parte del Tribunal de Alumnos, pues el estatuto establece que el afectado puede apelar en un plazo de cinco días hábiles a la sanción impuesta, tras lo cual, recién, el Tribunal de Alumnos debe publicar un fallo de segunda instancia e inapelable y comunicarlo al Consejo de Delegados de Curso. Esta actitud agrava la situación anterior, pues el Tribunal de Alumnos cita a un Consejo sin tener la facultad estatutaria para hacerlo, y en donde se comunica un fallo arbitrario, menoscabando al recurrente frente a todos los delegados de curso.

l) Finalmente, el viernes 7 de junio el Tribunal de Alumnos entrega el fallo al Secretario de Actas del Centro de Alumnos, para su registro, y hace público a través de su página en la red social "facebook" el "informe" en virtud del cual se condena a esta parte recurrente a las penas antes descritas, el cual no contiene un detalle de la investigación realizada, ni las consideraciones de hecho y derecho que motivan la condena.

2. Del Derecho.

Ahora, refiriéndonos al Derecho, es menester que Us. Iltra. tenga en consideración lo siguiente:

- Que la existencia de los Centros de Alumnos es regulada a nivel reglamentario por el Decreto del Ministerio de Educación N°524, del 11 de mayo de 1990, modificado por el Decreto N°50 del mismo Ministerio, del 21 de junio de 2006.
- Que dicho Decreto, que fija el *"Reglamento General de organización y funcionamiento de los Centros de Alumnos de los establecimientos educacionales segundo ciclo de enseñanza básica y enseñanza media, reconocidos oficialmente por el Ministerio de Educación"*, establece en su artículo 12 que *"cada Centro de Alumnos deberá dictar un reglamento interno de funcionamiento, el que deberá ser revisado anualmente, debiendo considerar y resolver los aspectos que a continuación se mencionan: f) Mecanismos, procedimientos, causales y medidas disciplinarias que les fueren aplicables a los miembros del Centro de Alumnos."*
- Que el estatuto del Centro de Alumnos fue redactado durante el año 1995 y entró en vigencia el año 1996 y no ha sido revisado en ninguna oportunidad, así como tampoco se le han efectuado enmiendas. En muchos pasajes es contrario a las disposiciones del Decreto N°524 y no ha sido reducido a escritura pública en ninguna oportunidad. En dependencias del Centro de Alumnos se ha guardado una copia fiel del estatuto, existiendo también múltiples copias en posesión de los estudiantes, todas las cuales no obstante son idénticas. El estatuto se encuentra asimismo digitalizado y disponible en el sitio web del Centro de Alumnos, para su libre descarga y conocimiento. No existe controversia entre las partes sobre el texto auténtico del estatuto, que se acompaña a este escrito para vuestro conocimiento.
- Que el estatuto del Centro de Alumnos, si bien establece un procedimiento relativamente claro de cómo deben ser llevadas las investigaciones de parte del Tribunal de Alumnos, no establece pautas objetivas, no establece que conductas son

susceptibles de sanción, no establece una escala gradual de sanciones, ni el procedimiento para calificar una conducta como reprochable.

- Asimismo, tampoco faculta a órgano alguno para determinar que conducta es sancionable, ni para crear pautas de examen de la prueba, ni pautas objetivas de investigación, ni para modificar o ampliar los plazos establecidos estatutariamente.

3. Proceso ilegal y arbitrario.

El procedimiento instaurado en contra del recurrente es ilegal porque atenta contra principios fundantes de nuestro ordenamiento jurídico, como es el debido proceso, la igualdad ante la ley y el derecho a ser juzgado por un tribunal que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración de un hecho y no por comisiones especiales. La Constitución Política de la República establece en su artículo 6º que *"los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo"*. Por lo cual el Tribunal de Alumnos debe obrar en todos sus actos respetando las disposiciones constitucionales. El principio de supremacía constitucional debe aplicarse a todo grupo intermedio, pues el legislador no ha señalado que este principio rija solo para aquellas organizaciones formadas por chilenos mayores de edad o que cumplan con alguna clase de requisito o condición.

La Constitución, asimismo, establece en su artículo 7º, inciso segundo que *"ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes"*. Nuevamente el Tribunal de Alumnos incumple disposiciones constitucionales y quebranta el imperio del derecho, pues se arroga la facultad de crear sanciones que no estaban reglamentadas, de calificar como reprochables conductas que no estaban establecidas previamente por cuerpo legal alguno, y de instituir un proceso con plazos y requisitos inventados ad hoc para juzgar a esta parte recurrente.

El proceso llevado a cabo por el Tribunal de Alumnos es completamente arbitrario, pues no se hace referencia a disposición estatutaria alguna, no se evalúan adecuadamente los medios probatorios y se resuelve en base a criterios que no se encuentran establecidos ni legal, ni estatutariamente.

A mayor abundamiento, el Artículo 19 nº3 de nuestra carta fundamental, establece en su inciso sexto y siguientes: *"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La ley no"*

podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona en ella esté expresamente descrita en ella;" "El debido procedimiento jurídico es un principio general del Derecho, compuesto a su vez por una serie de principios de los que emanan diversos derechos o facultades. Esos principios que conforman el debido procedimiento jurídico, fueron expresados por los romanos bajo la fórmula de aforismos o máximas vigentes hasta hoy, y se encuentran recogidos por gran parte de los textos constitucionales del mundo"². En este caso, los principios pasados a llevar por el Tribunal de Alumnos son: "El derecho a no ser privado ni limitado en ningún derecho fundamental. Sino de acuerdo a un proceso racional y justo. El derecho a un juez imparcial. El derecho a probar la veracidad de lo dicho ante un tribunal. El derecho a la presunción de inocencia. El derecho a que toda sentencia o resolución de un tribunal u otro órgano que ejerza funciones jurisdiccionales, deba estar debidamente fundada. El derecho a que se observen los principios que limitan la potestad sancionadora del Estado: irretroactividad y tipicidad."³

Si bien la enumeración no es taxativa, la sanción adoptada por el Tribunal de Alumnos es manifiestamente contraria a los principios que establecen el debido proceso jurídico.

4. Privación de garantías constitucionales.

A quedado de manifiesto que el acto cometido por el Tribunal de Alumnos es ilegal y arbitrario, ahora demostraremos como de dicho acto se sigue una privación, perturbación y amenaza de los derechos constitucionales de esta parte recurrente, especialmente tutelados por el artículo 20 de la carta fundamental;

Artículo 19

La constitución asegura a todas las personas:

2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

² Bronfman Vargas, Alan; Martínez, José Ignacio; Nuñez Poblete, Manuel. Constitución Política Comentada. Parte Dogmática, Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Abeledo Perrot. Santiago. Febrero de 2012.

¹ Ed. Pags. 108 y 109.

³ ídem.

La sentencia emitida por el Tribunal de Alumnos, y que sanciona al agraviado, se sustenta implícitamente en considerar las acusaciones de la contraparte como verdaderas, sin explicar detalladamente por qué dicho tribunal llega a la convicción suficiente para considerarlas de dicha manera y desechar los hechos expuestos en defensa del agraviado, lo cual constituye una desigualdad arbitraria toda vez que se consideran los dichos de la contraparte como verídicos, por el solo hecho de ser manifestados, y se reputan como falsos los hechos expresados por esta parte recurrente, sin considerar los medios probatorios presentados, ya sea testimoniales, como materiales, y que avalan en todas sus partes las declaraciones efectuadas por esta parte recurrente y que constituyen la teoría del caso presentada ante dicho Tribunal.

Ahora, es menester que US. Itma. tenga en consideración que la carta fundamental establece en el artículo citado una igualdad de carácter formal, que supone que todos deben ser tratados de la misma manera, lo que implica que ni el legislador, ni persona alguna pueden establecer diferencias arbitrarias o carentes de razonabilidad, supuesto que en este caso ha sido ignorado por el Tribunal de Alumnos a la hora de realizar el "proceso investigativo" y sancionar a esta parte.

El hecho de que el Tribunal de Alumnos, para dictar la sentencia que motiva esta acción de protección, ha actuado estableciendo una diferencia arbitraria, es a todas luces manifiesto, pues ni siquiera aclaran en su "fallo" qué criterio utilizaron para evaluar la prueba, lo que constituye a todas luces una arbitrariedad de la que se deriva una diferencia arbitraria en el trato que deberían a dar a esta parte.

Artículo 19

La constitución asegura a todas las personas:

3º. Inciso quinto. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales está estrechamente relacionado con el derecho al debido proceso, y así ha sido entendido por la Corte Suprema, y por la doctrina, toda vez que cuando una persona es juzgada por una comisión especial, o una comisión especial participa de un proceso, ya sea fijando penas, normas procesales o de cualquier índole, se incumple el derecho al debido proceso. Así mismo, cuando no se lleva adelante un debido proceso, usualmente se produce porque el juez o quien ejerce la potestad sancionadora se constituye para algunos efectos como comisión especial y no respeta la normativa existente.

En el caso que nos compete, del examen del estatuto del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, y de otras normas aplicables, se concluye que si bien dicho estatuto faculta al Tribunal de Alumnos para *"fiscalizar las actuaciones del gobierno estudiantil"*, no establece reglas objetivas que señalen cuales son las conductas reprochables, la escala gradual de sanciones aplicables, el procedimiento a seguir para establecerlas y el órgano jurisdiccional competente, y dicha normativa no puede ser suplida por los acuerdos del Tribunal de Alumnos.

El Tribunal de Alumnos se constituye en una Comisión Especial, pues sus integrantes diseñan a su arbitrio el procedimiento a aplicar al recurrente, así como la forma de rendir las pruebas, los criterios de evaluación (aunque, como ya se demostró, estos son inexistentes), las sanciones y los plazos para llevar a cabo esto, todo lo anterior sin mencionar disposición legal o estatutaria alguna, de lo que se puede razonablemente concluir que los integrantes del TAIN se atribuyen facultades que no les fueron expresamente conferidas por norma alguna, y actúan al margen de sus atribuciones *"fiscalizadoras"*, actuando como cuerpo *"legislativo"* o como *"asamblea general"*, pues el decreto N° 524 concede expresamente a la Asamblea General, conformada por todos los estudiantes del Centro de Alumnos, la facultad de establecer los *"Mecanismos, procedimientos, causales y medidas disciplinarias que les fueren aplicables a los miembros del Centro de Alumnos."*, como quedó claramente manifestado en el capítulo 2 de este escrito.

La Corte Suprema recoge esta idea en la sentencia de la causa ROL N° 19.707, del caso caratulado *"Vásquez Schroder con Directorio de la Federación Deportiva de Ajedrez de Chile"*, del 29 de septiembre de 1992, pues atribuye al Directorio de dicha Federación el carácter de Comisión Especial, al haber sancionado con la medida de suspensión para participar en torneos a uno de sus asociados, sin que hubiese existido un procedimiento disciplinario preestablecido.

Al respecto, en el considerando sexto la Corte señala: *"Que del examen de los estatutos de la federación se concluye que en él solo se contienen normas referidas a medidas disciplinarias a aplicar o las Asociaciones que la integran, pero sin que existan pautas para ejercer el derecho disciplinario corporativo sobre las personas naturales."* En el considerando séptimo señala: *"Que lo anterior queda corroborado por la simple lectura del auto cabeza del sumario instruido al recurrente, en el cual el Presidente de la Federación – que asume el rol de acusador –, junto con señalar el órgano jurisdiccional, diseña el procedimiento a seguir e indica la sanción a aplicar, todo ello sin la menor referencia a disposición estatutaria alguna;"* En el octavo señala: *Que, en consecuencia, por no haber dictada la Federación los reglamentos que sus propios estatutos prevén – aun cuando el recurrente hubiese incurrido en conductas indebidas que pudiesen haber afectado a los dirigentes y al prestigio de la institución –, no*

pueden ejercer el poder disciplinario, ya que no existen pautas objetivas que señalen cuáles son las conductas reprochables, la escala gradual de sanciones aplicables, el procedimiento a seguir para establecerlas y el órgano jurisdiccional competente, no pudiendo suplir tal normativa los acuerdos adoptados por el Consejo Superior de la Federación, en orden a crear un Tribunal de Disciplina, ya que ellos no configuran un todo estatutario. (...) Finalmente, en su considerando noveno señala: "Que como la hace valer el recurrente, en el presente caso se ha infringido lo dispuesto en el inciso 4 del numeral tercero del artículo 19 de la Carta Fundamental, por cuanto se le instruyó sumario por una comisión especial y se le aplicó una sanción sin que existiera un procedimiento pre-establecido para su juzgamiento;

La sentencia del Caso Vásquez Schroder con Directorio de la Federación de Ajedrez de Chile, que si bien no es vinculante para este caso, señala cual ha sido el camino tomado anteriormente por la Excm. Corte Suprema y por esta ltima. Corte de Apelaciones, y sirve de criterio ilustrativo para el presente caso, pues en dicho caso el Directorio de dicha federación se atribuyó potestad disciplinaria (al igual que el Tribunal de Alumnos), aún cuando los estatutos de dicha federación no consideraban las directrices de un proceso para sancionar a sus integrantes, de la misma forma que en el caso de la sentencia emitida por el Tribunal de Alumnos y que motiva esta acción de protección.

Artículo 19

La constitución asegura a todas las personas:

4º. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

La honra es la *"consideración o estima social que pertenece a un individuo"*. Tiene un componente subjetivo *"estima y respeto de la dignidad propia"* y objetivo, la *"buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito"*.⁴

Producto de la sanción ilegal y arbitraria aplicada a esta parte recurrente, el recurrido perturba el legítimo derecho a protección y respeto a mi honra, toda vez que el hecho de *"haber sido sancionado"* importa un manifiesto menoscabo moral, pues soy visto por la sociedad, por sus compañeros de colegio, familia, profesores, o cualquiera que viere o leyere las publicaciones hechas por el Tribunal, como una persona responsable de haber cometido conductas reprochables.

El Tribunal ha publicitado las sanciones adoptadas en contra del recurrente, mediante la realización de un Consejo de Delegados de Curso y a través de la red social *"Facebook"*, de

⁴ Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española – vigésimo segunda edición.

modo que ha existido una divulgación de la misma, con el consecuente daño moral a la persona de Francisco Sabá.

5. Afectación a la institucionalidad de los Centros de Alumnos y rol educativo y formador de estas instancias.

La sentencia dictada por el Tribunal de Alumnos, junto con importar una vulneración manifiesta y severa del derecho al debido proceso, y privar a esta parte recurrente de derechos consagrados en nuestra carta fundamental y tutelados mediante la acción de protección, marca un nefasto precedente para las organizaciones estudiantiles, en específico para el Centro de Alumnos del Instituto Nacional, dado que esta condena, a todas luces ilegal y arbitraria, marca como jurisprudencia precisamente que se pueden transgredir impunemente los derechos fundamentales, y que un Tribunal Estudiantil puede dictar una sentencia por “*intima convicción*”, sin seguir un debido proceso y permitir al acusado una defensa y una investigación racional y justa. De tolerar esta sentencia, se sigue un daño considerable a la institucionalidad democrática de los Centros de Alumnos, vital en tiempos en los cuales producto de las movilizaciones estudiantiles los roces entre pares, y entre estudiantes y apoderados, profesores y codocentes, se vuelven más ásperos, llegando a lindar con la violencia, ya sea física como verbal, y generando un quebrantamiento del orden institucional.

A mayor abundamiento, esta parte se sirve de tener por acompañados antecedentes que demuestran que el debilitamiento de la institucionalidad democrática de los Centros de Alumnos tiene consecuencias nefastas e indeseables, y que producto de dicho debilitamiento, se generan situaciones conflictivas toda vez que al no existir una institucionalidad reconocida, grupos de estudiantes se arrogan representatividad y generan roces y conflictos internos que pueden derivar en hechos de violencia.

El decreto N°524 del Ministerio de Educación, ya mencionado por esta parte, define en su artículo 1°: *“El Centro de Alumnos es la organización formada por los estudiantes de segundo ciclo de enseñanza básica y enseñanza media, de cada establecimiento educacional. Su finalidad es servir a sus miembros como medio de desarrollar en ellos el pensamiento reflexivo, el juicio crítico y la voluntad de acción, de formarlos para la vida democrática, y de prepararlos para participar en los cambios culturales y sociales”*. Asimismo, en su artículo 2° establece que las funciones del Centro de Alumnos son las siguientes: *“f) Promover el ejercicio de los derechos estudiantiles y de los derechos humanos universales a través de sus organismos, programas de trabajo y relaciones interpersonales”*.

De lo anterior se deduce que el Centro de Alumnos como organización debe tener un rol formador, y claramente la sentencia dictada por el Tribunal de Alumnos importa un retroceso con respecto al rol de los Centros de Alumnos, toda vez que queda en el subconsciente colectivo el hecho de que los Tribunales Disciplinarios Estudiantiles pueden aplicar sanciones a los integrantes de los Centros de Alumnos de manera ilegal y arbitraria, violentando los derechos humanos fundamentales recogidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Us. ltma. no puede dejar a esta parte recurrente en la indefensión, toda vez que ello marcaría un oscuro precedente para el futuro, y constreñiría el actuar de las directivas de los Centros de Alumnos. Cabe destacar que los Centros de Alumnos son organizaciones esencialmente autónomas, en la cual no tiene injerencia el Director del Establecimiento, ni las autoridades educacionales superiores, por lo que esta parte de ser rechazada la presente acción, se encontraría en la más absoluta indefensión.

En conclusión;

Estima esta parte que la sentencia de fecha 31 de mayo de 2013, dictada por el Tribunal de Alumnos, y confirmada en numerosas ocasiones por dicho Tribunal, como se detalló en los párrafos precedentes, es manifiestamente ilegal y arbitraria, y que constituye, como se demostró, una clara y manifiesta vulneración a los derechos constitucionales de esta parte, especialmente tutelados por el artículo 20° de nuestra Carta Fundamental, y que además importa un daño considerable a la institucionalidad democrática de los Centros de Alumnos, y a las organizaciones estudiantiles en general, institucionalidad que es vital en estos tiempos para solucionar de manera civilizada y razonable los diversos problemas que se suscitan a raíz de las reivindicaciones estudiantiles.

Por tanto y en mérito de lo establecido en la Constitución Política de la República, Art. 20°, así como en las disposiciones legales y administrativas correspondientes, a saber, Decreto N°524 del Ministerio de Educación, que fija el reglamento general de los Centros de Alumnos, Estatuto del Centro de Alumnos, y demás disposiciones aplicables;

A Us. ltma. pido se sirva tener por interpuesta esta acción de protección en contra del Tribunal de Alumnos, representado por su Presidente Christopher Soto, en los términos expuestos, acogerla a trámite, y en definitiva:

1. Que se declare que la sanción aplicada a esta parte recurrente por el Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional con fecha 31 de mayo de 2013, es nula, y no puede producir efecto jurídico alguno.
2. Que se declare que a partir de ahora, y en adelante, todas las sanciones y procesos llevados a cabo por los tribunales disciplinarios, o aquellos organismos que ejerzan la potestad disciplinaria sobre los integrantes de los Centros de Alumnos, deban ajustarse a las normas emanadas de la Constitución, en lo concerniente a la igualdad ante la ley, al debido proceso, al derecho a oportuna defensa, y a no ser juzgado por comisiones especiales, toda vez que no exista un tribunal estudiantil y que los estatutos no señalen que organismo deba ejercer la potestad reglamentaria.
3. Que se declare que los Centros de Alumnos deben cumplir con las disposiciones del Reglamento General de los Centros de Alumnos fijado por el decreto N° 524, y que deben reformarse sus estatutos de modo que se subsanen las posibles situaciones de "silencio de ley" o "lagunas jurídicas", a fin de que los Centros de Alumnos efectivamente cumplan un rol formador y que se resguarden los derechos constitucionales de sus integrantes.

PRIMER OTROSÍ;

Teniendo presente la naturaleza de la acción, que perturba en lo inmediato los derechos constitucionales de esta parte recurrente, incapacitándole para ejercer su cargo de Vicepresidente del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, y generando con ello perjuicios a la organización, debido a que en estos momentos el establecimiento vive una profunda crisis institucional, por lo que su trabajo es de gran importancia, en aras de acompañar y apoyar al Presidente del Centro de Alumnos y al resto de la Directiva en la conducción democrática de los alumnos del establecimiento, es que se requiere un pronunciamiento con la mayor celeridad posible, a fin de resguardar los intereses de esta parte recurrente, manifestamente transgredidos, y con ello permitir que siga desempeñando su rol, con el objeto de mantener la convivencia democrática al interior del Centro de Alumnos, y de la institucionalidad que hace posible tal convivencia.

Se tienen por acompañados documentos que acreditan la existencia de dicha crisis institucional.

Por tanto,

Ruego a Us. ltma. acceder a lo solicitado, y decretar **Orden de No Innovar**, bajo los términos que esta ltma. Corte señale, a fin de resguardar la institucionalidad mientras se resuelve el asunto expuesto en lo principal.

SEGUNDO OTROSÍ;

A Us. ltma., ruego tener por acompañados los siguientes documentos en forma legal;

1. 1.1. *"Formulario único de postulación elecciones directiva C.A.I.N. 2013"*. 1.2. *"Sentencia de Proclamación del Tribunal Calificador de Elecciones, pronunciada con motivo de las elecciones para elegir Directiva del Centro de Alumnos del Instituto Nacional"*. 1.3. *"Transferencia formal del mando"*. Dichos documentos acreditan que el recurrente es Vicepresidente del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, por elección democrática y ajustada a las normas procesales que establece el decreto N°524 y el estatuto del Centro de Alumnos.
2. Certificado emitido por el Secretario de Actas del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, en donde certifica que los estudiantes identificados por esta parte como Presidente y Secretario del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional efectivamente lo son y fueron elegidos de manera regular conforme al estatuto del Centro de Alumnos. Se manifiesta que existe registro de ello en las actas del Consejo de Delegados de Curso.
3. Fotografía de denuncia presentada por estudiante sin identificar, de fecha 22 de abril de 2013, en contra del recurrente. El original se encuentra o debería encontrar en posesión del Secretario del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional.
4. Denuncia del estudiante Luis Fontecilla Pizarro, de fecha 4 de mayo de 2013, presentada ante el Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional en contra del recurrente. El original se encuentra o debería encontrarse en posesión del Secretario del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional.
5. Respuesta de Francisco Sabá Catalán presentada al Secretario del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional, en respuesta a la denuncia presentada por estudiante sin identificar. El original se encuentra o debería encontrarse en posesión del Secretario del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional.
6. Respuesta de Francisco Sabá Catalán presentada al Secretario del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional, en respuesta a la denuncia presentada por estudiante Luis

Fontecilla. El original se encuentra o debería encontrarse en posesión del Secretario del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional.

7. Estatuto del Centro de Alumnos del Instituto Nacional.
8. Fotografía o "pantallazo" de publicación del sitio en "facebook" del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional, de fecha 1º de junio de 2013, en donde se da cuenta de la "sentencia" en contra del recurrente.
9. Fotografía o "pantallazo" de publicación de fecha 7 de junio del corriente, del mismo sitio individualizado en nº8, en donde se publica un informe que contiene la "investigación" realizada en contra del recurrente. Se acompaña dicho informe en nº 11.
10. "Fallo Tribunal de Alumnos Instituto Nacional Caso: Francisco Sobá Catalán" entregada al recurrente y comunicada para su registro al Secretario de Actas del Centro de Alumnos del Instituto Nacional.
11. Informe "Caso Sobá" emitido y hecho público por el Tribunal de Alumnos a través de su sitio en la red social "facebook".
12. Noticias de medios de comunicación social que dan cuenta: (1) de los efectos perjudiciales que trae consigo la debilitación de la institucionalidad democrática de los Centros de Alumnos dentro de los establecimientos y (2) de la actual crisis que vive el Instituto Nacional.
 - 12.1 Noticia del Diario "La Segunda", titulada "Denuncian violentos infiltrados en tomas de colegios, de fecha 15 de junio de 2013.
 - 12.2 Noticia del Diario Electrónico "La Nación", titulada "Duro Impasse entre apoderados y alumnos en toma del Instituto Nacional, de fecha 12 de junio de 2013.
 - 12.3 Noticia del Diario Electrónico "El Dinamo", titulada "Grupo de apoderados se enfrentó con alumnos en toma del Instituto Nacional", de fecha 12 de junio de 2013.
 - 12.4 Noticia del Diario "La Segunda", titulada "Toma del Instituto Nacional: Apoderados pedirán a la Contraloría "derecho a tener clases"", de fecha 12 de junio de 2013.
 - 12.5 Noticia de "El Mercurio on line (EMOL)" titulada "apoderados encaran a alumnos del Liceo Chileno Alemán ", de fecha 7 de junio de 2013.
 - 12.6 Noticia del Portal Web de Radio Bio Bio, titulada "jóvenes se enfrentan a apoderados al intentar tomarse el Liceo Chileno Alemán de Ñuñoa", de fecha 2 de junio de 2013.
 - 12.7 Noticia de Radio "Cooperativa", titulada "Instituto Nacional: Alumnos postergan votaciones para definir futuro de toma", de fecha 18 de junio de 2013.

12.8 Noticia de Radio "Cooperativa", titulada "amago de incendio movilizó a bomberos al Instituto Nacional", de fecha 18 de junio de 2013.

13. Sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Excm. Corte Suprema de Chile, del caso caratulado "Vásquez Schroder con Directorio de la Federación Deportiva de Ajedrez de Chile. 1992.



Francisco Sabá Catalán

ANEXO N° 3: Resolución que declara admisible el recurso de protección

Foja: 64

Sesenta y Cuatro

C.A. de Santiago

jmf

Santiago, veinticuatro de junio de dos mil trece.

Se declara admisible el recurso.

Proveyendo a fojas 47: a lo principal, pídase informe a la recurrida, quien deberá evacuarlo en el término de **cinco días**, remitiendo a esta Corte, conjuntamente con su informe, todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto que ha motivado el recurso, bajo apercibimiento de aplicar alguna de las sanciones que establece el N°15 del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales. Comuníquese por la vía más rápida. Sin perjuicio, ofíciase. Al Primer Otrosí, **pasen los autos al señor Presidente para los fines que corresponda**. Al segundo otrosí, a sus antecedentes.

N°Protección-36545-2013.

Pronunciada por la **Primera Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la ministro señora Patricia González Quiroz y la abogado integrante señora Paola Alicia Herrera Fuenzalida.

En Santiago, a veinticuatro de junio de dos mil trece, autorizo la resolución que antecede, la que se notifica por el estado diario con esta misma fecha.

A continuación como Presidente me acerqué a Diego Lisoni, Secretario de Actas, para que registrase en sus actas la sanción a la que habíamos llegado como Tribunal, puesto que de esta manera se termina el proceso según el Estatuto.

Por lo tanto puedo decir, con absoluta sinceridad, que el proceso fue totalmente regular y fue realizado según lo dispuesto en el Estatuto.

3.- Es cierto que nuestro Estatuto no posee artículos que señalen cuales son las conductas reprochables ni las sanciones asociadas a estas, pero cabe destacar que el Estatuto también señala que:

"Las sanciones que se apliquen no podrán significar en ningún caso la exclusión del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, TRICEL, T.A.I.N. y/o CO.DE.CU., pero si pueden afectar a algún miembro de estos organismos."

De lo que se puede desprender que la sanción puede ser cualquiera a excepción de la exclusión del Centro de Alumnos Instituto Nacional, TRICEL, T.A.I.N. y/o CO.DE.CU, entendiéndose como Centro de Alumnos Instituto Nacional a la totalidad de los estudiantes que cursan sus estudios en este establecimiento. En otras palabras la sanción puede ser cualquiera siempre y cuando no signifique su expulsión del colegio.

Por otro lado estoy de acuerdo en este sentido con Francisco Sabá, en que no contamos con un estatuto claro respecto a los delitos ni las sanciones asociadas a estos por lo que no podemos trabajar de una manera correcta, pero me gustaría recalcar que la sanción de inhabilitación se ha aplicado anteriormente. Además en ningún momento fue nuestra intención como Tribunal el tomar una decisión injusta, sino todo lo contrario, hicimos nuestro mejor esfuerzo con las pocas herramientas y guías que nos entrega el Estatuto y con el más profundo sentido del deber y de justicia para poder emitir un juicio totalmente justo tanto para el denunciante como para el denunciado.

4.- Francisco Sabá nos acusa de haber afectado su honra al publicar los fallos en "Facebook", lo que me parece totalmente injustificado ya que el dictamen de una sentencia no implica en forma alguna el menoscabo de la honra de una persona. Por otro lado no fue nuestra intención menoscabar su honra y los hechos se expusieron de una manera totalmente objetiva y no diciendo: "lo que hizo Francisco Sabá está mal" o "lo que hizo Francisco Sabá está bien" dejando a los lectores formarse su propio juicio respecto a las denuncias.

5.- Por último se nos acusa de afectar la institucionalidad y se usa como pretexto noticias que no tienen relación con la inhabilitación de Francisco Sabá sino más bien con problemas internos que no fueron provocados por la sentencia de este Tribunal. Además nuestra intención no era destruir o desestabilizar la institucionalidad del Centro de Alumnos sino que todo lo contrario, ya que Francisco Sabá con su proceder como Vice-Presidente desestabilizaba la institucionalidad del C.A.I.N., incluso provocó la renuncia del Presidente del Centro de Alumnos, Tristán André Zamora Riz, es por esto que se decidió que Francisco Sabá debía ser inhabilitado por dos meses, buscando en todo momento

reestablecer la institucionalidad que se había perdido por sus malas prácticas como Vice-Presidente. Todo esto no lo digo de manera personal ni arbitraria sino que lo hago respaldado por la investigación y por las diversas declaraciones que tomamos, así como por el resto del Tribunal de Alumnos.

Por último me gustaría pedir las disculpas pertinentes por la falta de pruebas, pero la verdad es que no tengo los medios ni los recursos para poder escanear las denuncias, los informes y otros documentos.

Esperando su comprensión se despide afectuosamente;

Christopher Nicolás Soto Maulén,
Presidente del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional.

ANEXO N° 5: Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago

Foja: 82

Ochenta y Dos

Santiago, ocho de octubre de dos mil trece.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que, a fojas 47, recurre de protección, don Francisco Esteban Saba Catalán, en contra del Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional, representada por su presidente don Christopher Nicolás Soto Maulen, por los actos ilegales y arbitrarios de que fuera víctima, en su calidad de vicepresidente de la mesa directiva del Centro de Alumnos, afectando sus derechos tutelados en el artículo 19 N°s 2, 3 inciso 5 y 4° de la Constitución.

Refiere que el Tribunal de alumnos se encuentra conformado por un estudiante en representación de cada nivel escolar, del establecimiento, contando con 6 integrantes en total, los cuales fueron elegidos por el Consejo de Delegados de Curso.

Funda su recurso expresando que con fecha 31 de mayo de 2013, recibió de manos de Gabriel Alcayaga, secretario del Centro de alumnos, un documento por el que se le notifica que ha sido condenado por dicho tribunal, luego que se realizara una investigación en su contra. La referida condena consistiría en que queda inhabilitado para ejercer cargo alguno dentro del Centro de Alumnos del Instituto Nacional por un plazo de 2 meses. Con fecha 1° de junio del 2013, se publicó en la página de “facebook” de la recurrida, informándose que será sancionado con una inhabilidad de 2 meses para ejercer cargos en el Centro de Alumnos y que deberá entregar disculpas públicas.

Finalmente el día 6 de junio de 2013, el Tribunal de alumnos notifico al secretario de actas del Centro de Alumnos, de la sanción para su registro en el libro de Actas del Centro de Alumnos.

La sanción se habría impuesto porque con fecha 22 de abril de 2013, un estudiante, que solicito al tribunal de alumnos el resguardo de su identidad, presento una denuncia por uso de facultades indebidas, asimismo el día 4 de mayo otro alumno, presento una denuncia por no tomar en cuenta la opinión de alumnos de 7º, 8º y 1º, negándoles la posibilidad de realizar una asamblea.

Agrega que del examen de los estatutos del Centro de Alumnos, solo se establecieron mecanismos para ejercer la acción fiscalizadora , pero no existen pautas objetivas para ejercer la potestad disciplinaria, no se señala la conducta reprochable, ni una escala de sanciones aplicables, ni el procedimiento a seguir para establecerlas, y el órgano competente. No reconociendo por parte del recurrente jurisdicción alguna al Tribunal de alumnos. No obstante se les hizo presente que el procedimiento era ilegal y arbitrario, y además no se adecua a las disposiciones estatutarias, el día 31 de mayo se le hizo entrega de una hoja señalando que era sancionado con una inhabilidad de 2 meses para ejercer cargos en el Centro de Alumnos, sin explicar el porqué de la sanción.

Posteriormente se publicó dicha sanción en la página de Facebook y se dio a conocer a los delegados de curso sin que hubiera transcurrido el plazo de apelación.

Solicita que se declare que la sanción aplicada a esa parte por el Tribunal de Alumnos es nula y no puede producir efecto jurídico alguno. Que se declare que a partir de ahora y en adelante las sanciones y procesos llevados a cabo por los tribunales disciplinarios o aquellos organismos que ejerzan potestad

disciplinaria sobre los integrantes de los Centros de Alumnos, deban ajustarse a las normas emanadas de la Constitución. Que se declare que los Centros de alumnos deben cumplir con las disposiciones del Reglamento General de los Centros de Alumnos, debiendo reformar sus estatutos de modo que se subsanen las posibles situaciones de silencio de ley.

2°.- Que a fojas 80, se hace efectivo apercibimiento en contra de la recurrida y se prescinde del mismo, por no haberlo suscrito dentro de plazo.

No obstante lo anterior la recurrida informa, a fojas 70, que se solicitó la firma a ambos denunciantes, y la impresión de huellas dactilares en las respectivas denuncias. El proceso se llevo a cabo en la forma que el estatuto lo señala, elaborándose un informe al respecto y tomándose las respectivas declaraciones.

El informe se le dio a conocer al recurrente de manera verbal, lo que no constituye una falta estatutaria, ya que si bien el estatuto señala que el referido informe debe darse a conocer al afectado no especifica el modo de hacerlo.

Refiere la recurrida que se estableció un fallo de 1º instancia, el cual fue apelado por el recurrente, por lo que se investigó nuevamente en cuanto a lo señalado por Francisco Saba, respecto a la nueva investigación deliberaron los 7 integrantes del Tribunal y se estableció luego de una votación, la sanción referida por el recurrente.

El proceso fue totalmente regular y fue realizado según lo dispuesto en el estatuto.

Si bien el estatuto no señala las conductas reprochables ni las sanciones asociadas, refiere que según el referido estatuto en ningún caso se puede

excluir del Centro de Alumnos, TRICEL, T.A.I.N y /o CO.DE.CU., pero si pueden afectar a algún miembro de estos organismos. Por lo que la sanción puede ser cualquiera a excepción de la exclusión señalada.

Con respecto a la publicación en Facebook, es injustificada ya que la sanción se expuso de manera objetiva.

Por ultimo se excusa por no acompañar los antecedentes pero manifiesta carecer de los recursos necesarios para acompañarlos.

3°.- Que de los antecedentes acompañados por el recurrente y del estatuto del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, no aparece que se vulneren los derechos constitucionales que invoca el recurrente por no que se rechazará el presente recurso.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza** el recurso deducido a fojas 47 por don Francisco Esteban Saba Catalán.

Regístrese, comuníquese y archívese, si no se apelare.

Rol Corte N° 36545-2013

**ANEXO N° 6: Recurso de apelación, Rol de ingreso a Corte Suprema 16.601-
2013**

SECRETARÍA ESPECIAL

Materia: Protección No ISAPRE.
Recurso: Apelación contra sentencia dictada por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago.
Rol: Protección – N° 36.545/2013.
Recurrente: Francisco Esteban Sabá Catali;
N° de C.I.: 19.374.586-5
Domicilio: Comercio #6089, Cerrillos, Sa
Recurrida: Tribunal de Alumnos del Insti
Representado por: Christoph
N° de C.I.: 19.096.722-0
Domicilio: Arturo Prat #33, Santiago de Chile.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO
N° ING: 36545-2013 FOLIO: 423314
FECHA: 15/10/2013
LIBRO: Protección
HORA: 12:58 CASTGGCP
Escrito: Recurso vista c.s.

EN LO PRINCIPAL: Recurre de apelación. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FRANCISCO ESTEBAN SABÁ CATALÁN, N° de C.I. 19.374.586-5, chileno, estudiante secundario, domiciliado en calle Comercio #6089, Cerrillos, Santiago de Chile, a US. Excma., con respeto digo;

Que vengo en interponer dentro del plazo recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha ocho de octubre de dos mil trece, en causa N°36.545, entre esta parte y el **TRIBUNAL DE ALUMNOS DEL INSTITUTO NACIONAL**, representado por su presidente **CHRISTOPHER NICOLÁS SOTO MAULÉN**, N° de C. I. 19.096.722-0, chileno, estudiante secundario, domiciliado en calle Los Retamos N° 1049, Lo Prado, Santiago de Chile, por encontrarme afectado en mis derechos fundamentales especialmente tutelados en el artículo 19, numerales 2º, 3º inciso quinto y 4º, los cuales han sido perturbados conforme se detalla en el expediente de la causa. Es por ello, que solicito a US. Excma que revoque la sentencia dictada por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, y en su reemplazo acoja lo pedido por esta parte, conforme a los argumentos de hecho y de derecho que a continuación se detallan.

108
Cecilio Ochoa

Los antecedentes que motivaron la acción de protección deducida por esta parte recurrente con fecha veintiuno de junio de dos mil trece y acogida a trámite con fecha veinticuatro de junio, por resolución de la primera sala de la ltma. Corte de Apelaciones, se encuentran contenidos en el escrito ingresado en dicha ocasión, el cual acompaño para constancia de US. Excma.

En dicho escrito se desarrollan de forma clara y acuciosa los hechos que motivan la acción de protección deducida, se señala por qué dichos hechos constituyen actos ilegales y del todo arbitrarios, y en concreto se explica claramente como los actos realizados por la recurrida conculcan los derechos de esta parte debidamente garantizados por nuestra carta fundamental, en su artículo 19, numerales 2do, 3ro inciso quinto y 4to.

Los hechos expuestos por esta parte recurrente se encuentran respaldados por una serie de documentos que esta parte acompañó al escrito principal.

No obstante esta parte desarrolló de forma clara los hechos, señalando la manifiesta y clara conculcación de derechos fundamentales por parte de la recurrida, respaldando adecuadamente lo dicho, y señalando además jurisprudencia de esta Excma. Corte que acoge la teoría desarrollada por esta parte, la Corte de Apelaciones no acogió la acción deducida, argumentando que "de los antecedentes acompañados por el recurrente y del estatuto del Centro de Alumnos del Instituto Nacional, no aparece que se vulneren los derechos constitucionales que invoca el recurrente por no que se rechazará el presente recurso."

Al respecto, esta parte solicita a US. Excma. que aprecie los antecedentes aportados por esta parte de forma adecuada, ciñéndose a las reglas de la sana crítica a que hace referencia el *Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales*, de acuerdo a las cuales se deben apreciar los antecedentes de acuerdo a las reglas de la lógica, del conocimiento científicamente afianzado y a las máximas de la experiencia.

En el escrito se desarrolla claramente como el Tribunal de Alumnos realiza un proceso completamente desapegado a las disposiciones estatutarias, creando pautas de juzgamiento y atribuyéndose potestades que no le son propias en virtud a lo señalado por el Decreto N°524 del Ministerio de Educación, que establece el reglamento general de centros de alumnos; como el tribunal de alumnos adopta sanciones que no se encuentran reconocidas en cuerpo legal ni



109
Acuerdo my

reglamentario alguno, por conductas que no están adecuadamente descritas, y en un proceso con plazos propios, desapegados a los que establece el estatuto del Centro de Alumnos.

Los hechos señalados por esta parte recurrente son controvertidos en el informe de la recurrida (el cual fue declarado como no presentado, por adolecer de firma), pero los dichos expresados por la contraparte no son respaldados de forma alguna, y no pueden ser tenidos por ciertos, pues se basan exclusivamente en las declaraciones de la contraparte y no tienen respaldo en medio probatorio alguno, que pueda ser apreciado conforme a las reglas de la sana crítica (a diferencia de esta parte, que sí respalda adecuadamente sus afirmaciones).

Por tanto y en mérito de lo establecido en la Constitución Política de la República, Art. 20°, en el Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, así como en las disposiciones legales y administrativas correspondientes, a saber, Decreto N°524 del Ministerio de Educación, que fija el reglamento general de los Centros de Alumnos, Estatuto del Centro de Alumnos, y demás disposiciones aplicables;

A Us. Excmá, pido se sirva tener por interpuesto este recurso de apelación contra la sentencia individualizada, acogiendo lo solicitado en la parte petitoria de la acción de protección deducida a fs. 47, revocando la sentencia de primera instancia, restableciendo el imperio del derecho, y en definitiva:

1. Que se declare que la sanción aplicada a esta parte recurrente por el Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional con fecha 31 de mayo de 2013, es nula, y no puede producir efecto jurídico alguno.
2. Que se declare que a partir de ahora, y en adelante, todas las sanciones y procesos llevados a cabo por los tribunales disciplinarios, o aquellos organismos que ejerzan la potestad disciplinaria sobre los integrantes de los Centros de Alumnos, deban ajustarse a las normas emanadas de la Constitución, en lo concerniente a la igualdad ante la ley, al debido proceso, al derecho a oportuna defensa, y a no ser juzgado por comisiones especiales, toda vez que no exista un tribunal estudiantil y que los estatutos no señalen que organismo deba ejercer la potestad reglamentaria.



MP
Acuerdo

3. Que se declare que los Centros de Alumnos deben cumplir con las disposiciones del Reglamento General de los Centros de Alumnos fijado por el decreto N° 524, y que deben reformarse sus estatutos de modo que se subsanen las posibles situaciones de "silencio de ley" o "lagunas jurídicas", a fin de que los Centros de Alumnos efectivamente cumplan un rol formador y que se resguarden los derechos constitucionales de sus integrantes.

Primer Otrosí;

A Us. Excma., ruego tener por acompañados los siguientes documentos de forma legal;

- Sentencia dictada por la Primera Sala de la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha ocho de octubre de dos mil trece.
- Escrito de la acción de protección, ingresado por esta parte el día veintiuno de junio de dos mil trece.


Francisco Saba Catalán

112
Cuentos olvece

RECURSO DE PROTECCIONES REMITIDO A LA EXCMA CORTE SUPREMA

Materia Recurso de Protección
Corte de Apelaciones Corte de Apelaciones de Santiago
Rol Corte 36545-2013
Recurrente Saba Catalán Francisco
Patrocinante
Recurrido Tribunal de Alumnos del Instituto Nacional
Patrocinante

Tipo de Recurso/ Tramite Apelación de Sentencia
Resolución Impugnada a fs. 82 y siguiente, de fecha 08 de Octubre del 2013
Documentos Adjuntos Sin Documento

Santiago. 16 de Diciembre de 2013


SERGIO MASON REYES

SECRETARIO



ANDRES MIRANDA C

ANEXO N° 7: Sentencia dictada por la Corte Suprema

Santiago, catorce de enero de dos mil catorce.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de fecha ocho de octubre de dos mil trece, escrita a fojas 82.

Regístrese y devuélvase.

N° 16.601-2013.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., y el Abogado Integrante Sr. Emilio Pfeffer U. Santiago, 14 de enero de 2014.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a catorce de enero de dos mil catorce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.