



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho

Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho

DILEMAS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN A LA LUZ DE LAS PROPUESTAS CONSTITUCIONALES DE CHILE DEL SIGLO XXI

Diego Gutiérrez Rogers

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADEMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Profesor Guía: Leonardo Cofré Pérez

2024

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	4
a. Concepto.....	5
b. Origen	7
CAPÍTULO I. DILEMAS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	9
1. Primer Dilema: Naturaleza Jurídica.....	9
1.1 Recurso o acción	9
1.2 Proceso o procedimiento unilateral.....	10
1.3. Tipo de tutela jurídica que se busca obtener	12
2. Segundo Dilema: El Auto Acordado	15
3. Tercer Dilema: La Competencia	17
4. Cuarto Dilema: “Elefantiasis”	20
4.1 La propietarización de los derechos	23
4.2 Algunos casos en que se han protegido “derechos sociales prestacionales” a través del recurso de protección	24
CAPÍTULO II. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE 2016-2018 ..	28
1. La Necesidad de una Nueva Constitución	28
2. El Proceso.....	29
3. La acción de Protección en la Propuesta de Michelle Bachelet	32
CAPÍTULO III. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE 2019-2022..	36
1. Estallido Social.....	36
2. El Proceso	37
3. La nueva Acción de Tutela.....	39
CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE 2022-2023..	46

1. El Proceso.....	46
2. La Acción de Protección en la Comisión Experta.....	49
3. La Acción de Protección en el Consejo Constitucional.....	56
4. La Acción de Protección en la Comisión Mixta.....	60
CAPÍTULO V. ANÁLISIS COMPARATIVO	64
1. Dilema de la Naturaleza Jurídica.....	64
1.1 Acción o Recurso.....	64
1.2 Procedimiento unilateral o proceso bilateral	65
1.3 Tutela jurídica que se busca obtener.	66
2. Dilema del Auto Acordado.....	68
3. Dilema de la Competencia.....	70
4. Dilema de la “Elefantiasis”	74
CONCLUSIONES.....	76
Referencias	80
Anexos	90

INTRODUCCIÓN.

El llamado popularmente recurso de protección en Chile ha sido una de las herramientas jurídicas más controvertidas desde su concepción alrededor de la década de los 70 hasta la actualidad. Se ha consagrado como la principal y más común acción utilizada por los ciudadanos en la defensa de sus derechos fundamentales e intereses de diverso tipo, en especial en contra de actos de la administración del Estado y/o de privados que se encuentran en una posición de mayor ventaja. Su uso ha impactado profundamente en la política nacional y su estudio ha provocado grandes divisiones en el mundo de la academia jurídica. Sin duda alguna esta acción ha alborotado los cimientos mismos de la institucionalidad con casos emblemáticos como recientemente el de las ISAPRES.¹

Este impacto ha influenciado profundamente en la discusión constitucional que se ha vivido en el Chile contemporáneo, siendo uno de los puntos más importantes de los tres procesos constituyentes que, a la fecha, ha vivido el país, en especial en las propuestas constitucionales de 2022 y 2023.

Este trabajo de investigación tiene por objeto analizar ¿cuáles son los grandes dilemas que ha identificado la doctrina nacional? ¿cuáles son las posturas más relevantes? Y ¿en qué grado y de qué forma estos han sido abordados por los distintos procesos constituyentes del último tiempo? Lo anterior con el objetivo general de producir un insumo que pueda servir para que, si en un futuro se desea comenzar un nuevo esfuerzo constituyente, se tengan a la vista los resultados que los anteriores procesos generaron sobre la acción de protección.

A continuación, se dará un breve conceptualización del recurso de protección y su origen. Luego el trabajo se estructurará en cinco capítulos. En el primero se estudiarán cuatro de los dilemas más importantes que se identificaron. Estas disyuntivas se centran en cuestiones clave como la naturaleza jurídica del recurso, la fuente de regulación de su procedimiento a través del auto acordado, la competencia judicial apropiada para conocer de estos casos, y los

¹ Véase sentencia Rol N° 16.630-2022 de la Corte Suprema

derechos específicamente amparados en su aplicación. Posteriormente se dedicará un capítulo a cada proceso constituyente y la propuesta que cada uno tuvo de esta acción. En primer lugar, el iniciado por el Gobierno de Michelle Bachelet que culminó el 2018. En segundo lugar, el proceso llevado a cabo por la Convención Constitucional que generó la propuesta de 2022. Y finalmente, el proceso del Consejo Constitucional del 2023. En el quinto capítulo se analizará crítica y comparativamente todos los elementos encontrados en los capítulos anteriores estableciendo un dialogo entre las distintas propuestas de solución que cada proceso dio a los dilemas planteados para, por último, exponer las conclusiones que se derivaron de la investigación.

a. Concepto

El popularmente llamado recurso de protección es una herramienta jurídica destinada a proteger a las personas de actos u omisiones que violen, amenacen o perturben el ejercicio legítimo de los derechos enumerados específicamente en el artículo 19. Este recurso permite a cualquier individuo o representante presentar un caso ante la Corte de Apelaciones correspondiente, que actuará de manera rápida para restablecer el orden legal y asegurar la protección adecuada del afectado. Está consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante CPR o la Constitución). Este artículo señala:

“ El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los Tribunales correspondientes.”

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°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.”

Aunque el texto constitucional es explícito en cuanto a los derechos protegidos y las situaciones en las que se puede invocar este recurso, no proporciona una definición clara del término, dejando espacio para diversas interpretaciones por parte de la doctrina jurídica nacional.

Diferentes juristas han contribuido a la conceptualización del recurso de protección, enfocándose en su naturaleza y función. Lautaro Ríos (2007) lo describe como una acción procesal rápida y de bajo formalismo que se activa frente a violaciones arbitrarias o ilegales de derechos constitucionales. Enrique Navarro Beltrán (2012) lo interpreta como una acción cautelar que resguarda el ejercicio de derechos preexistentes ante amenazas o interrupciones ilegítimas (Navarro, 2012). Francisco Zúñiga Urbina (2007) y Miriam Henríquez Viñas (2018) coinciden en caracterizarlo como un mecanismo de amparo constitucional, esencialmente cautelar y sumarísimo, diseñado para la protección de derechos fundamentales (Zúñiga, 2007; Henríquez, 2018). Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reforzado esta visión al definirlo como una acción judicial rápida y eficaz para garantizar el cumplimiento del derecho y la protección adecuada de los individuos afectados (Tribunal Constitucional, 2011).

Se pueden apreciar diferencias significativas entre los elementos fundamentales que cada uno de estos autores considera al definir el concepto; sin embargo, un punto en común en estas definiciones es que se trata de una acción y no de un recurso, como veremos más adelante, lo cual es reconocido por la doctrina en general. A pesar de esto, debido a la arraigada costumbre en la cultura jurídica chilena de referirse a él como "recurso de protección", en este trabajo se utilizará indistintamente el término "acción" o "recurso" de protección para facilitar la lectura y evitar repeticiones excesivas.

Por otro lado, dentro del poco desarrollo normativo que se puede encontrar acerca de esta acción constitucional, se puede observar que el auto acordado 173 del año 2018 dictado por la Corte Suprema que modifica el auto acordado Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de

Protección de las Garantías Constitucionales caracteriza al procedimiento de protección como uno de urgencia, informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio (2018). Sin embargo, la doctrina tampoco ha estado conteste al momento de caracterizar a la acción de protección.

b. Origen

El recurso de protección fue incorporado inicialmente en el ordenamiento jurídico chileno a través del artículo 2° del Acta Constitucional N°3 (Decreto Ley n°1552) de 1976, sobre Derechos y Deberes Constitucionales, y más tarde consagrado en la Constitución Política de la República de 1980. Sin embargo, para comprender plenamente sus orígenes, es crucial contextualizar el antecedente directo que precipitó su establecimiento normativo. Este antecedente se encuentra en los esfuerzos legislativos de los diputados Diez y Arnello en 1972, y reiterados en 1973 por los senadores Diez y Jarpa, basados en los trabajos académicos de Jaime Navarrete y Eduardo Soto Kloss de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Henríquez, 2018).

Según Bordalí (2006), estos esfuerzos legislativos surgieron como respuesta a la activa gestión del gobierno de Salvador Allende, que entre otras acciones, buscaba intensificar un proceso de socialización de los medios de producción a través de expropiaciones y otras intervenciones. Bordalí sugiere que sin la experiencia del gobierno socialista, probablemente no se habría desarrollado un procedimiento similar al recurso de protección (Bordalí, 2006).

La necesidad de un mecanismo legal para enfrentar estas amenazas reveló un vacío en la protección de derechos fundamentales, más allá de la libertad personal protegida por el habeas corpus o recurso de amparo, según lo establecido en el artículo 16 de la Constitución de 1925. Este vacío se hizo más evidente con la falta de creación de Tribunales contencioso-administrativos y la ausencia de un procedimiento procesal adecuado para manejar de manera urgente las violaciones a los derechos fundamentales por parte de la administración (Soto, 1982).

Los proyectos de ley no prosperaron debido al quiebre institucional de 1973, pero sus ideas fueron casi completamente adoptadas por la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución” (CENC). De acuerdo con las Actas Oficiales de la Comisión, en su sesión 214ª, celebrada el 25 de mayo de 1976, se discutió la “Ampliación del Recurso de Amparo”, basándose en los proyectos legislativos mencionados (Soto, 1982).

Por lo tanto, el recurso de protección surgió en un contexto de crisis social y política, impulsado por un sector de la oposición al gobierno de la Unidad Popular, como una medida para extender el recurso de amparo al resto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

CAPÍTULO I. DILEMAS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Como se ha anticipado, desde su implementación hasta la actualidad, la acción de protección en Chile ha generado una serie de dilemas significativos en su aplicación. Este apartado tiene como objetivo analizar en profundidad cuatro de estos dilemas, seleccionados en función de la abundante bibliografía disponible, su relevancia práctica, y su inclusión en las discusiones de diversas propuestas constitucionales. Estos dilemas son: la naturaleza jurídica del recurso de protección, la legitimidad de la normativa que regula su procedimiento, la competencia judicial para conocer de estos recursos, y por último, el dilema de la "elefantiasis" o la expansión en la aplicación del recurso para proteger derechos no enumerados explícitamente en el artículo 20 de la Constitución.

1. Primer Dilema: Naturaleza Jurídica

La determinación de la verdadera naturaleza del "recurso de protección" ha generado diversas discusiones en la doctrina chilena, complicadas por la novedad de esta figura legal y las diferentes interpretaciones que han surgido de las decisiones de los Tribunales superiores. Este apartado abordará brevemente estas discusiones, dada su relevancia histórica y sus implicancias prácticas.

1.1 Recurso o acción

Desde sus primeras etapas, la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, influenciada por la postura de Enrique Evans de la Cuadra, decidió que la figura no sería simplemente una extensión del recurso de amparo a otros derechos constitucionales, sino una entidad distinta denominada provisionalmente "recurso de protección". Durante una de las discusiones iniciales, Jaime Guzmán Errázuriz sugirió una modificación en la redacción para reflejar que se trataba de una acción más que de un recurso. Sin embargo, Evans argumentó que la modificación no era pertinente, defendiendo la idea de que se trataba de un recurso destinado a solicitar la resolución inmediata de un problema, mientras que las acciones judiciales podrían iniciarse posteriormente (Soto, 1982).

Finalmente, la Constitución promulgada en 1980 la definió tímidamente en inciso segundo del artículo 20 como “recurso de protección”, al establecer que procederá también en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

A pesar de esta decisión inicial de la Comisión, la doctrina ha planteado objeciones a este razonamiento, argumentando que la figura debe ser adecuadamente descrita como una acción. La razón principal es que una acción judicial busca activamente la intervención de un órgano jurisdiccional —en este caso, la Corte de Apelaciones— para que resuelva un conflicto o pretensión presentada, mientras que un recurso se refiere a un medio legal para impugnar una resolución judicial previamente emitida que se considera perjudicial (Pinochet, 2023).

Por otro lado, Humberto Nogueira (2007) profundiza en esta interpretación, definiendo la acción de protección en un sentido amplio como un "derecho esencial de la persona humana a la tutela jurisdiccional", basándose en una interpretación sistemática y finalista de los artículos 20° y 5° de la Constitución, en relación con los artículos 1° y 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Argumenta que, en correspondencia con estos principios, existe un deber estatal de proporcionar tutela jurídica a través de los órganos jurisdiccionales respectivos (Nogueira, 2007).

En resumen, aunque históricamente se debatió si clasificar al recurso de protección como un recurso o como una acción, la doctrina actual tiende a favor de considerarlo una acción de rango constitucional. Además, dependiendo de la teoría de la acción adoptada y tomando en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos, se podría argumentar que también constituye un derecho a acceder a tutela judicial efectiva para la protección de los derechos constitucionales.

1.2 Proceso o procedimiento unilateral

El siguiente dilema consiste en determinar si es que la acción de protección produce un proceso, el cual supone la existencia de al menos dos partes en contradicción, o un procedimiento unilateral en que la figura del ofensor, recurrido o denunciado (causante de la acción u omisión ilegal o arbitraria) no cumple un rol de parte. Esto es muy importante de

determinar al momento de definir los principios que rigen el ejercicio de la acción de protección y sobre todo la implicancia que tendrá el estándar del debido proceso según la respuesta que se dé.

Una primera postura la sostienen autores como los profesores Soto Kloss y Ríos Álvarez (1982 y 2007) quienes niegan el carácter bilateral del procedimiento que da origen el recurso de protección, considerando que no existe una real contienda entre partes. Esto en virtud de que el ofensor sería un tercero extraño que, si es que comparece en autos, podría llegar a ser considerado un tercero excluyente, pero no una parte principal de este. En consecuencia, sostienen que el sujeto pasivo de esta acción sería la Corte de Apelaciones y el objeto de la acción sería que aquella otorgue la debida protección al afectado y el restablecimiento del imperio del derecho (Pinochet, 2023).

Para el profesor Ríos (2007), la unilateralidad es un carácter particularísimo del recurso de protección, ya que su único objeto es restablecer el imperio del derecho y dar al agraviado la protección debida, lo que no requiere la existencia ni la presencia de contraparte. (p.455) Para esta posición, no cabría entonces hablar de “proceso” cuando nos referimos al recurso de protección sino meramente un procedimiento unilateral.

En cambio, una postura que cada vez va tomando mayor espacio en la doctrina, es aquella que sostiene la bilateralidad del proceso. Estos autores sostienen que el sujeto pasivo de la acción no es otro que el propio ofensor. Tal como explica Francisco José Pinochet Cantwell (2023) habría elementos normativos en el texto constitucional y en el auto acordado que ayudan a sostener esta posición. Para Pinochet, el artículo 20 de la Constitución Política, si bien establece las atribuciones y competencias de la Corte de Apelaciones para tomar medidas inmediatas que aseguren el restablecimiento del imperio del derecho y garanticen la debida protección del afectado, no detalla cómo se debe proceder contra el sujeto que ha causado el agravio, sino que se limita a otorgar competencias.

Por otro lado, considera que el auto acordado vigente que regula la tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales (2015) regula de manera deficiente esta cuestión, ya que al referirse al informe y a la posibilidad de *hacerse parte*, la Corte Suprema no

supone que el ofensor no es una parte en el proceso, sino que simplemente está imponiendo un requisito de formalidad para comparecer a la acción en primera instancia. Desde esta perspectiva, si el sujeto causante del agravio no comparece o decide no formar parte en el proceso, continúa en su estado de rebeldía, y ello no elimina los efectos de la acción en curso. Según Pinochet Cantwell, en cualquier proceso legal, la ausencia de una parte involucrada no implica que esta no sea considerada como tal en dicho proceso (Pinochet, 2023).

Por lo tanto, para esta parte de la doctrina, en toda acción de protección encontramos una pretensión contra una persona determinada, esté o no identificada, la cuál será siempre parte en el proceso, comparezca o no en él y deberá, en caso de que la acción prospere, dar, hacer o no hacer algo en favor del “protegido” con la acción (Bordalí, 2006).

Recapitulando, la doctrina se divide en dos posturas. La primera considera que nos encontramos frente a un procedimiento unilateral sin contienda entre dos partes. Al adoptar esta postura estamos admitiendo que en dicho procedimiento no aplican los principios dispositivo, de bilateralidad ni del debido proceso, sino que sería uno guiado por el principio inquisitivo. En cambio, la segunda postura concibe que nos encontramos frente a un proceso de naturaleza bilateral en que sí aplican estos principios propios, ya que el acusado de ejercer la acción u omisión causante de la vulneración le corresponde el rol de parte en el proceso.

1.3. Tipo de tutela jurídica que se busca obtener

Un tercer elemento que conforma la naturaleza jurídica de la acción de protección en su sentido amplio es su clasificación en cuanto al tipo de tutela jurídica que proporciona. Esto ha sido objeto de debate dentro de la doctrina, existiendo dos posturas contrapuestas y una postura más ecléctica. Los académicos discrepan sobre si este recurso debiese considerarse una acción declarativa, cautelar o si es que es un tipo especial de acción que no se puede categorizar en ninguna de estas dos formas.

Una primera postura se puede observar en autores como Soto Kloss (1982), quien sostiene que el recurso de protección, en su esencia, es una acción declarativa. Argumenta que su principal función es la declaración de un derecho o situación jurídica específica, cuya existencia

y efectividad, una vez comprobadas, son formalmente reconocidas mediante sentencia judicial. Este autor distingue claramente entre la declaración de derechos y la posterior ejecución de medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia, sugiriendo que estas últimas son solo consecuencias de la declaración inicial de una acción u omisión antijurídica.

Andrés Bordalí (2004), por otro lado, argumenta que el recurso de protección no debe considerarse primordialmente cautelar ni declarativo. En su lugar, lo describe como un tipo especial de proceso sumario que actúa con urgencia y crea cosa juzgada formal, similar a los juicios sumarios del Código de Procedimiento Civil, específicamente interdictos posesorios, que son procesos breves destinados a resolver situaciones urgentes.

Contrariamente, la mayoría de la doctrina moderna y cierta jurisprudencia sostienen que el recurso de protección es principalmente una acción de urgencia y de naturaleza cautelar. Según Henríquez (2018) y otros reconocidos autores como Verdugo, Pfeffer y Nogueira, esta acción está diseñada para ofrecer protección inmediata a situaciones jurídicas bajo amenaza, enfatizando su carácter preventivo y protector (Verdugo et al., 1986 citado en Pinochet, 2023). Al ser la pretensión del recurso de protección que el órgano jurisdiccional adopte las medidas para restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al ofendido, este instrumento es, necesariamente, una acción cautelar (Errazuriz, 1986, citado en Pinochet, 2023, p218).

Sin embargo, es importante diferenciar entre medidas y acciones cautelares. La medida cautelar o precautoria es un medio procesal accesorio de una acción principal que persigue asegurar el resultado de esta última. En cambio, la acción cautelar es aquella especie de acción que se caracteriza porque su objeto o pretensión es proteger, amparar o resguardar a alguien en el legítimo ejercicio de un derecho. La característica principal de las medidas precautorias es su accesoriedad a una acción o pretensión principal con el fin de asegurarla. Así, algunos autores como Bordalí Salamanca hablan de una “tutela cautelar autónoma”, la que ha avanzado desde un fin meramente asegurativo o precautorio a incluir como fines cautelares la

conservación de un statu quo y la anticipación de todo o parte de la pretensión deducida en el juicio, (2006, p.213) tal como haría la acción de protección.

Otros autores la han calificado como una “acción cautelar *suigeneris*,” (Leturia, 2018, p. 227-244) al ser una acción “limitada a la protección de situaciones jurídicas argumentadas en clave iusfundamental, pero que en la práctica puede permitir abordar y resolver cualquier conflicto de relevancia jurídica.”

De esta manera, si bien existe una postura mayoritaria que aboga por la naturaleza cautelar de la acción de protección, no se puede decir que existe consenso en la doctrina sobre este punto, ya que autores siguen explorando nuevas figuras para explicar su naturaleza jurídica y el tipo de tutela que se busca obtener con esta.

A mayor profundidad, es fundamental destacar que la relevancia de la discusión sobre los puntos abordados anteriormente reside en las implicancias que la determinación de la naturaleza jurídica del recurso de protección tiene sobre el respeto al debido proceso y el principio que inspira el procedimiento. En este contexto, la crítica principal hacia el recurso de protección radica en la falta de un proceso contradictorio que garantice un juicio racional y justo, así como la defensa adecuada del llamado “ofensor”. Esta carencia en el debido proceso se debe a que las sentencias que resuelven acciones de protección pueden restringir significativamente la libertad del recurrido al impedirle continuar con comportamientos que han sido declarados antijurídicos, sin un debate probatorio adecuado ni un período de discusión que permita una defensa efectiva de los derechos y libertades que la Corte de Apelaciones considera arbitrarios o ilegales (Bordalí, 2006).

Desde mi perspectiva, la fuerza de esta crítica varía según cómo se defina la acción de protección. Si se la considera un procedimiento unilateral, inspirado por el principio inquisitivo, sería inapropiado hablar de una violación al derecho a la defensa, ya que el individuo afectado no se considera formalmente parte del proceso. Si, por otro lado, se la ve como una acción meramente cautelar, hay que examinar cuidadosamente aquellas sentencias de la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema que producen efectos declarativos permanentes para los interesados. Además, si se interpreta como un proceso bilateral regido por principios

dispositivos, donde se emite una sentencia con efectos declarativos, este debería adherirse estrictamente a las garantías de un debido proceso, asegurando que se protejan cuidadosamente los derechos del recurrido y habría que examinar entonces si el procedimiento actual cumple con dicha exigencia.

En resumen, la naturaleza jurídica de la acción de protección continúa siendo un tema de considerable debate dentro de la doctrina. Aunque se ha alcanzado un consenso inicial sobre la dicotomía acción/recurso, persiste la falta de acuerdo sobre sus características específicas y las implicancias procesales. Nuevas interpretaciones y enfoques siguen emergiendo, lo que refleja la complejidad y la evolución constante de este importante aspecto del derecho constitucional chileno.

2. Segundo Dilema: El Auto Acordado

El recurso de protección, introducido en el ordenamiento jurídico chileno en 1977, se ha mantenido regulado principalmente por un auto acordado de la Corte Suprema, conocido como "Auto Acordado Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales". Este documento ha sido esencial no solo en la definición del procedimiento, sino también en la implementación de la justicia constitucional en relación con la protección de derechos fundamentales. A pesar de su importancia, la ausencia de legislación secundaria específica ha suscitado dos áreas principales de debate: la legitimidad de la Corte Suprema para ejercer tal regulación normativa y los contenidos del auto acordado.

Desde su promulgación, el primer auto acordado en 1977 tuvo como base legal el artículo 2 del Acta Constitucional N°3 de 1976, que confería explícitamente a la Corte Suprema la autoridad para regular la tramitación de este recurso. Este marco legal fue producto de un contexto donde históricamente el legislativo había fallado en crear Tribunales administrativos, como lo mandataba la Constitución de 1925, dejando un vacío en la protección contra las arbitrariedades administrativas (Ríos, 1993).

La necesidad de una regulación efectiva y rápida para el recurso de protección se intensificó durante el gobierno de la Unidad Popular y los años de dictadura que siguieron, periodos en

los cuales la desconfianza hacia la capacidad legislativa para manejar adecuadamente la protección de derechos era palpable. Este escepticismo se refleja en las palabras de Schweitzer, ministro de Justicia durante las discusiones constitucionales, quien cuestionaba si la regulación debía estar en manos de la ley o de la Corte Suprema, pero mostrando preferencia por una solución legislativa que garantizara procedimientos detallados y jurídicamente sólidos (Actas de la Comisión, 1976).

A lo largo de las décadas, la Corte Suprema ha modificado y actualizado el auto acordado para adaptarlo a las necesidades cambiantes de la sociedad y el sistema judicial. Estas modificaciones, aunque basadas en la autorización original, han sido criticadas por algunos sectores de la doctrina, quienes argumentan que la habilitación dada por el Acta Constitucional se agotó o fue implícitamente derogada con la promulgación de la Constitución de 1980. Estos críticos sostienen que el mantenimiento de la regulación del recurso de protección debería recaer en el legislativo, conforme a los principios de legalidad y separación de poderes de un Estado democrático (Ríos, 1993).

El debate sobre la autoridad de la Corte Suprema para seguir regulando este recurso se ha visto reflejado en múltiples sentencias del Tribunal Constitucional. Este último ha ratificado en diversas ocasiones la validez de la autoridad de la Corte para emitir y modificar el auto acordado, subrayando la importancia de mantener un procedimiento ágil y efectivo para la protección de los derechos fundamentales. El Tribunal ha argumentado que la falta de acción legislativa no puede ser un impedimento para la evolución necesaria de los procedimientos judiciales que garantizan derechos constitucionales esenciales (v.g. Tribunal Constitucional, Rol Nº 1812).

La legitimidad de la Corte Suprema para regular el recurso de protección, más allá de las consideraciones históricas y prácticas, es un reflejo de una tensión más amplia entre la necesidad de protección efectiva y rápida de derechos y el respeto por los principios de separación de poderes y legalidad. Esta discusión continúa siendo relevante, destacando la necesidad de un marco legislativo más explícito y detallado que pueda eventualmente

suplantar o complementar el auto acordado, asegurando tanto la eficacia del recurso de protección como la adherencia a los principios democráticos fundamentales.

3. Tercer Dilema: La Competencia

El artículo 20 de la Constitución establece que el recurso de protección debe ser conocido y resuelto, en primera instancia, por “la Corte de Apelaciones respectiva”. Según el auto acordado vigente, ya mencionado en el apartado anterior, esto significa que es aquella en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, o donde estos hubieren producidos sus efectos, a elección del recurrente.

En segunda instancia la competencia para conocer del recurso de apelación que impugna el fallo de la Corte de Apelaciones respectiva recae en la Corte Suprema, tal como indica el Auto acordado en el n°5 inciso segundo “*La sentencia que se dicte, ya sea que lo acoja, rechace o declare inadmisibile el recurso, será apelable ante la Corte Suprema.*” Esto constituye una anomalía para nuestro ordenamiento jurídico, ya que la regla general es que las acciones sean conocidas en primera instancia por los Tribunales inferiores, como jueces de letras, juez de garantía, Tribunal oral en lo penal etc.

Esta particularidad en el tratamiento del recurso de protección ha generado divisiones en la doctrina desde el inicio del debate sobre esta acción hasta la actualidad, siendo un tema relevante en el marco del proceso constituyente, como se explorará en el Capítulo II.

Silva Bascuñán destacó preocupaciones tempranas sobre este formato durante las sesiones de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (CENC), argumentando que el recurso debería estar ampliamente disponible para quienes enfrentan situaciones de amenaza o privación, sin la carga de los desplazamientos y costos asociados a litigar solo en sedes de Cortes de Apelaciones. Sin embargo, la decisión de ubicar la competencia en las Cortes de Apelaciones se solidificó por dos razones principales. Primero, existía una desconfianza hacia la capacidad de los jueces de Tribunales inferiores para manejar una acción

de tan gran trascendencia. Segundo, los comisionados modelaron el recurso de protección a imagen del Habeas Corpus, que históricamente en la Constitución de 1925 y el Código de Procedimiento Penal, delegaba a las Cortes de Apelaciones la responsabilidad de garantizar las formalidades legales en casos de detención o prisión inadecuadas (Actas de la Comisión, 1976, sesión 214).

De este modo, desde la redacción de la actual Constitución, existen dos posturas con respecto a cuál debe ser la autoridad encargada de conocer de esta acción de tutela constitucional. La primera, que confiere la competencia a las Cortes de Apelaciones, como sucede actualmente con el recurso de protección, el habeas corpus o el amparo económico; y una segunda, que se puede observar en acciones más contemporáneas, como el habeas data, la tutela laboral o la acción de no discriminación arbitraria, donde se asigna la competencia a un juez de letras o a un juez de instancia (Jenkins, 2022).

Un primer argumento que presentan quienes sostienen la primera postura está relacionado al principio de proximidad y el acceso a la justicia para los ciudadanos. En Chile existen 17 Cortes de Apelaciones, las cuales están ubicadas en las grandes ciudades de cada región del país. Esto implicaría para autores como Bordalí Salamanca, dificultar y encarecer el acceso a la justicia del “ciudadano común” que deberá, él o su abogado, trasladarse lejos de su domicilio para la tramitación del recurso (2011, p.60), lo cual, a su vez, sería una contradicción con la urgencia y rapidez que debe caracterizar a este proceso.

De esta manera, al cambiar la competencia para conocer la acción de protección, se podría traspasar de 17 Cortes de Apelaciones competentes a una cobertura judicial proporcionada por 222 juzgados civiles, lo que conlleva simultáneamente una disminución de los costos asociados con desplazamientos y honorarios de abogados (Jenkins, 2022).

El segundo argumento de quienes postulan el cambio de competencia es que la actual regulación ha implicado una acumulación excesiva de trabajo para las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, distrayéndolos de sus funciones naturales que serían conocer de manera oportuna los recursos de apelación y casación respectivamente. Esto ha producido un retardo en el cumplimiento de estas funciones y por lo tanto un inadecuado funcionamiento del

régimen recursivo en nuestro país (Bordalí, 2011). No parece aconsejable, según esta posición, que al gran número de funciones que cumplen los Tribunales Superiores de un país se le sume otra, sobre todo si se considera la gran complejidad que pueden alcanzar las materias que se discuten en la acción de protección y, en consecuencia, la gran cantidad de tiempo que deberían destinar a su conocimiento de una manera rápida y prioritaria (Pinochet, 2020).

Por otro lado, los defensores de mantener la competencia tal como está, suelen argumentar que las Cortes de Apelaciones están en una posición más favorable para conocer el recurso de protección, ya que han acumulado más de 40 años de experiencia resolviendo este tipo de procesos. Sostienen que esta experiencia les ha permitido construir, de manera gradual, una suerte de "dogmática" iusfundamental nacional. Este logro se atribuye principalmente al hecho de ser un órgano colegiado que representa diversas perspectivas jurídicas sobre estos asuntos, expresadas en fallos fundados y reflexivos. Sin embargo, parte de la academia ha cuestionado vigorosamente estos argumentos, especialmente debido a la escasa fundamentación jurídica observada en los fallos de las cortes cuando se estudian de manera sistemática. Esto ha revelado la existencia de una jurisprudencia más bien caótica, poco estructurada, con fundamentos escuetos y sentencias contradictorias (Jenkins, 2022).

Esto ha sido puesto en entredicho con la creación de una segunda línea de acciones de tutela de derechos fundamentales ya mencionadas (habeas data, la tutela laboral o la acción de no discriminación arbitraria), que se originaron a partir de la década de los 90, las que tomarían en cuenta estas observaciones y comenzarían a cuestionar la presunta "falta de experiencia" de los juzgados de letras para abordar estos asuntos. Esto adquiere mayor relevancia considerando que, desde 1995, es requisito haber aprobado el programa de formación respectivo para acceder al cargo de juez de letras (Código Orgánico de Tribunales, 1943, art. 284). Vale la pena señalar que jueces y ministros designados con anterioridad, y que aún ejercen funciones, no cumplieron con este requisito. En este sentido, la mayoría de los recursos de apelación presentados contra las sentencias de primera instancia dictadas por jueces de letras en lo civil respecto a acciones de no discriminación arbitraria han recibido sentencias confirmatorias por parte de las Cortes de Apelaciones, evidenciando que el criterio

de los jueces de instancia está a la altura del desafío de proteger los derechos fundamentales (Jenkins 2022).

En conclusión, el dilema de la competencia en el recurso de protección en Chile ha generado un intenso debate en la doctrina y la práctica jurídica. Mientras que algunos argumentan a favor de mantener la competencia en las Cortes de Apelaciones, citando su experiencia acumulada y representación de diversas perspectivas jurídicas, otros abogan por trasladarla a los juzgados de letras para mejorar el acceso a la justicia y aliviar la carga de trabajo de los Tribunales superiores. Independientemente de la posición que se adopte, es evidente que este tema fue absolutamente relevante en el contexto del proceso constituyente tal como se verá más adelante.

4. Cuarto Dilema: “Elefantiasis”

De los dilemas tratados en este trabajo, uno de los que mayor desarrollo doctrinario ha generado en el último tiempo es el relativo al catálogo de derechos protegidos por la acción de protección en Chile y la exclusión de los llamados “derechos sociales” o “derechos de segunda generación” y cómo en la práctica los Tribunales superiores han ampliado la protección a otros derechos no enunciados. Este fenómeno a sido denominado por parte de la doctrina como la “elefantiasis” de la acción de protección (Zúñiga, 2008).

El artículo 20 de la Constitución Política explícitamente da un listado taxativo de los derechos cuyo legítimo ejercicio se encuentra respaldado por esta acción, recogiendo solo algunos de los consagrados en el artículo 19:

Artículo 20.- (...) legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá (...)

Por lo tanto, los derechos que quedan bajo el amparo de la acción de protección según la Constitución son los siguientes:

- I. El derecho a la vida, a la integridad psíquica y física (19 N°1)

- II. La igualdad ante la ley (19 N°2)
- III. El derecho al juez natural (19 N°3 inciso quinto)
- IV. El derecho al respeto y la protección de la vida privada y la honra (19 N°4)
- V. La inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas (19 N°5)
- VI. La libertad de conciencia y cultos (19 N°6)
- VII. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N°8)
- VIII. El derecho a elegir el sistema de salud al que la persona desee acogerse (19 N°9)
- IX. La libertad de enseñanza (19 N°11)
- X. La libertad de expresión (19 N°12)
- XI. El derecho de reunión (19 N°13)
- XII. La libertad de asociación (19 N°15)
- XIII. La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación (19 N°16, e inciso 4 numeral del artículo 19 en que se consagra)
- XIV. El derecho a sindicarse (19 N°19)
- XV. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica (19 N°21)
- XVI. La no discriminación económica (19 N°22)
- XVII. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (19 N°23)
- XVIII. El derecho de propiedad (19 N°24)
- XIX. La libertad de creación y difusión de las artes, el derecho de autor y la propiedad industrial (19 N°25)

En la sesión 214 los constituyentes de la CENC decidieron deliberadamente excluir los “derechos sociales” del ámbito de aplicación de la acción de protección. En efecto, se puede ver que en una primera sesión de discusión acerca de esta nueva figura, Enrique Evans de la Cuadra argumentó con claridad que, para que un derecho merezca una protección especial mediante un recurso ampliado, similar al amparo, debería ser de carácter estrictamente personal. Según Evans, estos derechos deben ser aquellos que se ejercen de manera continua y general en la vida diaria y estar consagrados constitucionalmente sin depender de las prestaciones del Estado. En consecuencia, propuso excluir los derechos sociales del ámbito del

recurso de protección, sugiriendo que su vigilancia debería canalizarse a través de mecanismos administrativos más adecuados.

Por su parte, Jaime Guzmán coincidió en que ciertos derechos, debido a su propia naturaleza, no son susceptibles de ser protegidos efectivamente por recursos judiciales como el de amparo. Subrayó que los derechos sociales, cuya satisfacción depende en gran medida de los recursos económicos del Estado, no deberían incluirse en este mecanismo. Guzmán enfatizó que estos derechos están limitados inherentemente por consideraciones económicas y, por lo tanto, su manejo es más apropiado en un contexto administrativo.

De este modo, los comisionados de la CENC concluyeron que los derechos sociales, por su dependencia de la capacidad económica del Estado y su naturaleza intrínseca, no eran compatibles con la estructura y propósito del recurso de protección. Este consenso reflejó un entendimiento compartido de que la tutela de estos derechos debía abordarse mediante otros mecanismos diseñados específicamente para gestionar cuestiones de naturaleza predominantemente económica y administrativa (Actas de la Comisión, 1976, sesión 214)

Se puede observar que los comisionados decidieron excluir a los “derechos sociales” porque consideraron que la naturaleza o el carácter de éstos no es compatible con el ámbito de protección de esta acción, debido a que su satisfacción dependería de la capacidad económica del estado, materia propia de otros mecanismos “*esencialmente administrativos*”.

Aunque todos los derechos sociales buscan en última instancia satisfacerse con prestaciones económicas o de servicio, actualmente la doctrina suele distinguir entre derechos sociales prestacionales y no prestacionales. Los prestacionales se satisfacen directamente con prestaciones económicas o de servicio provenientes del Estado o entidades privadas bajo control estatal, como Isapres, AFP y colegios particulares subvencionados (Mohor, 2014). Este tipo de derechos quedarían al margen de la protección que brinda el artículo 20 de la Constitución y serían, por ejemplo, los derechos a la protección de la salud, a la seguridad social, a la educación y a las garantías de un debido proceso. Por otro lado, los no prestacionales son aquellos cuyo ejercicio permite a sus titulares, generalmente actuando colectivamente, procurarse mejores condiciones de vida, trabajo y remuneración, los cuales, por regla general,

sí gozan de tutela directa por esta vía. Tal es el caso de la libertad para elegir el sistema público o privado de salud, la libertad de trabajo, su libre elección, y libre contratación, la no prohibición de trabajos, y la no obligatoriedad de afiliación para el ejercicio de algún trabajo, y el derecho a la libre sindicación (Henríquez, 2018).

Gran parte de la doctrina ha avalado esta decisión constituyente de excluir a los derechos sociales del artículo 20 en base a razonamientos que tienen el foco en la separación de poderes, en la idea que la creación de política pública y la determinación del gasto público es tarea esencial del Poder Legislativo y que los Jueces no deberían, a través de la resolución de conflicto en sede de protección, ordenar que se lleve a cabo una determinada acción del estado que suponga un gasto público no concebido por el legislador, ya que políticas y programas destinados a mejorar la condición material de las personas, con miras a garantizar la igualdad de oportunidades, deben llevarse a cabo siempre en la medida de los recursos de que disponga el Estado.

No obstante, a pesar del listado taxativo de derechos expresado en el artículo citado, durante el desarrollo de la Constitución vigente y la acción constitucional de protección, los jueces de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema se han visto en la necesidad de poner pronto remedio a situaciones abusivas o injustas que se enmarcan en el legítimo ejercicio de algunos derechos no tutelados por esta acción. Esta práctica la han realizado por razones principalmente de equidad y en base a una interpretación dinámica, actualizadora y progresiva, (Vergara, 1992) principalmente a través de la reconducción de estos derechos al ámbito de protección de otros derechos que sí se encuentran en la lista del artículo 20 de la Constitución. La estrategia argumentativa más utilizada en este sentido es conectarlos con los derechos a la igualdad ante la ley (19 N°3), el derecho a la vida y la integridad física y psíquica (19 N°1) y el derecho de propiedad (19 N°24), este último dando lugar a un fenómeno que alguna doctrina ha denominado “propietarización de los derechos” (Navarro, 2010, p.278).

4.1 La propietarización de los derechos

El fenómeno de la “propietarización de los derechos” consiste en la creación jurisprudencial de un nuevo concepto constitucional de propiedad que permite que frente a la afectación de

ciertos derechos reconocidos constitucionalmente, pero que no cuentan con la garantía del recurso de protección, como ocurre con el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social, etc. resulta posible que quien se vea lesionado en sus derechos pueda accionar en sede de protección, desde el momento que estaría siendo afectado en la “propiedad” que tiene sobre una cosa incorporal, como sería un derecho constitucional. Esta idea, según Pinochet Cantwell, nace a raíz de la interpretación de un conjunto de artículos del Código Civil (565,583 y 582) de donde resulta posible afirmar que en Chile existen “derechos sobre derechos” (2023, pp. 105-107). Si a esto se suma que el artículo 19 N°24 de la Constitución protege el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, se llega, según esta teoría, a la conclusión que el derecho de propiedad contempla la propiedad sobre otros derechos en tanto bienes incorporales.

De esta manera, la jurisprudencia ha otorgado protección a derechos que no estaban ni están comprendidos dentro de aquellos contemplados taxativamente en el artículo 20 de la Constitución Política.

4.2 Algunos casos en que se han protegido “derechos sociales prestacionales” a través del recurso de protección

Respecto al derecho a la educación. Los Tribunales superiores han acogido en diversas ocasiones recursos de protección que indirectamente buscan proteger este derecho. Así, las cortes han reconocido un derecho a la propiedad sobre la calidad de estudiante universitario. Por su lado, se ha estimado infringido el artículo 19.2 que protege la igualdad ante la ley al expulsarse un alumno sin seguirse el procedimiento fijado por el estatuto reglamentario (v.g. Corte Suprema Rol 226.430-2023). De igual forma, se ha resuelto que la negativa de un establecimiento educacional de entregar certificado de notas y estudio vulnera el derecho de propiedad del recurrente sobre “los logros académicos” (Navarro, 2010).

Frente al derecho a la seguridad social. La Corte Suprema ha establecido que la falta de reconocimiento por parte de la autoridad previsional del aumento en la pensión de montepío constituye una violación del derecho de propiedad. Asimismo, se ha dictaminado que los beneficios derivados de una pensión de jubilación, una vez ajustados correctamente, son

considerados parte del patrimonio del individuo y están protegidos por el artículo 19.24 de la Constitución (Navarro,2010). Recientemente, en fallo unánime, la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió un recurso de protección presentado por contra la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) y la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO), debido al rechazo de 14 licencias médicas argumentando que mientras la COMPIN se niega a autorizar las licencias por considerar que la incapacidad es permanente, la SUSESO rechaza la pensión correspondiente al no considerar la incapacidad como permanente. Esta dualidad de decisiones, emanadas de la misma administración estatal, se considera arbitraria ya que no se explica el razonamiento detrás de esta contradicción, dejando al recurrente en una situación de absoluta indefensión y en un limbo jurídico donde su padecimiento, certificado por un profesional de la salud autorizado, no recibe respuesta del Estado, quien tiene la obligación constitucional de garantizar el derecho a la seguridad social (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol nº 971/2017).

Respecto al derecho a la salud. En casos que involucran su afectación por parte de terceros, especialmente instituciones de salud previsional, se ha recurrido al derecho de propiedad sobre los derechos derivados de los contratos o a la prohibición de la discriminación arbitraria. Han emitido numerosos fallos que sancionan el término unilateral de contratos, el aumento injustificado de los planes de salud o la negativa a brindar cobertura por parte de las instituciones de salud correspondientes (Navarro, 2010). Por otro lado, una práctica común de nuestros Tribunales superiores ha sido declarar la obligación del Estado de suministrar con cargo al Fondo Nacional de Salud (FONASA) medicamentos de alto costo que no han sido debidamente suministrados por los hospitales alegando imposibilidad económica para cumplir y/o que no tal acción no se encuentran amparadas dentro de las Garantías Específicas de Salud (GES).² Situación que ha sido replicada también en contra de algunas Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) como entes privados.³

² A modo de ejemplo: Rol Corte Suprema Rol N°19092-2019. Corte Suprema Causa Rol. N°23057-2019. Rol E. Corte Suprema N°18451-2019

³ A modo de ejemplo: Corte Suprema Rol N°18.986-2019

Derecho al agua potable y al saneamiento: Una particular situación se da respecto a este derecho social prestacional, ya que en la actual Constitución no existe ninguna norma que lo consagre ni proteja. Sin embargo, la Corte Suprema en conocimiento de recursos de protección interpuestos por comunidades de zonas de escasez hídrica ha reconocido en distintos fallos⁴ la obligación del Estado de garantizar la protección del derecho humano al agua a través del suministro de al menos 100 litros de agua al día para cada uno de sus habitantes, teniendo especial consideración en los grupos más vulnerables y categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estos fallos han sido fundamentados en la protección del derecho a la vida y a la igualdad ante la ley, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile.

Como es posible observar, los Tribunales superiores no han sido pasivos a la hora conocer acciones de protección que directa o indirectamente buscan proteger derechos sociales de “segunda generación”, muchas veces acogidos y ordenando la satisfacción de una determinada prestación al Estado o a prestadores privados de servicios públicos. Esto ha generado importante controversia en la doctrina y en la opinión pública y sin duda, ha sido uno de los debates más relevantes que han tenido los constituyentes al momento de definir los lineamientos políticos de las propuestas constitucionales.

*

Hasta el momento hemos identificado cuatro dilemas de la acción de protección en Chile. A estos los llamaremos: el dilema de la naturaleza jurídica; diferenciándose según si esta debe considerarse una acción o un recurso, según la naturaleza de su procedimiento y según la tutela jurídica que se busca obtener; el dilema de la competencia, el que consiste en determinar qué tribunales debiesen conocerla; el dilema del auto acordado, en donde se cuestiona la fuente de regulación del procedimiento que rige a esta acción; y el dilema de la “elefantiasis”, que consiste en marco de aplicación de la acción frente a los diversos tipos de derechos.

⁴ A modo de ejemplo: Corte Suprema Rol N°131.140-2020 y Rol N°72.198-2020.

Estas cuatro problemáticas serán los puntos cardinales de este trabajo y guiarán el desarrollo de los siguientes capítulos y el estudio de las propuestas constitucionales que han sido presentadas a la ciudadanía en cada uno de los procesos constituyentes.

CAPÍTULO II. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE 2016-2018

El proceso constitucional impulsado durante el segundo mandato de Michelle Bachelet representó un hito en la historia política de Chile, al constituirse como el primer esfuerzo en democracia para reemplazar la Constitución redactada durante el gobierno militar. Aunque este intento no prosperó, sigue siendo relevante examinar los elementos propuestos en esta iniciativa, especialmente en cuanto a la acción de protección, ya que dicha propuesta responde de alguna manera a los cuatro dilemas planteados en el primer capítulo. Es importante destacar que los registros sobre las discusiones específicas en torno a su configuración son escasos, lo que limita en parte el análisis del debate que se generó en torno a esta institución. Aun así, el valor de esta propuesta inicial radica en haber dejado un legado normativo que, por mandato constitucional, fue utilizado como referencia en los procesos posteriores de reforma. Este capítulo explorará, en términos generales, el contexto de esta iniciativa política, el procedimiento seguido y, en particular, la manera en que la acción de protección fue planteada en el texto final de este proyecto constitucional.

1. La Necesidad de una Nueva Constitución

Desde la Constitución de 1980 y el retorno a la democracia en 1990, Chile ha enfrentado un paradigma persistente que ha marcado el debate político y social del país: ¿Debería Chile continuar regido por una Constitución nacida en el contexto de la dictadura? Esta cuestión, descrita por Tania Busch Venthur como la "incomodidad constitucional" de Chile, ha expuesto profundas divisiones y ha puesto a prueba los cimientos de la institucionalidad del país. Según Busch, las críticas hacia la Constitución se han concentrado en tres ejes principales: su origen autoritario, que afecta su percepción de legitimidad; la configuración de un sistema democráticamente deficitario; y una orientación ideológica neoliberal que ha resultado en una débil protección de los derechos económicos y sociales (Busch Venthur, 2012).

El año 2005 marcó un hito significativo en este debate con el inicio de un proceso de reforma constitucional durante la presidencia de Ricardo Lagos Escobar. Este proceso tenía la pretensión de superar el paradigma constitucional heredado de la dictadura, proponiendo una

nueva carta magna que consagrara un "piso institucional compartido". Sin embargo, esta reforma no logró satisfacer a un amplio sector de la población, políticos y académicos, quienes continuaron cuestionando la legitimidad de la Constitución de 1980. Para este sector, representado por autores como Fernando Atria, Francisco Zúñiga o Julia Urquieta, la reforma de 2005, si bien representaba un avance hacia una mejor Constitución, no cambiaba su esencia antidemocrática, autoritaria, neoliberal y sus principales enclaves dictatoriales (Zúñiga, 2014).

Por otro lado, cada vez se fue insertando en los movimientos sociales con más fuerza la necesidad de una nueva Constitución para Chile generada democráticamente. En Santiago, el año 2007, se presentó públicamente el movimiento "Ciudadanos por una Asamblea Constituyente" encabezado por el abogado de Derechos Humanos Roberto Garretón y el sociólogo Gustavo Ruz con el apoyo de diversas personalidades del mundo político y social (Grez, 2009, p.54).

En 2013 este movimiento lanzó la campaña "marca tu voto" que contó con importantes figuras del mundo político. Entre ellas, el actual Presidente de la República, Gabriel Boric y el exdiputado y exministro, Giorgio Jackson. Además, participaron académicos como Jaime Bassa y Fernando Atria, ambos ex miembros de la Convención Constitucional de 2022, entre otros. Según datos oficiales, esta campaña logró que el 10,3% de los votantes marcaran "AC" en la segunda vuelta de las elecciones presidenciales de ese año (Emol.com, 2013).

Este descontento y la percepción de continuidad con la Constitución de 1980 mantuvieron vigente la demanda por una nueva carta magna. En este contexto, el gobierno de Michelle Bachelet Jeria, que asumió el poder el 14 de marzo de 2014, presentó una agenda que incluía tres pilares fundamentales: la reforma educativa, la reforma tributaria y la elaboración de una nueva Constitución (BBC, 2015).

2. El Proceso

El 13 de octubre de 2015 el gobierno inició el "Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía". En su mensaje, Michelle Bachelet reitera la crítica a la legitimidad de origen de la Constitución de 1980 y sus limitaciones democráticas expresando que "Chile necesita una

nueva y mejor Constitución, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular. Una legítima y respetada por todos, que la conviertan en un motor de unidad nacional” (Bachelet, 2018, p.3).

El proceso se estructuró en tres etapas: participación ciudadana, sistematización de las respuestas obtenidas por la ciudadanía y la elaboración de una propuesta constitucional. La intención original era que esta propuesta fuera sometida al Congreso para su deliberación parlamentaria y, posteriormente, presentada a la ciudadanía en un plebiscito ratificatorio (Bachelet, 2018, p. 14). Sin embargo, este paso final nunca se concretó. El proyecto fue enviado al Congreso cinco días antes de que Bachelet terminara su segundo mandato y, tras el cambio de mando a Sebastián Piñera, el proyecto fue rápidamente archivado en el Congreso Nacional.

La “fase ciudadana” consideró cuatro dimensiones: respuestas individuales a una consulta o encuesta de carácter estructurado individual; la realización de 8.092 encuentros locales autoconvocados (ELAS) y que cualquier ciudadano podía organizar; la realización de 71 cabildos provinciales organizados por un comité establecido por el gobierno llamado Consejo Ciudadano de Observadores; y la realización de 15 cabildos regionales también supervisados por aquel comité. (Fuentes, 2016).

Esta etapa contó con el apoyo de un grupo encargado de velar por el correcto desempeño de las etapas de educación cívica-constitucional y de diálogos ciudadanos del proceso constituyente. Estuvo integrado por nueve abogados, dos ingenieros, un periodista, un escritor, un psicólogo, un deportista, una trabajadora de casa particular y un músico, todas personas elegidas por su conocimiento técnico y/o por su rol social (Gob.cl, 2015).

En esta primera fase participaron, según datos oficiales, 204.402 personas. El instrumento de consulta para los 3 tipos de cabildos incluyó 4 preguntas fundamentales: ¿Cuáles son los valores y principios más importantes que deben inspirar y dar sustento a la Constitución? ¿Cuáles son los derechos que la Constitución debe establecer para todas las personas? ¿Cuáles son los deberes y responsabilidades que la Constitución debe establecer para todas las personas? ¿Cuáles son las instituciones del Estado que debe contemplar la Constitución y qué características deberían tener?

En cada cabildo, se debía escoger una cantidad máxima de conceptos constitucionales a partir de una lista de valores predefinidos, con la posibilidad de agregar nuevos conceptos en la categoría de respuesta "Otro. Especifique:". Cada respuesta debía ser debatida y registrada con un nivel de acuerdo (acuerdo, acuerdo parcial, desacuerdo) junto con un resumen de los fundamentos del debate. (Bachelet, 2015)

Se encontró que las respuestas "Otro. Especifique:" representaban el 13,6% de todas las respuestas y se decidió categorizarlas para complementar los conceptos predefinidos. A través de un proceso de clasificación automática de texto y supervisión humana, se logró reclasificar el 96% de estas respuestas, sumando 92 conceptos ciudadanos a los 114 predefinidos (BCN, 2021).

Finalmente, todos estos datos fueron recopilados, analizados, sistematizados y ordenados por un Comité de Sistematización asesorado técnicamente por el Centro de Medición MIDE-UC de la Pontificia Universidad Católica y el Centro de Estudios de la Argumentación y el Razonamiento de la Universidad Diego Portales, quienes desarrollaron un informe final con los resultados cuantitativos y cualitativos del proceso (Comité de Sistematización, 2017). Este informe fue luego ocupado para construir las "Bases Ciudadanas para una Nueva Constitución" a través de las que se dio término a la etapa participativa del proceso. Las Bases Ciudadanas se componen de la sistematización del resultado de los distintos niveles de participación del Comité de Sistematización; la sistematización de resultados del Consejo Ciudadano de Observadores; y del Informe de Observación del Consejo Ciudadano de Observadores.

El 16 de enero de 2017, la presidenta Bachelet recibió las Bases Ciudadanas y, en su discurso, reiteró la importancia de una Constitución legitimada por la participación ciudadana. Se comprometió a enviar al Congreso un proyecto de reforma del Capítulo XV de la Constitución vigente para establecer una Convención Constitucional. Este proyecto fue enviado el 3 de abril de 2017, pero recibió duras críticas. El Parlamento debía decidir sobre la organización del proceso, con un plazo indicado de un año para la elaboración de la nueva Constitución. Sin embargo, el 6 de marzo de 2018, cinco días antes de finalizar su mandato y tras la derrota de su conglomerado en las elecciones presidenciales de 2017, se envió al Senado el proyecto de

reforma completa de la Constitución, el cual fue rápidamente descartado por los partidos políticos archivándose para siempre en el Congreso Nacional (Mascareño, et al. 2023).

La etapa de desarrollo del proyecto definitivo que fue enviado al Congreso enfrentó numerosas críticas, ya que implicaba la difícil tarea de interpretar el contenido derivado de la participación ciudadana y convertirlo en un texto constitucional. A pesar de que la Presidenta Bachelet, al anunciarlo, afirmó que éste se fundamentaba en las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución, derivadas de los diálogos y encuentros ciudadanos y de la consulta a los pueblos indígenas, la realidad es que la propuesta fue elaborada en gran medida por un reducido grupo de asesores de La Moneda, en un proceso cerrado (Aylwin, 2018). Esto generó fuertes críticas desde diversos sectores: la centroizquierda manifestó su descontento por no haber sido parte activa en la redacción; la derecha cuestionó los costos involucrados; la Corte Suprema expresó su malestar por no haber sido consultada sobre modificaciones relacionadas con la protección de derechos fundamentales; e incluso los miembros del Consejo Ciudadano de Observadores criticaron su exclusión en la fase final del proceso (Mascareño, et al., 2023).

Esta propuesta planteaba, en términos generales, la idea de un Estado de derecho democrático y social, cimentado en la protección de los derechos fundamentales de las personas. En cuanto al sistema político, se proponía un equilibrio de poderes, con la intención de reemplazar los quórum supra mayoritarios por mayorías simples y absolutas, excepto en el caso de reformas constitucionales, las cuales requerirían una aprobación de tres quintos. Además, se eliminaba el control preventivo del Tribunal Constitucional, limitando su facultad de revisión solo a ciertas leyes, y estableciendo un quórum de cuatro quintos para dichas previsiones. El proyecto, compuesto por 133 artículos y cuatro disposiciones transitorias, se caracterizaba por ser una Constitución minimalista y no demasiado refundacional (Mascareño et al., 2023).

3. La acción de Protección en la Propuesta de Michelle Bachelet

La propuesta de 2018 consagraba en su artículo 20, al igual que en la Constitución actual, una acción de protección de los derechos fundamentales bajo los siguientes términos:

Artículo 20.- Quien estime ser lesionado en los derechos establecidos en esta Constitución por actos arbitrarios o ilegales, causado por cualquier persona o institución, sea ésta privada o pública, puede recurrir ante cualquier Tribunal ordinario de primera instancia para obtener la efectiva protección frente a tal vulneración y el restablecimiento del derecho lesionado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda impetrar jurisdiccionalmente. De lo resuelto por el Tribunal respectivo será apelable ante el Tribunal Constitucional. La ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional regulará el ejercicio de esta acción constitucional de tutela de derechos.

Lamentablemente, no existe información disponible acerca de las discusiones técnicas que seguramente hubo para la redacción de toda la propuesta constituyente y tampoco de este artículo en particular, lo cual reafirma la idea de que la elaboración y redacción final fue realizada a puertas cerradas, sin transparencia ni participación ciudadana o política transversal.

La única información disponible son las Bases Ciudadanas para una nueva Constitución y los distintos informes de participación ciudadana que, si bien es un material rico en contenidos cualitativos y cuantitativos acerca de las preferencias valóricas y políticas de los ciudadanos, no sirve para explicar las razones detrás de la propuesta de articulado de una acción tan importante como la acción de protección y de los cambios que ésta implicaba para el *statu quo* de la actual Constitución, ni analizar en detalle qué tipo de dilemas fueron abarcados por los constituyentes para decidir el texto final.

Sin perjuicio de ello, es interesante de todas maneras analizar esta propuesta final y compararla con el actual artículo 20 para efectos de sumar al debate posibles soluciones a los diversos dilemas que nos hemos planteado. Ambos artículos difieren significativamente en varios aspectos cruciales que reflejan un cambio sustancial en la concepción y aplicación de la acción de protección. Entre estos cambios, se pueden destacar los siguientes:

Naturaleza jurídica. A diferencia de la Constitución actual que lo denomina un recurso de protección, esta propuesta es clara en definirlo como una acción constitucional de tutela de derechos.

Alcance de los Derechos. Como ya detallamos, el artículo 20 vigente vincula explícitamente la acción de protección a un listado específico y taxativo de derechos y garantías enumerados en el artículo 19, excluyendo los comúnmente llamados, derechos sociales. Por el contrario, el artículo 20 propuesto elimina esta exclusión y permite la protección del ejercicio de cualquier derecho establecido en la Constitución

Competencia. El artículo 20 propuesto descentraliza la competencia inicial al permitir que cualquier Tribunal ordinario de primera instancia pueda conocer de estos casos, lo que buscaría facilitar el acceso a la justicia y reducir la carga sobre las Cortes de Apelaciones. Además, el proyecto introduce la posibilidad de apelar ante el Tribunal Constitucional, lo que contrasta con la regulación actual donde la apelación sigue siendo competencia de la Corte Suprema.

La vulneración de los derechos. Mientras que la Constitución vigente utiliza la típica triada de "privación, perturbación o amenaza" para describir las vulneraciones a los derechos que pueden ser objeto de protección, el artículo propuesto simplifica esto al referirse a cualquier "lesión" de derechos, un término que puede interpretarse de manera más amplia y flexible.

Regulación del Procedimiento. La propuesta establece un mandato constitucional para incluir en una ley orgánica constitucional la regulación del procedimiento de la acción de protección, lo cual sugiere poner fin a la aplicación del auto acordado dictado por la Corte Suprema y su cuestionada legitimidad.

Actores Involucrados. La Constitución vigente permite interponer recursos de protección por actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sin especificar a quién deben ser atribuibles estos actos, excepto en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que explícitamente menciona la responsabilidad de una "autoridad o persona determinada". En contraste, el artículo 20 propuesto especifica que cualquier persona o institución, sea pública o privada, puede ser responsable. Además, el nuevo texto reformula la base de la acción, eliminando la referencia a "omisiones" y enfocando únicamente en "actos arbitrarios o ilegales". Este ajuste en la formulación puede tener implicancias significativas en cómo se abordan y se definen las responsabilidades legales en diferentes contextos, centrando la acción de protección más en las acciones concretas que en las faltas por omisión.

*

En conclusión, este proceso fue una ambiciosa iniciativa de parte del Gobierno de Michelle Bachelet que supo leer con bastante anticipación una demanda social transversal a gran parte de la ciudadanía, sin embargo, no fue llevada a cabo con los estándares necesarios para ser un proceso transparente y participativo ni supo lograr la adherencia ni social ni políticas necesarias para lograr con éxito un proyecto de este tipo, por lo que el producto generado quedó para siempre archivado en el Congreso Nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, el resultado del proceso fue el proyecto de Nueva Constitución que fue utilizado como insumo para la elaboración de los siguientes dos procesos constitucionales y siempre va a ser una significativa muestra de la primera respuesta política a la que podría decirse que es la mayor demanda social de lo que va del siglo XXI.

Respecto a la acción de protección, el proyecto abarcó, al menos parcialmente los cuatro dilemas estudiados; la naturaleza jurídica, catalogándola como una acción y no como un recurso; la competencia, traspasándola a los Tribunales inferiores y al Tribunal Constitucional; la Elefantiasis, eliminando la taxatividad en los derechos; y, la legitimidad del auto acordado, creando un mandato constitucional para la elaboración de una ley orgánica constitucional.

CAPÍTULO III. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE 2019-2022

El proceso constituyente iniciado en 2019 se caracterizó por su propósito refundacional, motivado por un estallido social sin precedentes en el Chile democrático, que expresó un amplio descontento con el sistema político y las estructuras de poder tradicionales. Esta ambición transformadora se reflejó tanto en la composición de los miembros de la Convención, electos en un ambiente de alta participación ciudadana y marcada por una diversidad inédita de representantes, como en los contenidos que conformaron la propuesta final. Sin embargo, a pesar de la amplitud de sus objetivos y de las expectativas depositadas en él, este proceso tampoco logró el objetivo de producir una Constitución aprobada por la ciudadanía. En las páginas siguientes, se examinarán los principales aspectos de este segundo intento de redacción de una nueva carta magna, explorando el contexto que dio lugar a este proceso, los procedimientos utilizados, y la forma en que la Convención abordó la figura de la acción de protección. Este último análisis se enfocará en las modificaciones propuestas para esta institución, evaluando las respuestas que la convención constituyente ofreció de cada uno de los dilemas descritos.

1. Estallido Social

Como es de público conocimiento, el 18 de octubre de 2019, Chile vivió un estallido social sin precedentes desde el retorno a la democracia en 1990. Lo que comenzó como una protesta en Santiago por el aumento en el precio del transporte público se transformó rápidamente en un movimiento nacional, impulsado por un descontento generalizado con las políticas gubernamentales. Las manifestaciones, que incluyeron mítines masivos, disturbios y diversas expresiones culturales, dieron voz a demandas más amplias, como la renuncia del Presidente Piñera, mejoras en pensiones, salud y educación, y la lucha contra las desigualdades sociales y el abuso de poder (Aguilera y Espinoza, 2022).

La diversidad y amplitud de las demandas sociales expresadas en estas manifestaciones públicas revitalizaron el debate sobre una nueva Constitución. Este clamor había sido temporalmente marginado de la luz pública tras el rechazo del Congreso a la propuesta de

reforma constitucional presentada por la presidenta Michelle Bachelet, lo que significó un aplazamiento de las aspiraciones constitucionales que, pese a ser postergadas, resurgieron con fuerza en el contexto de movilizaciones masivas.

La respuesta de la clase política a esta grave crisis llegó el 15 de noviembre del mismo año. A un mes del comienzo de las manifestaciones los líderes de la mayoría de los partidos políticos con representación parlamentaria, con la excepción del Partido Comunista y la Federación Ecológica Verde, transmitieron al país el “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”. Este pacto tenía como objetivo restablecer el orden público y apaciguar las protestas a través de una solución institucional a la crisis. Dicho acuerdo quedó incorporado en el capítulo XV de la Constitución vigente y estableció las bases para el inicio de un proceso constituyente previsto para el año 2020 (Biblioteca del Congreso Nacional, 2019).

2. El Proceso

El proceso comenzó el 25 de octubre de 2020, en donde Chile vivió un momento histórico con la realización del “plebiscito de entrada” al Proceso Constituyente. A pesar de la crisis sanitaria por la pandemia de COVID-19, la jornada se caracterizó por una masiva concurrencia a las urnas, registrando una participación del 50,9%, la más alta desde la instauración del voto voluntario en 2012. La opción "Apruebo" para la creación de una nueva Constitución recibió un 78,27% de las preferencias, y la modalidad de "Convención Constitucional" para redactarla obtuvo el 78,99% de los votos. Este resultado marcó el comienzo de un proceso constituyente que buscaría reflejar la voluntad popular en una nueva carta magna (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s.f.).

Los días 15 y 16 de mayo se celebró la segunda jornada electoral en Chile, en unos comicios en los que la ciudadanía -además de votar por los próximos gobernadores regionales, alcaldes y concejales- eligió a las 155 personas que redactarán la nueva Constitución del país, con paridad de género y con 17 escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas.

Producto que el malestar social estuvo principalmente dirigido a la clase política tradicional, una de las características que tuvo la elección de convencionales fue las pocas

exigencias que tuvo la conformación de listas de independientes para impulsar candidaturas. Esto generó una proliferación de candidaturas. En total, se presentaron 79 listas en todo el país, de las cuales solo 5 fueron resultado de acuerdos entre partidos políticos. Los principales pactos fueron "Vamos por Chile", que agrupaba a los partidos de derecha y centro derecha, la "Lista del Apruebo", que reunía a los partidos de centro izquierda de la ex Concertación, con exclusión del Partido Comunista, que se agrupó con el Frente Amplio, conformando el conglomerado "Apruebo Dignidad".

Las 74 listas restantes consistieron en candidaturas independientes, formadas principalmente por activistas y figuras públicas locales. Muchas de estas listas independientes se organizaron en conglomerados que facilitaron su identificación. Entre ellas, las más relevantes en términos de resultados electorales fueron la "Lista del Pueblo" (P) e "Independientes No Neutrales" (NN), formadas principalmente por individuos con orientación ideológica de izquierda y centroizquierda, respectivamente. (Fábrega, 2022)

La elección de los integrantes de la convención constitucional favoreció determinadamente a las listas de independientes. 103 de las 155 personas elegidas no eran militantes de partidos y 55 de ellas estaban vinculadas a listas de pactos que no incluían partidos con representación parlamentaria (Fábrega, 2022). Por otro lado, los grupos ligados a la izquierda y centro izquierda obtuvieron una mayoría abrumadora, principalmente por el triunfo electoral de la "Lista del Pueblo", lo que les permitió, en el desarrollo de la discusión constitucional, prescindir de los votos de los sectores de derecha, teniendo todo el poder de negociación a su favor.

El trabajo de la Convención Constitucional duró exactamente un año, desde su instalación el 04 de julio de 2021 hasta la entrega de la propuesta de nueva Constitución al Presidente de la República el 04 de julio de 2022. La labor constituyente se desarrolló en varias fases.

En primer lugar, se llevó a cabo una fase de instalación, durante la cual, la Convención inició sus funciones y eligió a su Presidenta y Vicepresidente. Se adoptaron normas básicas provisionales, se conformaron 8 comisiones transitorias, se realizaron audiencias públicas y se aprobaron 5 reglamentos que regulaban el funcionamiento de la Convención.

En segundo lugar, se dio una fase de elaboración de normas constitucionales, en la cual la Convención se organizó en 7 comisiones temáticas para recibir audiencias públicas, analizar las iniciativas de normas presentadas por la ciudadanía y los propios convencionales, deliberar y proponer las disposiciones que debían ser aprobadas en el Pleno por los 2/3 de los convencionales en ejercicio.

Posteriormente, se pasó a una fase de armonización, en la cual se creó una Comisión de Armonización integrada por 40 convencionales. Esta Comisión tenía la misión de consolidar un proyecto coherente de nueva Constitución, proponiendo al Pleno el orden de las normas aprobadas y su estructura, así como soluciones a posibles incongruencias, contradicciones o deficiencias de técnica legislativa. Además, se trabajó en el preámbulo y en las disposiciones transitorias durante esta etapa.

Finalmente, la propuesta fue sometida a un Plebiscito ratificatorio el 04 de septiembre de 2022 en el que el 62% de los votantes rechazó el texto de nueva Constitución propuesto por la Convención (Foro Constitucional UC, s.f.).

3. La nueva Acción de Tutela

El funcionamiento de la Convención constituyente estuvo dividido en 7 comisiones temáticas encargadas de estudiar, deliberar y aprobar propuestas de normas constitucionales y 25 disposiciones transitorias que serán sometidas para su discusión y aprobación por el pleno, conforme a lo establecido en el artículo 61 del reglamento de la convención (2022). Estas comisiones fueron: 1. Comisión sobre Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral. 2. Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía. 3. Comisión de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal. 4. Comisión sobre Derechos Fundamentales. 5. Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico. 6. Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional. 7. Comisión sobre Sistemas de Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes y Patrimonios.

Por mandato del artículo 67 letra e) del reglamento, la Comisión sobre sistemas de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional fue la encargada de abordar el tema de las acciones constitucionales y garantías institucionales a los derechos humanos y de los derechos de la naturaleza.

Según el tercer informe de esta Comisión, se implementaron diversas acciones para cumplir con el mandato de proponer normas constitucionales en las materias asignadas. Primero, se realizaron audiencias públicas que incluyeron la participación de representantes de órganos e instituciones del Estado, así como de la academia, centros de estudio, sociedad civil, ONGs, gremios y ciudadanos en general. Además, se llevaron a cabo visitas y actividades en terreno, con el fin de recopilar información adicional y antecedentes relevantes sobre las temáticas abordadas. Finalmente, se procedió a la recopilación de las iniciativas constituyentes relacionadas con la competencia de la Comisión, seguida de un proceso de deliberación.

Para esta fase de deliberación, se acordó una metodología específica que consistió en una presentación de diez minutos por parte de los autores de cada iniciativa, seguida de una ronda de preguntas y comentarios por los miembros de la Comisión. En total, se llevaron a cabo 13 sesiones destinadas a la presentación y análisis de las iniciativas constitucionales.

En la sesión 44° del día 24 de febrero de 2024 fueron presentadas las iniciativas constituyentes relativas a la acción de protección. Posteriormente, en sesiones desarrolladas con fechas 8, 9 y 17 de marzo de 2022, se procedió a la votación en general de estas iniciativas arrojándose los siguientes resultados (Comisión Sistemas de Justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional, 2022 (a))

Tabla 1 Iniciativas constituyentes sobre acción de protección.

Número de identificación de la iniciativa	Tema	Votación (a favor-en contra-abstención)
ICC N° 112-4	Acciones constitucionales	Rechazada (5-12-2)

ICC N° 160-4	Acciones de tutela y habeas corpus	Rechazada (7-11-1)
ICC N° 181-6	Recurso de protección	Rechazada (7-11-1)
ICC N° 803-6	Acción de protección	Aprobada (14-4-1)
ICC N° 817-6 y 940-6	Acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales	Aprobada (17-1-1)
ICC N° 880-6	Acciones de tutela de derechos fundamentales	Aprobada (14-4-1)

(Elaboración propia a partir de la fuente citada)

En resumen, algunos de los elementos principales que se pueden destacar de las iniciativas rechazadas son los siguientes:

La **iniciativa 160-4** establecía el derecho de toda persona cuyos derechos humanos fueren vulnerados a recurrir a una acción de tutela ante la Corte Constitucional. Respecto al derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, se permitía la interposición tanto individual como colectiva. Además, la iniciativa consideraba la posibilidad de participación ciudadana en el proceso judicial mediante el "amigo de la Corte" y la "la Defensoría de los Pueblos y del Medioambiente" (Miranda, et.al., 2022).

Por otro lado, la **iniciativa 181-6** proponía una redacción muy similar al actual artículo 20 de la Constitución, consagrando un catálogo taxativo de derechos y garantías establecidos en la Constitución que dan origen a la acción, la competencia radicada en la Corte de Apelaciones respectiva y la misma redacción respecto al derecho a un ambiente libre de contaminación. Esta iniciativa innovaba otorgar a la Corte Constitucional el conocimiento de la apelación de la sentencia de primera instancia y además, daba un tratamiento especial y restrictivo a la protección de los derechos sociales, en cuanto establecía un mandato al legislador para establecer un recurso especial de tutela para asegurar la efectiva protección de las obligaciones emanadas de estos derechos, con énfasis en las restricciones presupuestarias del Estado y el principio de no regresividad de los derechos (Álvarez, et.al., 2022).

Posterior a la votación en general de las iniciativas constituyentes, se realizó la tarea de sistematización de las aprobadas (ICC N° 803-6, 817-6, 940-6 y 880-6). Esta sistematización, posteriormente, sería objeto de indicaciones y votaciones en particular. (Reglamento de la Convención, 2022, art.91).

Antes de entrar al análisis particular de la nueva acción de protección sugerida por la convención, es interesante destacar que el texto sistematizado (Comisión Sistemas de Justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional, 2022 (b)) contemplaba un artículo inicial e introductorio para las acciones protectoras de derechos fundamentales que contenía principios generales de tutela efectiva, preferencia, oficialidad, celeridad y desformalización o sencillez y normas de interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Estas últimas aludían a los valores y principios de la Constitución y el derecho internacional. Esta idea finalmente fue recogida por los artículos 17 a 20 de la propuesta final, en donde vale la pena destacar la introducción de un mandato para el Estado de adoptar todas las medidas necesarias para la plena satisfacción de los derechos fundamentales, considerando para ello los principios de universalidad y no discriminación y los principios de progresividad e interdependencia de los derechos fundamentales. Como se verá mas adelante, esta estructura será también ocupada en el proceso constituyente 2023, en donde la analizaremos con mayor detalle.

Ahora bien, el texto sistematizado contemplaba las tres versiones de la acción de protección contenidas en las iniciativas que fueron aprobadas en general. Estas versiones fueron votadas en particular por los miembros de la Comisión, quienes finalmente aprobaron con 15 votos a favor, una abstención y 3 votos en contra, la indicación de los convencionales Bravo, Hoppe, Daza, Viera, Laibe y Jiménez que contenía un artículo único de acción de protección que recogía aspectos de todas las iniciativas aprobadas en general previamente.

Finalmente, la norma que consagró una nueva acción de protección bajo el nombre de *acción de tutela de derechos fundamentales* pasó por las distintas fases del desarrollo del proceso, siendo modificada solo en aspectos de forma que no alteraron el contenido del artículo, con la sola excepción de la adición de la frase "La acción se tramitará sumariamente y

con preferencia a toda otra causa que conozca el Tribunal." (Comisión Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional, 2022 (a), pág. 162)

Una vez aprobadas por el pleno de la convención las normas propuestas por las distintas comisiones temáticas y luego de la etapa de armonización, la acción de protección quedó reflejada en la propuesta que fue sometida a plebiscito de la siguiente manera (Convención Constitucional, 2022):

Artículo 119

1. Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el Tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el Tribunal.
2. Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.
3. Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.
4. El Tribunal competente podrá en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a petición de parte, decretar cualquier medida provisional que estime necesaria, y alzarlas o dejarlas sin efecto cuando lo estime conveniente.
5. No podrá deducirse esta acción contra resoluciones judiciales, salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados.
6. La apelación en contra de la sentencia definitiva será conocida por la Corte de Apelaciones respectiva. Excepcionalmente, este recurso será conocido por la Corte Suprema si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes emanadas de Cortes de Apelaciones. De estimarse en el examen de admisibilidad que no existe tal contradicción, se ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente para que, si lo estima admisible, lo conozca y resuelva.
7. (...)

8. Tratándose de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo.
9. En el caso de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, esta acción podrá ser deducida por las instituciones representativas de los pueblos indígenas, sus integrantes o la Defensoría del Pueblo.

Dentro de las modificaciones más importantes que esta propuesta introduce al actual artículo 20 de la Constitución son:

Naturaleza jurídica: En el inciso segundo, esta propuesta pareciera zanjar el dilema de la naturaleza jurídica del recurso de protección, estableciendo explícitamente que es una acción cautelar. Esto se puede ver reforzado, a su vez, con la primera frase del inciso quinto que señala que no se podrá deducir esta acción en contra de resoluciones judiciales. Sin embargo, la frase continúa, “salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados”, dejando abierta la posibilidad de que esta acción se utilice para modificar decisiones judiciales que se encuentren firmes y ejecutoriadas. Por otro lado, le agrega un criterio explícito que la transforma en una acción de última ratio, ya que se deben priorizar otros medios legales disponibles, a menos que por la urgencia y gravedad del caso, se pueda provocar un daño grave inminente o irreparable. Dejando con esto abierta una puerta a la discrecionalidad de los jueces para determinar cuándo existe la amenaza de provocar un daño grave inminente o irreparable.

Alcance de los Derechos: Al igual que la anterior, esta propuesta amplía el alcance de la acción de protección a todos los derechos consagrados en la Constitución y no solo a un listado taxativo de derechos de primera generación. De esta forma se resuelve el dilema de la elefantiasis sin hacer ninguna distinción entre los distintos tipos de derechos.

Competencia: En términos de competencia, el artículo 119 establece la responsabilidad inicial de cualquier “Tribunal de instancia” que la ley determine para conocer de la acción. Respecto a los procedimientos de apelación, se detalla que las apelaciones contra sentencias definitivas serán conocidas por la Corte de Apelaciones respectiva, sin embargo, se agrega un especie de recurso de unificación de jurisprudencia, ya que se establece la posibilidad de que

la Corte Suprema intervenga en casos de interpretaciones jurídicas contradictorias entre Cortes de Apelaciones.

Procedimiento: Respecto al procedimiento, detalla que la acción de protección se tramitará de manera sumaria y con prioridad sobre otras causas. Sumado a esto, inserta la obligación de los Tribunales de, al acoger o rechazar la acción, indicar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución de fondo del asunto. Además, aclara que la acción de protección no puede ser utilizada contra resoluciones judiciales, excepto en casos donde las personas afectadas no hayan sido parte en el proceso judicial original.

Finalmente, establece normas especiales acordes a los nuevos derechos e instituciones que se crean con la propuesta constitucional para los casos en que se busque proteger los derechos de la naturaleza y ambientales, así como los derechos de los pueblos indígenas y tribales, especificando la competencia de estas instituciones para deducir la acción.

*

A modo de conclusión, se puede notar rápidamente que la propuesta constitucional 2022 fue el resultado de un impulso refundacional emanado de movilizaciones sociales masivas que desestabilizaron a los poderes políticos e instituciones más importantes del Estado. Este impulso generó que los encargados de redactar el proyecto de Nueva Constitución sea un grupo mayoritario de personas de un sector de la izquierda radical e independiente de los partidos políticos que no tuvo reparos en proponer cambios significativos y extremos al *status quo*.

Dentro de estos cambios, en materia de acción de protección, se buscó dar respuesta a cada dilema identificado en el primer capítulo, por ejemplo, definirla constitucionalmente como una acción cautelar, ampliar la protección a todos los derechos fundamentales y radicar la competencia en los Tribunales de instancia que determine la ley. Sin embargo, a su vez, su contenido deja abierta varias dudas y abre la puerta a diversas críticas, tal como se analizará en el quinto capítulo, al compararla con las demás propuestas constitucionales.

CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE 2022-2023

El proceso constituyente 2022-2023 puede considerarse la contracara del proceso anterior. Mientras que el proceso previo se caracterizó por su enfoque profundamente refundacional, este nuevo intento estuvo determinado por el liderazgo del Partido Republicano, un grupo político conservador que rechazó siempre la necesidad de una nueva Constitución para Chile. En lugar de eso, estos actores respaldaban firmemente la legitimidad de la Constitución de 1980. Esta postura probablemente contribuyó al fracaso del proceso en lograr la aprobación de su propuesta por la mayoría de los votantes. Sin perjuicio de aquello, gracias principalmente a el trabajo de la Comisión Experta, el proceso tuvo la virtud de generar una rica y abundante discusión política y jurídica en torno a, entre otros temas, el recurso de protección. Este capítulo examina la forma en que se planteó y discutió la acción de protección en el contexto de este proceso, tomando en cuenta los aportes de la Comisión Experta y los informes y actas generados a lo largo de la deliberación. A través de estos documentos, es posible observar cómo las discusiones buscaron equilibrar las garantías de derechos fundamentales con la visión de estabilidad institucional promovida por sectores conservadores, lo cual enriquece el análisis comparativo con los procesos anteriores y permite una visión integral de la evolución de la acción de protección en los distintos intentos constituyentes.

1. El Proceso

Luego del plebiscito de salida del proceso constituyente 2021-2022 que culminó con el rechazo de la propuesta emanada del trabajo de la Convención Constitucional, se llegó a un acuerdo en el Congreso para llevar a cabo un nuevo proceso de creación de una Carta Magna para Chile. Con fecha 12 de diciembre de 2022, el Presidente del Senado, Álvaro Elizalde, y el Presidente de la Cámara de Diputadas y Diputados, Vlado Mirosevic, dieron a conocer el llamado “Acuerdo por Chile”. Este pacto político estableció las bases para redactar una nueva Constitución para el país. Fue firmado por representantes de diversos partidos políticos y movimientos, abarcando una amplia gama ideológica. Al igual que el “acuerdo por la paz”, este compromiso fue materializado a través de un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso. En él se establecieron 12 bases institucionales y fundamentales que el proyecto

debía respetar como, por ejemplo, la soberanía popular, el Estado unitario y descentralizado, el reconocimiento de los pueblos indígenas, entre otros (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s.f.).

Para llevar a cabo este proceso, se establecieron tres órganos: el Consejo Constitucional, la Comisión Experta y el Comité Técnico de Admisibilidad.

La Comisión Experta, conformada paritariamente en cuanto al género, por 24 personas caracterizadas por su trayectoria profesional y académica, (en su mayoría abogados y abogadas con excepción de un sociólogo, una periodista y un economista) se encargó de redactar un anteproyecto constitucional que sirvió como base para la discusión posterior en el Consejo Constitucional. Además, desarrolló un rol de colaboración en la armonización del texto final y la redacción de las normas transitorias. La Comisión Experta se dividió en cuatro subcomisiones temáticas: sistema político, reforma constitucional y formas de Estado, función jurisdiccional y órganos autónomos, principios, derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Biblioteca del Congreso Nacional, 2023).

El Consejo Constitucional, integrado por 50 personas elegidas mediante votación popular, tuvo la responsabilidad de debatir y aprobar una propuesta de texto constitucional. Tras las elecciones de consejeros de mayo de 2023, este órgano quedó conformado mayoritariamente por miembros de tendencia política de derecha. De las tres principales listas que compitieron por los escaños del Consejo, "Unidad para Chile", representando a la izquierda y centro izquierda, obtuvo solo 16 integrantes. En contraste, la lista "Chile Seguro", que agrupaba a la derecha tradicional y centro derecha, logró 11 miembros electos. Sin embargo, la lista que se ubicaba más a la derecha del espectro político, representada por el Partido Republicano, resultó ser la gran ganadora con 22 miembros electos, otorgándole el poder de veto unilateral de las normas al tener más de 2/5 de los miembros del consejo (Mella Polanco, 2023).

Por último, se conformó un Comité Técnico de Admisibilidad, integrado por 14 destacados juristas con trayectoria profesional y académica, designados por el Senado a partir de una propuesta única de la Cámara de Diputados. Este Comité tuvo la responsabilidad de revisar las

normas aprobadas en las diferentes instancias de la Comisión Experta y/o el Consejo Constitucional, con el fin de determinar si alguna de ellas era contraria a las bases institucionales contenidas en el artículo 154 de la Constitución vigente y, en ese caso, declarar su inadmisibilidad (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s.f.).

El cronograma para este nuevo intento constituyente fue más ajustado que el anterior, contando con menos de un año para completar el proceso.

En resumen, el procedimiento comenzó el 6 de marzo de 2023, en las antiguas dependencias del Congreso Nacional en Santiago, con la instalación de la Comisión Experta y el Comité Técnico de Admisibilidad. Del 3 al 5 de abril, la Comisión Experta debatió y votó en general las Propuestas de Normas Constitucionales, abriendo un período para presentar enmiendas al articulado propuesto.

Después de presentar enmiendas a las normas aprobadas en general, las Subcomisiones de la Comisión Experta debatieron y votaron sobre estas enmiendas. El 30 de mayo se completó la votación de los capítulos del anteproyecto constitucional. El 5 de junio, la Comisión Experta concluyó su primera etapa del Proceso Constitucional con una sesión plenaria, seguida de la proclamación de los consejeros constitucionales el mismo día.

El 17 de julio fue el plazo límite para que los consejeros constitucionales presentaran sus enmiendas al anteproyecto de nueva Constitución. El 4 de octubre, el pleno del Consejo Constitucional finalizó la votación de las enmiendas presentadas a los artículos y disposiciones transitorias de la propuesta de nueva Constitución.

El anteproyecto volvió a manos de la Comisión Experta, cuyos miembros debieron formular observaciones. El 13 de octubre, la Comisión Experta concluyó la votación de las observaciones a la propuesta de nueva Constitución emanada del Consejo Constitucional. Aquellas que no alcanzaron el *quorum* de los tres quintos de los votos para ser aprobadas o de los dos tercios para ser rechazadas de manera definitiva por el Consejo Constitucional, debieron enviarse a la Comisión Mixta. En esta instancia, sus integrantes debieron adoptar propuestas de solución a las observaciones de la Comisión Experta rechazadas por el Consejo, dentro del plazo de cinco días contado desde su instalación (inciso sexto del artículo 152 e inciso 5 del artículo 88 del

Reglamento). El sábado 21 de octubre se procedió a votar las soluciones propuestas y las modificaciones que los miembros de la Comisión Mixta presentaron a dichas propuestas.

El 30 de octubre, el pleno del Consejo Constitucional aprobó la Propuesta de Nueva Constitución, que sería sometida a votación el 17 de diciembre. El 7 de noviembre, el Consejo Constitucional entregó la propuesta de Constitución al Presidente de la República, quien firmó el decreto convocando al plebiscito nacional constitucional para el 17 de diciembre.

Finalmente, el domingo 17 de diciembre se llevó a cabo el Plebiscito Constitucional 2023, en el que la opción "En contra" obtuvo la victoria con 6.894.287 votos (55.76%), superando a la opción "A favor" que recibió 5.470.025 votos (44.24%) (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s.f.).

El desarrollo de la acción de protección en el proceso constituyente que culminó el año 2023 estuvo determinado principalmente por el trabajo realizado por los integrantes de la Comisión Experta. Si bien el Consejo Constitucional formuló indicaciones que alteraban su contenido, la estructura y elementos más importantes fueron construidos por los expertos, los que, a su vez, tuvieron una inspiración de continuidad de la tradición constitucional chilena y no una refundadora.

En los siguientes párrafos se estudiará el desarrollo de los artículos 23 al 26 de esta nueva propuesta constitucional, los que incluyen no solo el establecimiento del recurso de protección, sino que también principios y/o directrices nuevos para la aplicación y desarrollo de los derechos fundamentales en relación con esta nueva forma de acción constitucional.

2. La Acción de Protección en la Comisión Experta

En el primer ensayo, que contenía las normas aprobadas en general por el pleno de la Comisión Experta, no se contemplaba el recurso de protección (Proceso Constitucional, 2023). Esto produjo que los encargados de incluir esta acción fueran los integrantes de la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos. Esta Subcomisión estuvo integrada por 6 miembros, los cuales trabajaron en dos bancadas opuestas de acuerdo con el conglomerado político que representaban. Por un lado se encontraban, el Presidente de la Subcomisión Máximo Pavez

Cantillano, patrocinado por el Partido Unión Demócrata Independiente (UDI); Carlos Frontaura Rivera, patrocinado por el Partido Republicano (PR) y Marcela Peredo Rojas, patrocinada por el Partido Renovación Nacional (RN); y por el otro, Magaly Fuenzalida Colombo, patrocinada por la Federación Regionalista Verde Social (FRVS); Catalina Lagos Tschorne, patrocinada por el Partido Socialista (PS) y Verónica Undurraga Valdés, patrocinada por el Partido por la Democracia (PPD) (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s.f.-c).

Tal como da cuenta el Informe de la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos (2023-a) La discusión se llevó a cabo en las sesiones 11°, 12° y 13°. En estas sesiones se debatió acerca de las indicaciones presentadas por ambas bancadas de trabajo respecto a las acciones constitucionales, garantías de los derechos y libertades y, en particular, a la acción de protección.

La bancada compuesta por los comisionados Pavez, Frontaura y Peredo presentó y defendió el contenido de la indicación 272/2, que desarrollaba la acción de protección propiamente tal y la indicación 273/2, que creaba un órgano llamado Consejo Económico y Social.

Si bien, en la sesión n°11 en donde se presentan estas indicaciones, el comisionado Pavez explica que la intención de su propuesta es “no hacer grandes cambios desde el punto de vista de cómo se concibe la acción” (Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, 2023-b, pág. 30), uno de los puntos centrales de su propuesta busca solucionar el dilema de la elephantiasis que enfrenta el actual modelo de protección de los derechos y garantías, tal como se vio en el capítulo I. En otras palabras, el enfoque principal de la bancada de derecha era que la acción de protección debía centrarse en restablecer el imperio del derecho ante el ejercicio de una garantía por privación, perturbación o amenaza, manteniendo las mismas hipótesis actuales, pero limitando la posibilidad de que los Tribunales puedan definir o incidir en el diseño e implementación de políticas que afecten la responsabilidad fiscal.

Para lograr este objetivo, la indicación 272/2 distinguió entre derechos y libertades prestacionales y derecho y libertades no prestacionales con dos fórmulas distintas. Para los derechos y libertades no prestacionales se establecía un esquema muy similar al actual, desarrollando un catálogo taxativo de derechos recurribles. Para los derechos y libertades

prestacionales en cambio la formula implicaba dos requisitos extras. En primer lugar, un acto u omisión imputable a una autoridad o persona determinada y, en segundo lugar, que este acto u omisión implique el incumplimiento de prestaciones establecidas y determinadas explícitamente en las leyes que desarrollen estos derechos y libertades prestacionales que se pretenden hacer velar en sede de protección.

Esta indicación generaba un importante restricción al ámbito de aplicación del recurso de protección, ya que buscaba evitar a toda costa el problema de la elefantiasis y en cambio, que la acción se limitara a ser una acción cautelar de derechos específicos y prestaciones determinadas explícitamente por la ley.

Sin embargo, este diseño de la acción generaba un vacío en cuanto a la protección del ejercicio de derechos legítimos que no tuvieran desarrollada por parte del legislador prestaciones adecuadas para situaciones particulares. Para intentar suplir esta limitación, la indicación 273 establecía un “Consejo Social Autónomo” con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio. El que tendría carácter técnico y naturaleza consultiva y propositiva en todas aquellas materias que se relacionen directamente con el diseño e implementación de políticas relativas a la provisión del derecho a la protección de la salud; el derecho a la educación; el derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda adecuada (Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, 2023-a, pág. 26).

El objetivo de este organismo, según explica la comisionada Peredo en la misma sesión, sería abordar la dispersión y falta de coordinación en la implementación de políticas sociales en Chile respecto al ejercicio de los derechos listados en el párrafo anterior, creando un órgano exclusivo dedicado a fomentar el desarrollo de las políticas públicas necesarias para poder dar protección al ejercicio de los derechos sociales prestacionales.

Por otra parte, el grupo de las comisionadas Undurraga, Lagos y Fuenzalida presentaron las indicaciones 261/2, 262/2, 263/2, 264/2, 265/2 y 266/2.

En resumen, la propuesta busca establecer un marco de principios, compromisos y limitaciones para la interpretación, implementación y regulación de los derechos fundamentales y las prestaciones sociales asociadas a estos derechos en la nueva Constitución.

Además, propone una acción de protección sin mayores cambios a la actual salvo la ampliación del ámbito de protección a todos los derechos sin establecer un catálogo taxativo entre otros cambios que se explicarán a continuación.

La indicación 261/2 establece una serie de principios que deben orientar la interpretación e implementación de los derechos contemplados en el capítulo II, titulado 'Derechos y Libertades Fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales'. Los principios propuestos incluyen la dignidad, la libertad individual y la igualdad; la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos; la preservación de los derechos esenciales para garantizar la democracia; la no discriminación y la eliminación de obstáculos para asegurar una igualdad efectiva, incluyendo la igualdad de género; el reconocimiento de los pueblos indígenas como parte integral de la nación chilena, así como el respeto y la promoción de sus derechos y culturas; y, finalmente, el cumplimiento de los derechos reconocidos por los tratados internacionales ratificados y promulgados por Chile.

La Indicación 262/2 establece que las leyes y normas reglamentarias que regulen las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales deben adherirse a los principios mencionados anteriormente y, además, deben comprometerse con la implementación razonable, materialización progresiva y no regresividad de los derechos; asegurar un nivel adecuado de protección para cada derecho; avanzar hacia condiciones de mayor justicia social y económica; garantizar políticas gubernamentales fiscalmente responsables.

La Indicación 263/2 agrega un mandato para que el Estado adopte medidas legislativas y de otro tipo adecuadas para alcanzar la materialización progresiva de las prestaciones sociales vinculadas a derechos fundamentales

La indicación 265/2 establece que los derechos y libertades reconocidos solo podrán sujetarse a regulaciones previstas por la ley y en las normas fundadas en ella, que sean necesarias en una sociedad democrática.

Por otro lado, la indicación 264/2 establece que las personas jurídicas de derecho privado solo serán titulares de derechos en aquellos casos en que expresamente así se disponga y de aquellos que por su naturaleza les son aplicables.

Y finalmente, la indicación 266/2 regula la acción de protección propiamente tal en detalle. Establece que cualquier persona que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de todos los derechos y garantías constitucionales, sin excepciones, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, que tomará de inmediato las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. Indica que la ley debe disponer de un procedimiento cautelar, preferente, sumario y efectivo para el conocimiento y resolución de esta acción. Permite que el Tribunal, antes de conocer la acción, adopte cualquier medida provisional urgente. Si el asunto puede resolverse mediante un procedimiento de lato conocimiento u otro, la Corte de Apelaciones debe remitir el asunto al juez correspondiente. Por último, la decisión de la Corte de Apelaciones será apelable ante la Corte Suprema, que podrá agrupar recursos de la misma naturaleza para su resolución.

Otro importante aspecto de la propuesta de las expertas Undurraga, Lagos y Fuenzalida son un conjunto de indicaciones de normas transitorias. Dentro de estas se destaca la disposición transitoria II/2 que tenía por objetivo resolver un problema similar al que buscaba enfrentar el “Consejo Social Autónomo” de la propuesta de la otra facción de expertos. Resumidamente, la propuesta establece lo siguiente:

Se formará un grupo de trabajo entre el Poder Legislativo y ejecutivo con el objetivo de revisar la normativa existente en materia de derechos y libertades fundamentales y de identificar las modificaciones legales y reglamentarias necesarias. Esta tarea deberá completarse dentro de los tres años siguientes a la aprobación de la Constitución.

Durante los tres años posteriores a la aprobación de la Constitución, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema solo podrán obligar al Estado a otorgar prestaciones sociales vinculadas a derechos fundamentales que estén expresamente contempladas en la legislación vigente.

Si después de tres años, el Poder Legislativo no ha aprobado la legislación requerida o el Poder Ejecutivo no ha implementado efectivamente la legislación promulgada, las cortes mencionadas podrán ordenar al Estado el cumplimiento de estos derechos, considerando los principios de interpretación y aplicación de derechos y la deferencia a los poderes democráticos en la determinación de las formas de satisfacción de los derechos.

Y al final, establece que cada diez años, a partir del vencimiento del plazo inicial de tres años, se repetirá el proceso de revisión para identificar las modificaciones legislativas y reglamentarias necesarias.

En resumen, y según la explicación de Verónica Undurraga (Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y políticos, 2023, sesión 11, pág. 52) la propuesta establece un “modelo de control judicial débil-fuerte”. Este modelo busca evitar “bloqueos o inercia legislativa” en el diseño de políticas públicas destinadas a la materialización del ejercicio de los derechos Constitucionales, otorgándole la facultad a los jueces para que, luego de tres años de inercia legislativa, puedan ordenar a los órganos del Estado el cumplimiento de estos derechos más directamente.

Finalmente, en la sesión n°21 de 17 de mayo de 2023 se llevaron a cabo las votaciones de las enmiendas presentadas al texto aprobado en general por el pleno de la Comisión Experta para incluirlas al texto definitivo que se llevaría al Consejo Constitucional como anteproyecto de nueva Constitución.

Respecto a las disposiciones transitorias propuestas por los comisionados solo prosperó aquella que estipulaba un plazo de dos años contado desde la entrada en vigencia de la Constitución para que el Presidente de la República envíe al Congreso uno o más proyectos de ley para regular los procedimientos de la acción de protección y de la acción de amparo. Señalando además que mientras no entre en vigencia dicha normativa, regirán los autos acordados que la Corte Suprema dicte a esos efectos.

Ahora bien, sobre las normas que regulaban la acción de protección de manera general y específica, los comisionados decidieron presentar una “enmienda de unidad de propósitos”

con el objetivo de lograr una aprobación unánime de un conjunto de normas que quedaron bajo el acápite de “De las Garantías de los Derechos y Libertades”.

De esta forma, el anteproyecto que fue enviado al Consejo Constitucional para la siguiente etapa del proceso, en materia de Garantías a los derechos y libertades fundamentales y de acción de protección fue el siguiente:

Artículo 23

1. La ley podrá regular, limitar o complementar el ejercicio de los derechos fundamentales.
2. Los derechos consagrados en esta Constitución solo estarán sujetos a aquellos límites que sean razonables y puedan ser justificados en una sociedad democrática.
3. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia, ni se le podrá imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Artículo 24

El Estado deberá adoptar medidas adecuadas para realizar los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación, atendiendo a:

- a) El desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de estos derechos.
- b) El aseguramiento de un nivel adecuado de protección para cada derecho.
- c) La no discriminación o diferenciación arbitraria.
- d) La remoción de obstáculos para asegurar condiciones efectivas de igualdad.
- e) El empleo del máximo de recursos disponibles, con responsabilidad fiscal.
- f) La satisfacción a través de instituciones estatales y privadas, según corresponda

Artículo 25

Las medidas adecuadas para la realización de los derechos indicados en el artículo anterior serán determinadas por la ley y las normas fundadas en ella. En la aplicación e interpretación de las disposiciones de este artículo, los Tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas que realicen los derechos individualizados en el artículo precedente.

Artículo 26

1. El que por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 16 de esta Constitución, con exclusión de los derechos dispuestos en el inciso siguiente, 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. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, procederá esta acción cuando este sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

2. Tratándose de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos en el artículo 16 de esta Constitución, el que por causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones legales o discriminación en el acceso a las mismas, 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.

3. Una ley regulará el procedimiento de estas acciones, cuya tramitación será breve y concentrada, y gozará de preferencia para su vista y fallo.

4. El Tribunal, antes de conocer la acción, podrá adoptar cualquier medida provisional urgente.

5. Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, en el caso que la Corte desestimare la acción por considerar que el asunto es de lato conocimiento o no tiene naturaleza cautelar, indicará el procedimiento que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.

6. La decisión será apelable para ante la Corte Suprema, la que conocerá y resolverá el recurso, pudiendo decidir fundadamente agrupar recursos de la misma naturaleza.

La estructura de esta propuesta común se conservó hasta el texto final de propuesta de nueva Constitución sujeta a plebiscito. Sin embargo, su contenido fue alterado significativamente luego de su paso por el Consejo Constitucional, tal como se verá a continuación.

3. La Acción de Protección en el Consejo Constitucional

Al igual que la Comisión Experta, el Consejo Constitucional se subdividió en comisiones temáticas. La Comisión de Principios y Derechos Civiles y Políticos fue la encargada de revisar,

entre otros, los artículos referidos a las garantías de los derechos y libertades entregados por la Comisión Experta.

En las primeras semanas de actividad del Consejo Constitucional, la comisión temática comenzó a debatir sobre los temas de su competencia. Para ello, recibieron la exposición de diversas personas e instituciones del mundo académico político y social. Durante esta fase, se programaron trece sesiones, con un total de cuarenta presentaciones. El contenido de estas sesiones está registrado en el informe elaborado por dicha Comisión (Informe de la Comisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos del C.C., 2023).

En la sesión 40ª, de fecha 22 de agosto, se realizó la discusión de las enmiendas presentadas, entre otros, a los artículos 23, 24 y 25 del anteproyecto de la Comisión Experta (pág. 168 y ss.).

El artículo 25 del anteproyecto de la Comisión Experta fue el único que no recibió ninguna modificación en su texto por los consejeros, por lo que se mantuvo así hasta el final del proceso.

Por su parte, al artículo 23, la única enmienda que se aprobó fue agregar al principio del numeral 1° antes de la frase “La ley podrá regular, limitar o complementar el ejercicio de los derechos fundamentales” la palabra “Solo”. Esta fue la enmienda 282/2 respaldada por la consejera Carolina Navarrete en la discusión, quién explicó que el propósito de esta “es reforzar la reserva legal, que busca que las restricciones a los derechos fundamentales siempre estén y se hagan en virtud de una ley, es decir, como consecuencia de una decisión democrática” (pág. 171). Por su parte, el consejero Luis Silva explicó que “(...) no se pretende desconocer el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución del Ejecutivo. En ningún caso se quiere cercenar al Presidente de la República la competencia indispensable para hacer la bajada de las leyes y operativa la protección de los derechos fundamentales” (pág. 172). Anteriormente, en la sesión 33ª, de fecha 9 de agosto, el miembro de la Comisión Experta, el señor Máximo Pavez, quien participó como expositor en defensa de las enmiendas presentadas por la Unión Demócrata Independiente, argumentó que “dicha enmienda tiene como propósito evitar los potenciales abusos, excesos o desviaciones de poder de la autoridad ejecutiva. Explicó que, si bien la

autoridad ejecutiva debe contar con las herramientas para aplicar una regulación, esa regulación debe ser dictada por ley” (pág 156).

Por otro lado, las principales modificaciones que se efectuaron al artículo 24 fue, en la letra a) eliminar la palabra “plena” entre las frases “El desarrollo progresivo para lograr la” y “efectividad de estos derechos” y el cambio completo de la letra d) pasando de “La remoción de obstáculos para asegurar condiciones efectivas de igualdad” a “El deber de apartar las dificultades que impidan la satisfacción de estos derechos”. Respecto a estas modificaciones, Silva explicó que busca impregnar una “cuota de realismo” a la hora de garantizar las prestaciones asociadas a estos derechos sociales, ya que la satisfacción de estos derechos nunca va a poder ser plena (pág 172).

En la sesión 41° se realizó la discusión de las enmiendas presentadas al recurso de protección establecido en el artículo 26 de la propuesta de la Comisión Experta.

Las principales modificaciones planteadas por la Comisión se enfocaron en alterar la forma en que fue concebida por los expertos la protección a las prestaciones vinculadas al ejercicio de los derechos sociales y fueron justificadas en dicha sesión por las consejeras Carolina Navarrete, Ivonne Mangelsdorff y el consejero Luis Silva (pág. 175-176, 2023).

En primer lugar, la enmienda 299/2 reemplaza la palabra "establecidos" por "reconocidos" en el inciso primero. Según Mangelsdorff, este cambio tenía el fin de enfatizar que los derechos mencionados en la Constitución son inherentes a la naturaleza humana y no concedidos por el Estado. (pág. 176) En mí parecer, una modificación que buscaba imprimir en el articulado un corte ius naturalista de poca relevancia práctica. Un ejemplo de las acciones llevadas a cabo por el sector más conservador del Consejo que luego serían duramente criticadas por la opinión pública.

Luego, la enmienda 293/2 modifica la frase "con exclusión de los derechos dispuestos en el inciso siguiente" por "con exclusión de las prestaciones dispuestas en el inciso siguiente", clarificando que las exclusiones mencionadas son relativas a prestaciones específicas y no al resto de las dimensiones que poseen los derechos sociales como, en el ejemplo dado por la

propia consejera Navarrete, el derecho a la educación que incluye la libertad de los padres a elegir la educación de sus hijos. (pág. 175)

El cambio más significativo introducido por estas enmiendas fue la enmienda 298/2, que sustituyó completamente el inciso 2, alterando tanto el alcance como la naturaleza de la protección judicial en relación con las prestaciones sociales. La redacción original protegía el ejercicio legítimo de prestaciones legales y prohibía la discriminación en su acceso. Sin embargo, la enmienda elimina esta referencia a la discriminación y enfatiza que las prestaciones sociales, relacionadas con derechos como la salud, vivienda, agua, saneamiento, seguridad social y educación, deben estar 'regladas expresamente en la ley' para que proceda la acción judicial. Además, restringe la posibilidad de que la acción sea interpuesta por un tercero en nombre del afectado. Finalmente, la enmienda redefine el rol de la Corte de Apelaciones, limitando su función a asegurar la protección del afectado mediante el cumplimiento de la prestación reglada, en lugar de adoptar cualquier medida que considere necesaria. La consejera Navarrete explicó que esta enmienda busca garantizar que las prestaciones sociales estén claramente definidas por la ley, evitando así interpretaciones judiciales amplias que puedan derivar en la creación de políticas públicas. (pág. 175)

Estas modificaciones fueron remitidas al pleno del Consejo Constitucional. En la sesión ordinaria 14°, del viernes 22 de septiembre del 2023, se realizó la votación en particular las propuestas de normas constitucionales relativas al Capítulo II Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales, artículos 17 al 29 bis, en virtud de lo consagrado en el artículo 78 del Reglamento de funcionamiento de los órganos del Proceso Constitucional. En esta sesión, el consejero Miguel Rojas en representación de la Presidencia de la Comisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, rindió el informe del Capítulo II en la parte que corresponde a los mencionados artículos.

Luego de presentado este informe, la sesión continuó con la intervención de los consejeros y miembros de la Comisión Experta que lo solicitaron. Respecto al bloque de artículos referidos a las garantías de los derechos constitucionales, se produjo, como fue la tónica en esta

instancia, una discusión altamente polarizada entre los sectores “progresistas” de izquierda y centro izquierda y los sectores “conservadores” de derecha y centro derecha.

Por una parte, el sector conservador, encabezado por el consejero Luis Silva, destinaron sus intervenciones principalmente a explicar que el objetivo principal de las enmiendas de su sector es la defensa del papel exclusivo del legislador en la definición de los derechos fundamentales, con el propósito de eliminar lo que perciben como una tendencia creciente en los Tribunales de querer sustituir al poder político, interviniendo en la creación de políticas publicas a través de sentencias (pág. 21-24). Además, el consejero Miguel Rojas, agregó que las propuestas de este sector buscan armonizar adecuadamente los derechos reconocidos por la Constitución, establecer limitaciones legales y garantizar la correcta implementación de los derechos sociales. Sugirió que estas propuestas permitirán una mayor evolución y profundización en los criterios y argumentos de las sentencias judiciales, dejando la construcción legislativa del procedimiento en manos del legislador y la responsabilidad de su conocimiento y fallo en los Tribunales de justicia (pág. 17-19).

Por otro lado, el sector progresista criticó duramente la restricción a la protección de los derechos sociales que se impuso en las enmiendas que modificaron el anteproyecto, acusando una limitación preocupante de la acción de protección, una jerarquización en la protección de los derechos con preponderancia en las libertades y derechos económicos y de propiedad en desmedro de los derechos sociales y culturales. Alegan que estas modificaciones socavan la posibilidad de desarrollar un verdadero Estado Social. Y, por último, critican la posición política de la derecha de dar excesiva relevancia a restringir las facultades del Poder Judicial en el conocimiento y resolución del recurso de protección, aludiendo a que con ello se impone una reserva legal en materia de derechos fundamentales que, en la práctica, suprime no solo el activismo judicial, sino que la potestad reglamentaria de la administración (pág. 53-58).

4. La Acción de Protección en la Comisión Mixta

Luego de 26 sesiones del pleno del Consejo Constitucional, el anteproyecto vuelve a manos de la Comisión Experta para que sus miembros formulen observaciones al texto. Del total de 210 observaciones, el Consejo Constitucional rechazó definitivamente 24. Asimismo, 32 de

esas observaciones fueron remitidas a la Comisión Mixta, por no haber alcanzado el quorum de rechazo de 2/3 de los integrantes del Consejo Constitucional, según lo estatuye el inciso 6 del artículo 152 de la Constitución Política (Centro de Estudios Públicos, 2023).

Respecto al conjunto de artículos que hemos analizado, se sometió al conocimiento de la Comisión Mixta solo una observación, la que tenía por objetivo modificar en el artículo 26, inciso primero, la frase “con exclusión de los derechos dispuestos en el inciso siguiente” que había sido cambiada por el Consejo Constitucional por “prestaciones”.

Se sometieron a votación dos propuestas de solución. La primera, del sector progresista, que nuevamente fueron minoría, plantearon la frase “de las prestaciones sociales vinculadas a los derechos que se refiere el inciso siguiente”. Las derechas propusieron volver a la fórmula propuesta por la Comisión Experta, conservando la frase “derechos enunciados en el inciso siguiente”. Esta última se aprobó con 10 votos a favor, 0 votos en contra y 2 abstenciones.

Finalmente, el artículo 26, que recogió el texto de la nueva acción de protección quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 26

1. El que por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en el artículo 16 de esta Constitución, con exclusión de los derechos enunciados en el inciso siguiente, 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. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, procederá esta acción cuando sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.
2. Tratándose de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos en el artículo 16 de esta Constitución, el que por causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones regladas expresamente en la ley podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que ordenará el cumplimiento de la prestación, asegurando la debida protección del afectado.

3. Una ley regulará el procedimiento de estas acciones, cuya tramitación será breve y concentrada, y gozará de preferencia para su vista y fallo.
4. El Tribunal, antes de resolver la acción, podrá adoptar cualquier medida provisional urgente.
5. Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, en el caso de que la Corte desestimare la acción por considerar que el asunto es de lato conocimiento o no tiene naturaleza cautelar, indicará el procedimiento que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.
6. La decisión será apelable para ante la Corte Suprema, la que conocerá y resolverá el recurso, pudiendo decidir fundadamente agrupar recursos de la misma naturaleza.

*

Como se ha mencionado anteriormente, este proceso constituyente no tuvo la impronta refundacional que marcó al proceso anterior, por lo que la acción de protección propiamente tal mantuvo sus aspectos fundamentales. No obstante, se incorporaron algunos elementos que merecen destacarse:

Naturaleza Jurídica. Si bien no se define expresamente como una acción cautelar, a partir de lo expresado en el inciso quinto, se deja claro que la naturaleza de la acción consagrada es cautelar.

Regulación del procedimiento. Se añadió un mandato constitucional para que sea la ley, y no un auto acordado, la que regule el procedimiento, estableciendo que este debe ser breve, concentrado y con preferencia sobre otros procesos.

Alcance de los Derechos. Como ya dijimos, se establecen dos tipos distintos de acción de protección, la primera solo aplica para “derechos de primera generación” y la segunda para “derechos sociales prestacionales.

Por último, en lo que respecta a la labor de los jueces, se les otorga la facultad constitucional de decretar medidas provisionales urgentes y se les impone la obligación de, al declarar inadmisibles un recurso, indicar el procedimiento adecuado a seguir.

Sin perjuicio de aquello, y como ya se ha mencionado, el tema central que se buscó en esta propuesta fue acabar con el dilema que ha enfrentado la actual aplicación de esta acción relacionado con la “elefantiasis” y el activismo judicial. En este sentido, la principal discusión que se dio en todo el proceso fue la contraposición de dos posturas. Por un lado, el sector progresista y minoritario buscaba incluir la protección de los derechos sociales y, por otro lado, las derechas pretendieron cerrar definitivamente la puerta a que los jueces pudieran crear, a través de sus sentencias, políticas públicas.

Como es evidente, el sector mayoritario logró imponer su posición, dando como resultado que se limitara absolutamente la aplicación de la acción de protección como mecanismo de protección a los derechos sociales, restringiéndolo a la posibilidad exigir el cumplimiento de una prestación reglada expresamente en la ley.

CAPÍTULO V. ANÁLISIS COMPARATIVO

En el primer capítulo de esta memoria se han analizado los principales dilemas que ha levantado la doctrina en torno al recurso de protección. En el segundo capítulo se describieron los fallidos procesos constituyentes y el desarrollo que cada uno realizó en torno a esta acción constitucional. El objetivo de este tercer capítulo es identificar y comparar en qué medida los procesos constituyentes consideraron los cuatro grandes dilemas planteados y analizar críticamente sus propuestas de solución.

1. Dilema de la Naturaleza Jurídica

1.1 Acción o Recurso

Como ya lo mencionamos en el capítulo primero, la naturaleza jurídica de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales se encuentra definida en el inciso segundo de la Constitución actual como “recurso de protección”. Como pocas veces se ve en doctrina, existe un amplio consenso en definirla como una acción constitucional y no como un recurso, evidenciando un error en denominación utilizada por la CENC. En este sentido, las propuestas constitucionales no fueron una excepción y respetaron el consenso logrado, refiriéndose todas como “acción” y no como “recurso”.

La propuesta de Michelle Bachelet en el inciso segundo del artículo 20 señala: *“La ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional regulará el ejercicio de esta **acción constitucional** de tutela de derechos”* (destacado añadido).

Por su parte, el artículo 119 de la propuesta constitucional del 2022 menciona diez veces la palabra “acción”. Por ejemplo, en su inciso primero señala “Esta **acción** se podrá deducir mientras la vulneración persista. La **acción** se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el Tribunal.” (destacado añadido). Y en el inciso segundo agrega “Esta **acción cautelar** será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.” (destacado

añadido). De esta forma, los convencionales quisieron dejar en claro que la naturaleza jurídica de esta figura no es un recurso sino una acción constitucional cautelar, tal como se analizará en el subliteral 3 de este apartado.

En tercer lugar, la propuesta constitucional de 2023 también fue clara en determinar que nos encontramos frente a una “acción” haciendo esta referencia cinco veces en el artículo 26. Una de las más aclaradoras sobre este punto es el inciso tercero que establece que “Una ley regulará el procedimiento de estas **acciones**” (destacado añadido). Así, esta propuesta crea una nueva acción constitucional que protege el ejercicio de prestaciones regladas expresamente en la ley vinculadas al ejercicio de los de los derechos a los derechos a la salud, vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación. De esta forma, el actual recurso de protección que solo aplicaría, según la Constitución, sobre ciertos derechos excluyendo otros, se transformaría a dos acciones constitucionales distintas. Una protegería el ejercicio de los clásicos derechos fundamentales (derecho a la vida, libertad de trabajo, propiedad, igualdad, etc.) y la otra, resguardaría el cumplimiento de las prestaciones que la ley determine en virtud de algunos de los derechos sociales mencionados.

En conclusión, todos los procesos constituyentes tuvieron la virtud de dar una respuesta concreta a este primer dilema estudiado, evitando dejar dudas sobre su naturaleza jurídica, intentando cerrar definitivamente esta discusión generada por la falta de una definición clara en la actual Constitución, lo que en mí parecer, es la solución que mejor responde a la historia fidedigna de la aplicación de la acción de protección en nuestro país y debiera ser la solución que toda reforma a la Constitución contenga sobre este punto.

1.2 Procedimiento unilateral o proceso bilateral

Recordando lo analizado en el primer capítulo, este dilema gira en torno a vislumbrar quién es el sujeto pasivo de esta acción y qué rol tiene en el proceso judicial que le afecta y cuál es el objeto de la acción. Sobre la naturaleza particular del procedimiento o proceso que da forma a la tramitación de la acción de protección poco puede encontrarse tanto en la Constitución actual como en las propuestas constitucionales estudiadas, ya que esta regulación se ha

entregado a normas de categoría inferior, por lo que podríamos concluir que este dilema no fue abarcado por los constituyentes con la importancia que debiese tener.

Respecto al sujeto pasivo de la acción ninguna de las propuestas hace alusión al ofensor, sino que emulan la formula actual que se refiere solo a la facultad o derecho que tiene el ofendido para acudir ante el Tribunal o Corte competente, mas no contemplan el rol que le cabe ofensor en el proceso.

Por otro lado, el objeto de la acción no dista demasiado de la actual forma: “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. La propuesta de 2018 establece: “(...) obtener la efectiva protección frente a tal vulneración y el restablecimiento del derecho lesionado”. La de 2022 señala “(...) para restablecer el imperio del derecho”. Y, por último, la propuesta de 2023 utiliza exactamente la misma frase para la acción de protección de los “derechos de primera generación” y para la acción que se trata de prestaciones sociales vinculadas a ciertos derechos de “segunda generación” el objeto sería ordenar el cumplimiento de la prestación, asegurando la debida protección del afectado.

Como se puede observar, los constituyentes no dieron respuesta explicita a esta problemática, lo que, desde mi punto de vista, me lleva a inclinarme por quienes plantean que estamos frente a un procedimiento unilateral, donde el sujeto pasivo es el juez que conoce de la acción y que puede/debe cautelar el ejercicio del derecho que se encuentra vulnerado, no siendo posible entonces hablar de un proceso bilateral ni del ofensor como parte, por lo que tampoco podríamos alegar una infracción al debido proceso.

1.3 Tutela jurídica que se busca obtener.

Otro aspecto de la naturaleza jurídica de la acción de protección que ha sido un dilema en la doctrina es el tipo de tutela jurídica que otorga la acción de protección, pudiendo ser una acción declarativa, cautelar o especial. En este sentido, la actual Constitución no otorga ninguna respuesta clara y definitiva. De la misma forma tampoco lo hace la propuesta de nueva Constitución de Bachelet, la que la denomina como una “acción constitucional de tutela de derechos”. Esta propuesta continúa dejando sin respuesta a este dilema.

Por otro lado, las siguientes dos propuestas constitucionales fueron muy claras a la hora de definir la naturaleza de la acción. Optando por la postura doctrinaria mayoritaria, ambas propuestas la definen como una acción cautelar.

La propuesta del 2022 lo hace de forma expresa señalando en el inciso segundo del artículo 119 que estamos en presencia de una acción cautelar y, además, señalando que solo será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar su derecho, con la excepción de casos en que “por su urgencia y gravedad pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable”. Así, en este proyecto, la acción de protección se define explícitamente como una acción cautelar de última ratio que debe ser tramitada solo en los casos en que exista una urgencia y gravedad capaces de provocar un daño grave al tutelado o cuando no exista vía procesal para reclamar el derecho afectado. Más allá de las diversas interpretaciones que deben hacerse a la hora de analizar la procedencia de la acción a la luz de lo expresado en este artículo, la convención fue clara en optar por una forma de entender el recurso de protección como una acción que, si bien protege todo tipo de derechos consagrados sin distinción, esta se encuentra limitada a ser una herramienta de ultima ratio.

El proyecto de Constitución del Consejo fue menos explícito al momento de definirla como una acción cautelar, sin embargo, el resultado final es similar, ya que en el inciso quinto del artículo 26 faculta a las Cortes a desestimar la acción en caso de considerar que “el asunto es de lato conocimiento o no tiene naturaleza cautelar”, y ordena que en aquellos casos deberá indicar el procedimiento que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.

Para las últimas dos propuestas entonces la naturaleza de la acción de protección es cautelar y no declaratoria de derechos, lo cual se deja en evidencia al establecer, ambos proyectos, el deber de los jueces de señalar el procedimiento que corresponda cuando la protección no sea la vía idónea por requerirse de un proceso de lato conocimiento.

A partir de lo estudiado podemos concluir que dos de los tres puntos que conforman el dilema de la naturaleza jurídica del denominado recurso de protección fueron debidamente abarcados por los diferentes procesos constituyentes inclinándose claramente por definirlo

como una acción de naturaleza cautelar propiamente tal y no un recurso ni una acción de carácter declarativa o especial, quedando solo por resolver si nos encontramos frente a un procedimiento unilateral o un proceso bilateral, lo cual sigue optándose por ser definido fuera de la Constitución, ya sea en el auto acordado dictado por la Corte Suprema o por el legislador por vía legislativa, lo que precisamente será analizado en el siguiente apartado.

2. Dilema del Auto Acordado

Otro de los dilemas a los que se han enfrentado los constituyentes en cada uno de los procesos estudiados ha sido el dilema que se refiere a la legitimidad de la fuente normativa que contiene el procedimiento de la acción de protección en nuestro país: el Auto Acordado Sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales dictado por la Corte Suprema. Cada una de las propuestas constitucionales pareciera contener una solución distinta sobre este punto.

La propuesta del año 2018 fue muy clara a este respecto configurándose en el inciso segundo del artículo 20 un mandato al legislador para reformar la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional e incluir en ella la regulación del *“ejercicio de esta acción constitucional de tutela de derechos”*, derogando implícitamente el auto acordado referido cuando esta ley orgánica entre en vigencia. En un estilo conservador, esta propuesta responde al dilema encargándole al legislador la tarea de derogar el auto acordado y darle legitimidad al procedimiento de la acción de protección.

En cambio, la propuesta del año 2022 no establece un mandato al legislador para la creación de una nueva ley que contenga el procedimiento de la acción de protección, por lo que no contiene ninguna disposición que ponga fin a la aplicación del auto acordado. Sin embargo, la propuesta, siguiendo con su estilo maximalista, contiene una serie de normas procedimentales en su propio articulado que delimitarían los márgenes de aplicación de la norma de la Corte Suprema, a modo de ejemplo; modifica la competencia para conocer y resolver la acción y los recursos que procedentes, creando a su vez un nuevo recurso de unificación de jurisprudencia para ser conocido por la Corte Suprema; establece que el procedimiento será sumario y tendrá prioridad sobre otras causas; inserta la obligación de los

Tribunales de, al acoger o rechazar la acción, indicar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución de fondo del asunto; y aclara que la acción de protección no puede ser utilizada contra resoluciones judiciales, excepto en casos donde las personas afectadas no hayan sido parte en el proceso judicial original.

Por último, la propuesta del 2023 es igual de clara que la propuesta del 2018 en darle una solución concreta y determinada al dilema del auto acordado estableciendo en el inciso tercero del artículo 26 que “una ley regulará el procedimiento de estas acciones, cuya tramitación será breve y concentrada, y gozará de preferencia para su vista y fallo”. Adicionalmente, esta propuesta contiene, en la disposición transitoria decimoséptima, un mandato para el Presidente de la República para que, dentro del plazo de dos años contado desde la entrada en vigencia del texto, envíe uno o más proyectos de ley para regular el procedimiento de la acción de protección y de la acción de amparo, añadiendo que mientras no entre en vigencia esta normativa seguirán rigiendo los autos acordados que la Corte Suprema dicte a esos efectos.

En mi opinión, la solución que mejor responde al dilema del auto acordado es la propuesta de 2023 por tres principales razones. En primer lugar, contiene un mandato claro para que el procedimiento de la acción de protección sea establecido por el legislador. En segundo lugar, determina que esta regulación sea establecida en una ley simple, y no en una reforma a una ley orgánica constitucional, lo cual me parece que es el camino correcto, ya que no existen suficientes razones para que se requiera reformar una ley orgánica vigente para establecerla, con todas las dificultades que ello podría generar, considerando lo complicado de lograr consensos supra mayoritarios en el Congreso nacional. La forma más eficiente regular esto es a través de una ley simple como lo son los principales códigos que regulan los procedimientos de algunas de las más importantes acciones de nuestro ordenamiento jurídico tales como, el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal Penal. Y, en tercer lugar, la adición de una cláusula transitoria que establezca los plazos dentro de los que debería tramitarse este proyecto de ley y que establezca qué ocurre en el intertanto, otorga una certeza jurídica que ninguna de las otras propuestas constitucionales había contemplado.

En conclusión, dos de las tres propuestas constitucionales tomaron seriamente en consideración este dilema y optaron por resolver la falta de legitimidad que implica la forma actual en que se regula el procedimiento de la acción de protección, intentado adecuar la Constitución en favor de lo que la mayoría de la doctrina ha venido planteando.

3. Dilema de la Competencia

Como ya adelantamos, uno de los dilemas mayormente tratados por los constituyentes en los diversos procesos, es determinar a quién conferir la facultad para conocer de los recursos de protección en Chile. Si bien fue tema de discusión en todos los procesos, cada uno tuvo una respuesta distinta.

La propuesta impulsada por Michele Bachelet fue la primera que innovó en esto. Buscó cambiar radicalmente el esquema de competencias estatuido por la Constitución actual. En su texto, señala que será competente “cualquier Tribunal ordinario de primera instancia” y que lo resuelto por el Tribunal respectivo será apelable ante el Tribunal Constitucional. Antes de continuar, es interesante destacar que la redacción de este artículo deja una inquietante duda. Pese a que, la lectura más razonable de la frase llevaría a pensar que este cambio elimina a ambas Cortes del conocimiento en primera instancia de la acción, cabe recordar que según el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, los Tribunales ordinarios en Chile son la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los Tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía. Además, según el artículo 63 del mismo Código, la Corte de Apelaciones es competente para conocer en primera instancia, a parte del recurso de protección y amparo, algunos desafueros, procesos de amovilidad y querellas de capítulos. Es decir, la Corte de Apelaciones se podría considerar perfectamente un Tribunal Ordinario de primera instancia, por lo que, a menos que junto con la propuesta se reformara el Código Orgánico de Tribunales, no restringía a las Cortes de Apelaciones del conocimiento de la acción de protección, sino que ampliaba la competencia a todos los demás Tribunales ordinarios. En consecuencia, esta propuesta dejaba abierta dicha interrogante, por lo que no sabemos con certeza si en la intención era o no excluir a las Cortes. Como dije, la lectura más razonable sería sin duda excluirlas, ya que no tendría sentido que los

ciudadanos pudieran escoger entre los Tribunales inferiores y la Corte de Apelaciones principalmente por dos razones bastante obvias. Primero, se podría presumir que todo ciudadano que considera que está sufriendo una vulneración a sus derechos fundamentales desearía que el asunto sea conocido por los jueces con mayor la mayor experiencia y pericia posible, lo que conllevaría a que igualmente sean únicamente las Cortes de Apelaciones las que conozcan estos asuntos. En segundo lugar, si se sigue el argumento del principio de proximidad y se piensa que esto generaría un mayor acceso a la justicia al ser más Tribunales disponibles, lo que en realidad surgiría sería un acceso menos igualitario a la justicia, ya que quienes tuvieran mayor proximidad a las Cortes, podrían acceder a una justicia más experta que aquellos que no. Atendió lo anterior y otra varias razones, nos quedaremos con que la propuesta en realidad buscaba que la competencia se radicara sólo en los Tribunales ordinarios inferiores, con exclusión de las Cortes.

Por otro lado, la propuesta de la Convención Constitucional establece que será competente para conocer de la acción “el Tribunal de instancia que determine la ley”. Sin embargo, se regula explícitamente que la apelación de la sentencia definitiva, en principio, corresponderá a la Corte de Apelaciones respectiva, y de forma excepcional a la Corte Suprema. Esto implica que la competencia inicial recaerá en los Tribunales inferiores designados por la ley, otorgándole al legislador el mandato de establecer estos Tribunales en futuras disposiciones. En cuanto a los recursos de apelación, estos serían conocidos por la Corte de Apelaciones respectiva. Una innovación significativa en esta propuesta es la introducción de un recurso de unificación de jurisprudencia, similar al que se incorporó en el Código del Trabajo con la reforma procesal laboral. En este contexto, el recurso de apelación podrá ser conocido por la Corte Suprema únicamente cuando el recurrente alega la existencia de interpretaciones contradictorias en dos o más sentencias firmes emitidas por diferentes Cortes de Apelaciones.

Por último, la propuesta del 2023 mantiene íntegramente la competencia que prescribe la Constitución actual. Siendo, como bien sabemos, la Corte de Apelaciones respectiva quien conoce en primera instancia y la Corte Suprema en segunda instancia vía recurso de Apelación.

Es evidente que este dilema suscita una variedad de respuestas, siendo uno de los aspectos más debatidos en torno a la acción de protección. A mi juicio, para identificar la mejor solución, es necesario responder tres preguntas clave: ¿Qué jueces cuentan con la mayor capacidad para garantizar la tutela judicial de los derechos fundamentales en el país? ¿Existe aún una relación directa entre el principio de proximidad y un mayor acceso a la justicia en Chile? Y, finalmente, ¿es viable reducir la sobrecarga en los Tribunales de justicia y acortar los tiempos de resolución de los conflictos mediante una modificación en la competencia del recurso de protección?

Evidentemente, para responder con precisión a cada una de estas preguntas sería necesario un estudio cuantitativo y cualitativo que excede los objetivos de esta memoria. No obstante, en lo que sigue, intentaré orientar al lector hacia posibles respuestas y analizar cómo estas impactan directamente en la elección de una u otra alternativa.

En primer lugar, es importante señalar que el actual recurso de protección en la gran mayoría de los casos ha sido utilizado como una acción de control de legalidad de actos, tanto de la administración del Estado (funcionando como herramienta de solución del contencioso administrativo) como actos de privados (Correa, 2022). En este sentido, una de las críticas que parte de la doctrina ha hecho respecto a la jurisprudencia que ha generado esta acción, es que no se ha logrado establecer una dogmática constitucional de los derechos fundamentales, justamente porque en la mayoría de los casos el razonamiento aplicado por los ministros es de mera legalidad y no de doctrina de derechos fundamentales. Atendido aquello, resulta pertinente pensar que, si la mayoría de los recursos de protección se resuelven con un control de legalidad, los jueces de Tribunales inferiores de nuestro país tienen las capacidades suficientes para resolver esta gran mayoría de casos. En otras palabras, mientras la acción de protección siga teniendo la aplicación que ha tenido en nuestro país, no habría razón para pensar que los Tribunales inferiores no serían capaces de resolverlas con un adecuado nivel de razonabilidad, teniendo siempre los ciudadanos la garantía de recurrir ante las Cortes de Apelaciones o, para el caso de la propuesta del 2022, excepcionalmente ante la Corte Suprema. Concluyéndose entonces que los Tribunales inferiores si son capaces para resolver la acción de protección como la conocemos hoy, no se puede descartar de plano un cambio de competencias, sin embargo, siendo evidente que los jueces de Cortes son también capaces (*qui*

potest plus, potest minus) este sigue pareciendo un argumento insuficiente para justificar todos los esfuerzos legislativos, económicos y sociales que implicaría este cambio.

En segundo lugar, sostener que radicar la competencia de la acción de protección en unos u otros Tribunales, ya sean estos inferiores o superiores, podría contribuir significativamente a mejorar la distribución de la carga de trabajo en el sistema judicial chileno sin crear nuevos Tribunales, es, a lo menos, excesivamente optimista. La sobrecarga de causas y la consecuente demora de los procesos judiciales en Chile es un problema nacional que afecta a todo el Poder Judicial y que no puede resolverse únicamente mediante una redistribución de competencias entre los Tribunales. Si se asignara el conocimiento de los recursos de protección a los Tribunales inferiores, es posible que se reduzcan los tiempos de resolución en los recursos de apelación de otras materias; sin embargo, esto generaría una saturación crítica en los Tribunales inferiores. Esta situación sería especialmente problemática si se adhiere a la postura de que la acción de protección es una medida cautelar que requiere un conocimiento preferente para su resolución urgente, pues dicha saturación podría extender aún más los tiempos de resolución en causas de largo trámite, que en muchos casos ya demoran años en llegar a una sentencia definitiva. Además, al encomendar los recursos de protección a Tribunales inferiores, podría aumentar notablemente el número de apelaciones promovidas por ciudadanos que reciban sentencias desfavorables, dado que la segunda instancia estaría a cargo de las diversas y, a veces, impredecibles Cortes de Apelaciones del país, en lugar de la Tercera Sala de la Corte Suprema. Esto, en definitiva, iría en contra del objetivo original de esta modificación.

Finalmente, respecto al principio de proximidad y el acceso a la justicia, algo se adelantó en el primer capítulo. Si bien este argumento no es del todo errado, hoy en día no tiene el peso suficiente para promover un cambio de competencias en el conocimiento de la acción de protección. Actualmente, el recurso de protección puede interponerse “por cualquier medio electrónico”, según el numeral 2° del Auto Acordado reiteradamente citado. Además, la tramitación actual del recurso de protección permite, actuar a través de procurador del número, conocer la tramitación y estado del recurso a través de internet y, por último, luego de las últimas modificaciones que nacieron a raíz de la pandemia, permite, en virtud del

artículo 223 bis del Código de Procedimiento Civil (1902,) a quienes lo soliciten, ante la Corte de forma remota, por lo que ya no sería necesario hacer grandes traslados para acceder a la protección del ejercicio de los derechos mediante la acción de protección.

De esta forma, sin descartar que los Tribunales inferiores sean capaces, en mi opinión, con el actual estado de cosas, no existe un buen fundamento para sostener que es necesario un cambio de competencias en la acción de protección, ya que esto no aseguraría mejorar la eficiencia del Poder Judicial ni un mayor acceso a la justicia para los ciudadanos.

4. Dilema de la “Elefantiasis”

Como ya hemos visto, la determinación de qué derechos deben ser tutelados por la acción de protección ha sido un dilema que ha trascendido a todos los procesos. Unos con mayor énfasis que otros, se han hecho cargo de la discusión y han dado una respuesta concreta según los lineamientos políticos de quienes plasmaron su voluntad.

En primer lugar, la propuesta del gobierno de Michelle Bachelet no hace ninguna distinción a este respecto, sino que prescribió que todos los derechos reconocidos en la Constitución serían tutelados por la acción de protección. Es decir, esta propuesta buscaba eliminar la taxatividad existente en la actual Constitución, extendiendo su ámbito de aplicación a todos los derechos establecidos.

De igual forma, la propuesta de la Convención Constituyente tampoco diferenció según el tipo de derechos, sino que amplió el alcance de la protección a todos los derechos consagrados, incluyendo todos los nuevos derechos que dicha propuesta contenía, como, por ejemplo, los enigmáticos derechos de la naturaleza y ambientales y de los pueblos indígenas y tribales.

Por último, especial relevancia tuvo este dilema en el marco del último proceso constituyente que se vivió en Chile, siendo uno de sus temas de discusión centrales. Aquella propuesta diferenció entre los derechos de “primera generación” y los derechos “prestacionales” y creó dos especies distintas de acciones de protección para cada tipo. En el inciso primero del artículo 26 se estableció una acción de protección casi idéntica a la actual, la que aplicaba para todos los derechos consagrados en el artículo 16 de dicha propuesta, pero

excluyendo los derechos enunciados en el inciso siguiente del mismo artículo 26. Estos derechos excluidos eran el derecho a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación. Frente a estos, se consagró una acción protectora solo del legítimo ejercicio de prestaciones sociales regladas expresamente en la ley. Además, respecto a los derechos sociales, en el artículo 25 se estableció una prohibición expresa para el Poder Judicial: los Tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas que realicen estos derechos.

La postura del Consejo Constitucional fue clara frente a este dilema. La conducta de los jueces que generaron el fenómeno de la elephantiasis y la propietarización de los derechos no les pareció tolerable, por lo que, a la vez que conservaron la aplicación de la acción de protección actual frente a los “derechos de primera generación”, prohibieron expresamente que las Cortes puedan volver a fallar casos de esta forma, limitando su actuar a asegurar prestaciones sociales regladas expresamente en la ley. Por lo mismo no es casualidad que justamente los derechos excluidos del inciso primero del artículo 26 sean los más polémicos casos en que las Cortes han protegido el ejercicio de derechos sociales.

Es interesante analizar como todos los diferentes grupos políticos que lideraron los procesos constituyentes buscaron dar respuesta a este dilema, lo que evidencia su importancia y lo polémico que ha sido en la institucionalidad del país. Las dos primeras propuestas simplemente eliminaron toda distinción entre derechos, bastando con que se encuentren reconocidos en la Constitución para que su ejercicio pueda ser tutelado por la acción. Lo que, si bien, tiene el noble objeto de promover un sistema garantista de derechos fundamentales, no responde con la adecuada certeza jurídica cómo se compatibiliza garantizar derechos sociales a través de las decisiones de los Tribunales con una correcta separación de poderes y la no creación de política pública por parte de un Poder Estatal que no tiene la legitimidad democrática para realizarlo. Por otro lado, la propuesta final del Consejo Constitucional, en mi parecer limitó en exceso las posibilidades que tiene el juez para tutelar los derechos fundamentales de carácter social, reduciendo a la acción de protección a un mero control de legalidad para este tipo de derechos.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo de investigación analizamos los más importantes dilemas que ha generado la acción de protección en Chile, luego describimos cómo cada proceso constituyente formó su propia propuesta de acción de protección y cuáles fueron los dilemas abarcados por dichas propuestas. De esta forma podemos enunciar una serie de aprendizajes que nos dejó esta investigación.

Primero, antes de enfocarme en lo aprendido sobre la acción de protección, quisiera referirme a mis conclusiones frente a los procesos constituyentes en términos generales. Una gran decepción personal fue la escasez de información existente del fundamento del contenido que se encuentra en la propuesta del gobierno de Michelle Bachelet, lo cual creo que explica en gran medida el rotundo fracaso que fue su intento por convertirse en la Constitución oficial de Chile. Algo similar, pero en menor medida sucedió con las discusiones que se dieron en el marco de la Convención Constitucional, que, si bien fue un proceso lato de una participación ciudadana sin precedentes para nuestro país, la información disponible carece de una verdadera y rica discusión técnica constitucional de parte de los constituyentes en donde se pueda apreciar los fundamentos jurídicos que sostuvieron cada uno de los elementos contenidos en la propuesta final. Más bien lo que prolifera son una gran cantidad de exposiciones de expertos, grupos políticos y sociales, representantes de instituciones etc. Pero no un debate rico en discusión que pudiera definir con exactitud el pensamiento personal de los constituyentes frente a cada uno de los dilemas tratados, lo cual empobreció el análisis que se pudo lograr de estas dos propuestas.

En contraste, el último proceso constituyente (2022-2023) muestra un avance significativo en este aspecto. Las actas e informes de la Comisión Experta revelan un debate más profundo, en el cual se discutieron argumentos jurídicos, doctrinarios y técnicos de manera rigurosa. Este enfoque permitió comprender de forma precisa los fundamentos detrás de las propuestas de cada bancada. Sin embargo, al final del proceso, la revisión por el Consejo Constitucional introdujo elementos predominantemente políticos y emocionales, impulsados por el grupo mayoritario, que desvirtuaron en cierta medida el trabajo técnico previo y generaron en la

ciudadanía una percepción negativa, contribuyendo al rechazo final de la propuesta en el plebiscito.

De todas maneras, todos los procesos generaron un proyecto final con un rico contenido para analizar, de esta forma pudimos comprender la relevancia que cada dilema tuvo en cada proceso y cuál es el estado de la discusión en qué quedamos sobre la acción de protección luego de estos tres intentos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, que dividimos en tres distintas categorías, quedó en evidencia que la posición absolutamente mayoritaria se inclina por definirla como una acción constitucional, dejando de lado su antigua denominación de recurso, y además de naturaleza cautelar propiamente tal, ni declarativa ni especial. Respecto a la naturaleza jurídica procesal que integra la acción de protección, en cuanto procedimiento unilateral o proceso bilateral, aún queda espacio de debate disponible para ser analizado. Atendida la naturaleza evidentemente cautelar que debe tener la acción de protección lo que mejor hace sentido sería pensar en que nos encontramos frente a un procedimiento unilateral en que la figura del ofensor toma el rol de tercero y el sujeto pasivo de la acción es el Tribunal competente. Sin embargo esta es una decisión determinante en la forma en que se entiende y manifiesta la acción en la vida jurídica y necesariamente debe ser coherente entre estos últimos dos aspectos, ya que si es que determina la unilateralidad del procedimiento, no se debiesen permitir sentencias que otorguen derechos permanentes para la parte actora que vayan en desmedro de terceros interesados o excluyentes, puesto que aquellos no tendrían las garantías que debe tener todo proceso con dichas consecuencias. Por esta razón creo que las propuestas constitucionales estudiadas, así como nuestra Constitución actual, fallan en omitir un pronunciamiento expreso al respecto que zanje esta disyuntiva.

Respecto a la competencia, si bien descubrimos que existe una marcada división entre quienes quieren pasar la competencia a Tribunales inferiores y quienes prefieren mantenerla como está, como ya lo he expresado, en mi parecer no existen argumentos suficientes para cambiar la tradición judicial que se ha consagrado con el conocimiento de la acción de protección por parte de las Cortes del país.

Una posibilidad para que esto tenga sentido, y lo planteo como desafío futuro, es que la decisión sea tomada en base a una política estatal en base a elementos cuantitativos que versen sobre la mejor forma de distribución de las cargas de trabajo de los Tribunales del país con el objetivo de otorgar un mejor y más eficiente acceso a la justicia para los ciudadanos, lo que sí pudiese convencer de que la mejor decisión sería cambiar la competencia. Hasta la fecha no se encontraron, ni en las discusiones constituyentes ni en la bibliografía revisada, estudios o argumentos que cumplan estos requisitos.

Sin perjuicio de aquello, y también a modo de desafío para el país, no puedo dejar pasar la oportunidad para poner en relieve la importancia de una institución que podría contribuir significativamente a solucionar algunos de los temas planteados sobre esta disyuntiva y que fue parte de la propuesta del 2022: los Tribunales Administrativos. Como es de público conocimiento, en Chile no ha existido la voluntad política para llevar a cabo esta propuesta que data de la Constitución de 1925, sin embargo, la creación de los Tribunales Administrativos sería una herramienta fundamental para solucionar varios de las controversias generadas por la acción de protección. Por ejemplo, estos tendrían la misión de resolver el contencioso administrativo y con ello, necesariamente se debiese dejar de ocupar la acción de protección como su sustituto natural. De esta forma, la acción de protección se mantendría como una verdadera acción de cautela de los derechos fundamentales y disminuiría considerablemente la cantidad de acciones impetradas, rebajándose la carga de quién tenga a asignada su competencia y, por ende, disminuyendo a su vez, la importancia de este debate.

Respecto al dilema del auto acordado, ha quedado en evidencia que es un problema vigente y que, necesariamente, una adecuada constitución debe abarcar. En este sentido, la propuesta del año 2023 es la mejor forma de solucionarlo, estableciendo que una ley debe regular la forma de tramitación de estas acciones y formulando en un artículo transitorio plazos razonables que mandaten al legislador a promulgarla mientras sigue en vigencia el auto acordado. Sin perjuicio de aquello, reitero la necesidad que la Constitución contemple expresamente la naturaleza jurídica del “proceso” que debe regularse.

Por último, respecto al dilema de la “elefantiasis” o del alcance que debe tener la acción de protección frente a los distintos tipos de derechos, aprendimos que es uno de los debates más difíciles de abarcar por la polémica que se genera a raíz de las notables consecuencias jurídicas y políticas que produce adoptar una posición. Sin embargo, considerando la adopción de una postura que plantea que la acción de protección es y debe ser una acción constitucional cautelar de derechos fundamentales que genera un procedimiento unilateral que no otorga derechos permanentes para los actores, lo razonable es que con ella se protejan todos los derechos fundamentales que la Constitución consagre. Sobre este punto, creo que la mejor configuración se produjo en la propuesta de la Convención Constitucional que no distinguió entre tipos de derechos, pero a la vez limitó su uso para cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar su derecho.

En este sentido, es importante subrayar que, considerada de esta manera limitada la acción de protección, deben formularse constitucionalmente nuevos mecanismos efectivos que posibiliten que los ciudadanos puedan perseguir la realización de sus derechos frente a otros Poderes del Estado, cuando la acción de protección no sea la vía idónea para aquello, por ejemplo, cuando su realización solo puede materializarse en función de la creación de una norma, política pública o servicio.

Para finalizar, debo recalcar que Chile aún necesita una actualización de su Constitución, ya sea a través de una gran reforma constitucional o a través de un nuevo proceso constituyente, y espero optimista y humildemente que, cuando eso ocurra, se le dé a la acción de protección la importancia que merece y que este trabajo sirva como uno de tantos insumos para estudiar profundamente la mejor forma de configurar una eficiente protección de los derechos fundamentales de los chilenos.

Referencias

- Aguilera, C., & Espinoza, V. (2022). "Chile despertó": los sentidos políticos en la Revuelta de Octubre. *Polis*, 21(61), 13-41. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.32735/s0718-6568/2022-n61-1707>
- Álvarez, R., Arancibia, J., Arrau, M., Bown, C., Cantuarias, R., Castro, C., . . . Zúñiga, A. (12 de enero de 2022). *Iniciativa de la cc Chile Convención*. Obtenido de Chile Convención: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/65544/82/Doc80_20220118_49_INICIATIVA.pdf
- Aylwin, J. (10 de marzo de 2018). El proyecto constitucional de Bachelet y la demanda ciudadana por una nueva Constitución. *El Mostrador*. Recuperado el 07 de marzo de 2024, de <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/03/10/el-proyecto-constitucional-de-bachelet-y-la-demanda-ciudadana-por-una-nueva-constitucion/>
- Bachelet, M. (2015). Proyecto de reforma constitucional. *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República*. Chile: Boletín N° 11.617-07.
- Biblioteca del Congreso Nacional. (15 de noviembre de 2019). *Obtiene archivo*. Recuperado el 25 de abril de 2024, de Acuerdo por la paz: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf
- Biblioteca del Congreso Nacional. (2019). *Proceso Constitucional*. Recuperado el 05 de mayo de 2024, de Detalle del cronograma: Acuerdo por Chile: https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile
- Biblioteca del Congreso Nacional. (2020). *Proceso Constituyente*. Recuperado el 25 de abril de 2024, de Plebiscito 2020: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/plebiscito2020>
- Biblioteca del Congreso Nacional. (2021). Recuperado el 12 de Abril de 2024, de Proceso Constituyente: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/cabildos2016/>

Biblioteca del Congreso Nacional. (03 de marzo de 2023). *Ley Chile*. Recuperado el 05 de mayo de 2024, de REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1189814>

Biblioteca del Congreso Nacional. (2023). *obtiene archivo*. Recuperado el 05 de mayo de 2024, de sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=const/10221.4/1142/6/SCPD_0425_Acta.pdf

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (s.f.). *Comisión Experta*. Recuperado el 05 de mayo de 2024, de BCN: https://www.bcn.cl/historiapolitica/proceso_constitucional/comision_experta.html

Bordalí Salamanca, A. (2004). El Recurso de Protección como Proceso de Urgencia. *Revista Chilena de Derecho*, 31(2), 269–288.

Bordalí Salamanca, A. (2006). El Recurso de Protección Entre Exigencias de Urgencia y Seguridad Jurídica. *Revista de Derecho*, XIX(2), 205-2028.

Busch Venthur, T. (2012). El Concepto de Constitución y la Incomodidad Constitucional en Chile. *Global Jurist*, 12: Iss. 2, Artículo 5. doi:10.1515/1934-2640.1410

Centro de Estudios Públicos. (2023). Certificado de la Comisión Mixta del Proyecto de Nueva Constitución. Santiago, Chile. Recuperado el 25 de mayo de 2024, de <https://static.cepchile.cl/uploads/plataforma/2023/10/Certificado-comisio%CC%81n-mixtaok.pdf>

Código de Procedimiento Civil. (30 de agosto de 1902). *LEY 1552*. CHILE.

Código Orgánico de Tribunales. (09 de Julio de 1943). *LEY 7421*. Chile.

Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile. (1976). *Actas Comisión Constituyente VII*. Recuperado el 07 de mayo de 2024, de Archivo Jaime Guzman E: <https://archivojaimeguzman.cl/index.php/actas-comision-constituyente-vii>

Comisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos del Consejo Constitucional. (Septiembre de 2023). *Informe de la Comisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos Recaído en el Capítulo I y Parte del Capítulo II, y los Acuerdos Adoptados en Relación con las Enmiendas Formuladas a Estos*. Recuperado el 21 de mayo de 2024, de Proceso constitucional: <https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/09/INFORME-DE-LA-COMISION-DE-PRINCIPIOS-DERECHOS-CIVILES-Y-POLITICOS-1.pdf>

Comisión Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional. (2022 (a)). *Tercer Informe Sobre Justicia Ambiental, Órganos Autónomos, Justicia Constitucional y Otras Materias*. Santiago. Recuperado el 26 de abril de 2024, de https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2570&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

Comisión Sistemas de Justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional. (17 de marzo de 2022 (b)). *TEXTO SISTEMATIZADO – Bloques II; III; e iniciativas de DDF – 17 de marzo 2022*. Chile. Recuperado el 09 de mayo de 2024, de https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2418&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

Consejo Constitucional. (22 de septiembre de 2023). *Redacción de Sesiones Consejo Constitucional Sesión 14° Pleno*. Recuperado el mayo de 2024, de Proceso constitucional: <https://www.procesoconstitucional.cl/salaconsejo/#!/documento/6019/156/1/Default/0.29514499837303343>

Convención Constitucional. (25 de abril de 2022). Recuperado el 25 de abril de 2024, de Reglamento General de la Convención Constitucional: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/04/Reglamento-definitivo-version-para-publicar-5-mayo-2022-con-anexos.pdf>

Convención Constitucional. (2022). *Propuesta de Texto de Nueva Constitución Política*. Santiago, Chile.

- Correa, J. (19 de Julio de 2022). *Los derechos y su tutela judicial: riesgos y oportunidades*. Recuperado el 26 de octubre de 2024, de Centro de Estudios Públicos: <https://www.youtube.com/watch?v=ir8sTazkCDw>
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa nº 971/2017 (Proteccion) (Corte de Apelaciones de Antofagasta 19 de Mayo de 2017).
- Corte Suprema, Rol 226.430-2023 (Corte Suprema de Chile 2023 de noviembre de 23).
- Corte Suprema de Chile. (28 de Agosto de 2015). *Auto Acordado 94-2015: Acta Número 94-2015*. Obtenido de Ley Chile BCN: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080916>
- Corte Suprema de Chile. (05 de octubre de 2018). *Auto Acordado 173*. Obtenido de Corte Suprema Acta 173 - 2018 BCN: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1123620&idVersion=2018-10-05>
- Cortés Moreno, G. (2021). Cinco indefiniciones del recurso de protección. En A. C. Constitucional, *Tránsito Constitucional Camino hacia una Nueva Constitución* (Primera ed., págs. 367-383). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Emol*. (16 de Diciembre de 2013). Recuperado el 12 de Abril de 2024, de El Mercurio Online: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2013/12/16/635227/marca-tu-voto-insta-a-nuevas-autoridades-a-acoger-demanda-de-asamblea-constituyente.html>
- Fábrega, J. (2022). Ordenamiento Ideológico En La Convención Constitucional Chilena. *Revista de ciencia política*, 42(1), 127-151. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-090x2022005000106>
- Foro Constitucional UC*. (s.f.). Recuperado el 25 de abril de 2024, de Cronograma del proceso constituyente: Etapas del proceso constituyente.: <https://foroconstitucional.uc.cl/cronograma-del-proceso-constituyente/etapas-del-proceso-constituyente/>

- Gob.cl*. (2 de Diciembre de 2015). Recuperado el 12 de Abril de 2024, de Sitio web del Gobierno de Chile: <https://www.gob.cl/noticias/presidenta-nombra-a-integrantes-del-consejo-ciudadano-de-observadores/>
- Henriquez Viñas, M. (2018). *Acción de Protección*. Santiago, Chile: Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial.
- Jenkins, G. (10 de enero de 2022). Un nuevo recurso de protección para una nueva Constitución: ¿cuál debe ser el tribunal competente? *El Mercurio Legal*. Obtenido de <https://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/2022/01/11/un-nuevo-recurso-de-proteccion-para-una-nueva-constitucion-cual-debe-ser-el-tribunal-competente-ii-por-gaspar-jenkins/>
- Leturia, F. (2018). Las Acciones Cautelares y el Recurso de Protección: ¿Es Necesaria una Duplicidad de Instituciones? Notas para una Mejor Garantía de los Derechos Fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 16(1), 227-244. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000100227>
- Mascareño, A., Rozas, J., Lang, B., & Henríquez, P. (marzo de 2023). La Constitución pre-estallido de Michelle Bachelet ¿Cuánto rinde hoy? (E. Digital, Ed.) *Puntos de Referencia*(646), 1-36. Obtenido de https://www.cepchile.cl/wp-content/uploads/2023/02/pder646_mascarenoetal.pdf
- Mella Polanco, M. (30 de septiembre de 2023). *Despertar Junto al Dinosaurio*. Recuperado el 2024 de mayo de 05, de Ciper Chile: <https://www.ciperchile.cl/2023/09/30/despertar-junto-al-dinosaurio/>
- Miranda, V., Barraza, M., Sepúlveda, B., Videla, C., Velásquez, H., Nuñez, N., . . . Grandon, P. (12 de enero de 2022). *Chile Convención iniciativa de la cc*. Obtenido de Chile Convención: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/160-4-c-Iniciativa-de-la-cc-Valentina-Miranda-sobre-contenido-de-los-Derechos-Fundamentales.pdf>

- Mohor Abuauad, S. (2014). El recurso de protección y los derechos sociales: una deuda pendiente. *Revista De Derecho Público*, 161–165. Obtenido de <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/31685>
- Mundo, B. (30 de Abril de 2015). *BBC*. Recuperado el 12 de Abril de 2024, de BBC News Mundo: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150429_chile_constitucion_80_bachelet_irm
- Navarro Beltrán, E. (2010). Protección constitucional de los derechos sociales. *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*, 273-288. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28359.pdf>
- Nogueira Alcalá, H. (2007). El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. *Ius et Praxis*, 13(1), 75-134. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100005>
- Pinochet Cantwell, F. (2020). *El Recurso de Protección Estudio Profundizado*. Santiago: El Jurista.
- Pinochet Cantwell, F. (2023). *Expansión de los Derechos Fundamentales por la Corte Suprema*. Santiago: El Jurista.
- Proceso Constitucional. (12 de abril de 2023). *Texto aprobado en general*. Obtenido de https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/04/Texto_aprobado_en-general_12.04.23.pdf
- Ríos Álvarez, L. (1993). El Recurso de Protección y sus Innovaciones Procesales. *Revista Chilena de Derecho*, 20(2/3), 453-466. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/41888184>
- Ríos Álvarez, L. (2007). La Acción Constitucional de Protección en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Revista de Estudios Constitucionales*, 37-60.
- Sistematización, C. d. (2017). *Informe ejecutivo Sistematización de la etapa participativa del Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía*. Santiago. Recuperado el 25 de abril de 2024, de <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/null/c/1/0/c10489c8d248d>

455931b06eeb9c7077a793d620a15c51e758a9dd1b8c26ab2a6/_home_aristoteles_documento_PC_CCO_DT_27.pdf

Soto Kloss, E. (1982). *El recurso de Protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos. (18 de mayo de 2023). *Documento de la Comisión, Proceso Constitucional*. Obtenido de Sitio Web del Proceso Constitucional: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4612&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos. (17 de mayo de 2023). *Sesión 11°*. Obtenido de Proceso Constitucional: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4608&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos. (25 de abril de 2023). *sesión 11° proceso constitucional*. Recuperado el 05 de mayo de 2024, de Biblioteca del Congreso Nacional: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=const/10221.4/1142/6/SCPD_0425_Acta.pdf

Tribunal Constitucional, Rol 1812 (18 de agosto de 2011).

Vergara Blanco, A. (1992). La propietarización de los derechos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIV, 281-291.

Zúñiga Urbina, F. (2007). El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales. *Centro de Estudios Constitucionales*, 5(2), 61-82.

Zúñiga Urbina, F. (2008). Control Judicial de los Actos Políticos: Recurso de Protección ante las "Cuestiones Políticas". *Jornadas Argentino Chileno Peruanas de Derecho Constitucional*. 2, págs. 271-307. Buenos Aires: Revista Ius Et Praxis. Recuperado el 15 de Mayo de 2024, de <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art08.pdf>

Zúñiga Urbina, F. (2014). *Nueva Constitución y Momento Constitucional*. (1 ed.). Santiago, Chile:
Thomson Reuters.

Anexos

Anexo 1. Tabla comparativa: Acción de protección en la actual Constitución y en las distintas propuestas constitucionales.

Cuerpo normativo	Propuesta de acción de protección.
Constitución actual (1980)	<p>Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.</p> <p style="padding-left: 40px;">Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº8º 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.</p>
Propuesta Gobierno de Michelle Bachelet (2016)	<p>Artículo 20.- Quien estime ser lesionado en los derechos establecidos en esta Constitución por actos arbitrarios o ilegales, causado por cualquier persona o institución, sea ésta privada o pública, puede recurrir ante cualquier tribunal ordinario de primera instancia para obtener la efectiva protección frente a tal vulneración y el restablecimiento del derecho lesionado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda impetrar jurisdiccionalmente. De lo resuelto por el tribunal respectivo será apelable ante el Tribunal Constitucional. La ley orgánica</p>

	<p>constitucional del Tribunal Constitucional regulará el ejercicio de esta acción constitucional de tutela de derechos.</p>
<p>Propuesta Convención Constitucional (2022)</p>	<p>Artículo 119</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal. 2. Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable. 3. Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto. 4. El tribunal competente podrá en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a petición de parte, decretar cualquier medida provisional que estime necesaria, y alzarlas o dejarlas sin efecto cuando lo estime conveniente. 5. No podrá deducirse esta acción contra resoluciones judiciales, salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados. 6. La apelación en contra de la sentencia definitiva será conocida por la corte de apelaciones respectiva. Excepcionalmente, este recurso será conocido por la Corte Suprema si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes

	<p>emanadas de cortes de apelaciones. De estimarse en el examen de admisibilidad que no existe tal contradicción, se ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la corte de apelaciones correspondiente para que, si lo estima admisible, lo conozca y resuelva.</p> <p>7. Esta acción también procederá cuando por acto o resolución administrativa se prive o desconozca la nacionalidad chilena. La interposición de la acción suspenderá los efectos del acto o resolución recurrida.</p> <p>8. Tratándose de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo.</p> <p>9. En el caso de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, esta acción podrá ser deducida por las instituciones representativas de los pueblos indígenas, sus integrantes o la Defensoría del Pueblo.</p>
<p>Propuesta Consejo Constitucional (2023)</p>	<p>Artículo 26</p> <p>1. El que por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en el artículo 16 de esta Constitución, con exclusión de los derechos enunciados en el inciso siguiente, 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. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, procederá esta acción cuando sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.</p> <p>2. Tratándose de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos</p>

	<p>en el artículo 16 de esta Constitución, el que por causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones regladas expresamente en la ley podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que ordenará el cumplimiento de la prestación, asegurando la debida protección del afectado.</p> <p>3. Una ley regulará el procedimiento de estas acciones, cuya tramitación será breve y concentrada, y gozará de preferencia para su vista y fallo.</p> <p>4. El tribunal, antes de resolver la acción, podrá adoptar cualquier medida provisional urgente.</p> <p>5. Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, en el caso de que la Corte desestimare la acción por considerar que el asunto es de lato conocimiento o no tiene naturaleza cautelar, indicará el procedimiento que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.</p> <p>6. La decisión será apelable para ante la Corte Suprema, la que conocerá y resolverá el recurso, pudiendo decidir fundadamente agrupar recursos de la misma naturaleza.</p>
--	---

(Elaboración propia a partir de los textos disponibles en la página web de la Biblioteca Nacional)

Anexo 2. Tabla Comparativa dilemas y su tratamiento en la Constitución actual y las propuestas constitucionales

Cuerpo normativo	Primer Dilema: Naturaleza Jurídica	Segundo Dilema: El auto acordado	Tercer Dilema: La competencia	Cuarto Dilema: La “Elefantiasis”.
Constitución actual (1980)	1. Recurso. 2. No se pronuncia sobre la naturaleza del procedimiento.	No establece ninguna norma que se refiera a cómo debe ser regulado su procedimiento.	Primera instancia: Corte de Apelaciones. Segunda instancia: Corte Suprema, vía	Establece un catálogo taxativo de derechos. (principalmente derechos conocidos como

	3. No se refiere al tipo de tutela jurídica que busca obtener.		recurso de apelación.	de “primera generación”)
Propuesta Gobierno de Michelle Bachelet (2016)	1. Acción constitucional de tutela de derechos. 2. No se pronuncia sobre la naturaleza del procedimiento. 3. No se refiere al tipo de tutela jurídica que busca obtener.	A través de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.	Primera instancia: <i>“tribunal ordinario de primera instancia”</i> . Segunda instancia: Tribunal Constitucional, vía recurso de apelación.	Se protegen todos los derechos establecidos en la Constitución.
Propuesta Convención Constitucional (2022)	1. Acción. 2. No se pronuncia sobre la naturaleza del procedimiento. 3. Cautelar.	No establece ninguna norma que se refiera a cómo debe ser regulado su procedimiento.	Primera instancia: <i>“Tribunal de instancia que determine la ley”</i> Segunda instancia: “Corte de Apelaciones, vía recurso de apelación. Excepcionalmente establece una especie de recurso de unificación de jurisprudencia para que la apelación	Se protegen todos los Derechos fundamentales.

			sea conocida por la Corte Suprema.	
Propuesta Consejo Constitucional (2023)	1. Acción. 2. No se pronuncia sobre la naturaleza del procedimiento. 3. Cautelar.	A través de una ley simple.	Primera instancia: Corte de Apelaciones. Segunda instancia: Corte Suprema	Una acción para proteger un listado taxativo de derechos (principalmente derechos conocidos como de “primera generación”) y otra acción para proteger las prestaciones legales relacionadas a un listado taxativo de “derechos sociales”.

(Elaboración propia a partir de los textos disponibles en la página web de la Biblioteca Nacional)