

Santiago, 1 de Febrero de 2022

REF: Presenta Iniciativa Convencional Constituyente

De: Convencionales Constituyentes firmantes
A: Mesa Directiva de la Convención Constitucional

De nuestra consideración,

Dentro del plazo establecido y de conformidad a los artículos 81 y siguientes del Reglamento General de la Convención Constitucional, venimos en presentar la siguiente Iniciativa Convencional Constituyente solicitando en el mismo acto su distribución a la Comisión N ° 6 de Sistema de justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional.

Sin otro particular, le saludamos atentamente.

ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Fundamentación

1.1 Resumen de fundamentos

La siguiente propuesta presenta un rediseño del actual recurso de protección. En líneas generales, se traslada su conocimiento desde las Cortes de Apelaciones a los tribunales de letras con competencia específica en la materia de qué trata el recurso y con mayor cercanía territorial. Ello permite un conocimiento más cercano y fácil para el recurrente. Del mismo modo, el diseño propuesto permite reconducir acciones de mayor complejidad al proceso que en derecho corresponda, cumpliendo la acción de protección, en ese caso, con una finalidad eminentemente cautelar y con procedimiento rápido y eficiente.

1.2 Fundamentación de la propuesta

El estado actual en la evolución que ha tenido en Chile el recurso de protección permite visualizar diversos aspectos negativos como también positivos de esta acción. Dentro de los aspectos positivos se destaca el ser usado de forma difundida por la población. En el año 2020 se interpusieron 208.574 acciones de protección en materia de Isapres y 15.275 en otras materias. Esta difusión se debe a que es un recurso de rápida tramitación, con bajas exigencias procesales y que otorga al tribunal que lo conoce amplios poderes para resolver el asunto.

Dentro de los aspectos negativos se destaca el ser un recurso que distorsiona las demás acciones procesales (los contornos y objeto de la acción son hoy imposibles de delinear) y que origina una jurisprudencia contradictoria y casuística (como se dirá más abajo, en 2.2, esto se debe tanto a cuestiones de diseño como de práctica constitucional). Del mismo modo, debido a la rapidez de su resolución y a que su conocimiento se radica en las Cortes de Apelaciones, ello impide el ofrecimiento de pruebas complejas arriesgando que asuntos judiciales multivariantes sean resueltos sin los antecedentes pertinentes y necesarios.

A estos aspectos se suele añadir que su procedimiento no tiene una fuente legal y que para casos donde existe un claro conflicto entre partes sus reglas procesales no garantizan un debido proceso. También debe mencionarse que la apelación de la sentencia que falla el recurso en primera instancia, es analizada por la Corte Suprema sin escuchar a las partes (en cuenta). Otra manifestación de una distorsión de los principios del debido proceso.

La propuesta de acción posee las siguientes características:

a) Propone la existencia de una acción de protección que permita la defensa judicial de todos los derechos garantizados por la Constitución, la que es necesaria sobre todo si con ella se permite adoptar medidas rápidas e inmediatas que permitan reducir la consolidación de los efectos originados por la acción u omisión contraria a esos derechos.

b) Ofrece un modelo sencillo de interposición, eliminando varias de las regulaciones que hoy obstaculizan su procedencia. En efecto, la acción propuesta elimina la idea de “arbitrariedad” como causal de la acción debido a la ya consolidada corriente doctrinal y jurisprudencia que, luego de desarrollar los motivos de ilegalidad, ubica a toda arbitrariedad como una infracción a la igualdad ante la ley, y, con ello, una infracción a la legalidad. Del mismo modo lo ha entendido la doctrina extranjera que no realiza aquella separación. Por lo mismo, se adopta una fórmula amplia conforme a la que la acción procederá siempre que se “requiera tutela cautelar en el ejercicio de los derechos que esta Constitución” reconoce.

c) Que el actual recurso de protección sea conocido por las Cortes de Apelaciones no se juzga como algo especialmente positivo. Dichas Cortes poseen competencias especialmente revisoras de decisiones judiciales y su composición y procedimiento impide un análisis probatorio de mayor relevancia. Por ello, se traslada su conocimiento a los tribunales de primer grado jurisdiccional que corresponda, esto es los que tengan competencia sobre la materia y que estén más cercanos al domicilio de quien reclama la tutela de sus derechos, incluyendo un recurso de apelación para ante las respectivas Cortes de Apelaciones.

Esto permitirá una mayor descentralización en la provisión del servicio público de justicia, democratizando su acceso y permitiendo una mayor cercanía del juzgador con el asunto litigioso. El conocimiento de la acción, entonces, debiese depender del tribunal ordinario competente para conocer del asunto sometido a decisión. Así, asuntos relativos a cuestiones de derecho administrativo debiesen ser conocidos por

los tribunales Administrativo, asuntos entre privados debiesen ser resueltos por tribunales civiles y asunto penales debiesen ser resueltos por jueces de garantía.

d) La acción de protección propuesta permite la adopción de medidas especialmente urgentes para la neutralización de los efectos de los actos u omisiones que afecten el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, integrándose (ver letra e) la acción con la procedencia de acciones ordinarias que permitan conocer el asunto litigioso con mayor exhaustividad, cuando así se requiera. De esta forma, la acción de protección cumple un rol especialmente cautelar permitiendo que el problema principal sea resuelto con mayores antecedentes.

e) Como se ha dicho antes, la actual acción de protección permite circunvalar los procedimientos judiciales establecidos en la ley. Además, las personas prefieren este tipo de acciones por el bajo costo de activación de la misma, así como la rapidez con que se resuelven. Sin embargo, a cambio de estas facilidades, la doctrina está relativamente conteste en que sus sentencias poseen solo fuerza de cosa juzgada formal. Es decir, puede volver a discutirse el fondo del asunto resuelto en una acción de protección a través de un juicio de lato conocimiento. En segundo lugar, dada su fisonomía cautelar, la acción de protección se ha mostrado estéril para resolver cuestiones más complejas que requieran de la presentación y análisis de pruebas¹.

Por ello, la propuesta que acá se presenta busca complementar la actual naturaleza cautelar de la acción de protección, agregando la posibilidad que el tribunal que resuelva la protección urgente de derechos fundamentales pueda, además, indicar el procedimiento judicial que en derecho proceda y que permita la resolución completa del conflicto sometido a su decisión.

La acción de protección constitucional, entonces, puede terminar en que es acogida pura y simplemente, que es acogida, pero proponiendo al reclamante continuar la tramitación de un juicio ordinario para obtener una decisión de lato conocimiento, que es rechazada pura y simplemente o, finalmente, que es rechazada, pero entregando la posibilidad al reclamante de continuar con el proceso respectivo. Esto presenta una diferencia relevante desde el punto de vista del acceso a la justicia con la situación al día de hoy, donde muchas acciones de protección son rechazadas sin que la parte recurrente tenga noticia respecto a dónde dirigirse a obtener la reparación que en derecho corresponda.

	Pura y simplemente	Con reenvío débil
Acoge	Adoptando la medida de cautela urgente	Y propone juicio de lato conocimiento para resolver completamente el asunto
Rechaza		Y propone juicio de lato conocimiento para resolver completamente el asunto

¹ Por cierto, nada de esto ha obstado a que algunas cortes de apelaciones y la misma Corte Suprema acojan sentencia en materia de protección sobre casos complejos o en contra de políticas públicas definidas multisectorialmente. Estas sentencias, sin embargo, son vistas, por lo mismo, justamente como una anomalía.

2. Algunas prevenciones

2.1 Sobre la idea de Acción Popular. Cabe advertir que, al día de hoy, la resistencia de las cortes a permitir la procedencia de acciones de protección con carácter de acción popular no se basa en el texto del artículo 20 que la consagra, sino, antes bien, en una interpretación que las cortes, y en especial de la Corte Suprema, han sostenido al respecto. En esta propuesta pareciera no innovarse en la fórmula de legitimación activa. En efecto, se permite su interposición por una “persona por sí o por otro en su nombre”. Sin embargo, debe advertirse que su redacción permite su ejercicio frente a afectaciones al ejercicio de los derechos que la Constitución reconozca, sin aludir a la vulneración concreta al ejercicio de un derecho fundamental.

Todavía más, la eventual ampliación de la acción de protección, de modo que ésta pueda cobijar intereses colectivos o difusos, según sea el caso, dependerá de la forma en que la Constitución y las diferentes defensorías que aquélla establezca recojan la legitimación para que éstas puedan representar intereses colectivos o difusos.

2.2 Sobre la eventual imposibilidad de generar jurisprudencia con la nueva propuesta. Se ha señalado que una acción como la propuesta corre el riesgo de atentar contra la unificación de la jurisprudencia o la generación de información pública respecto al contenido de los derechos fundamentales. Gastón Gómez ha señalado, por ejemplo, que los derechos fundamentales no son meros derechos subjetivos, sino que tienen una dimensión pública en cuanto le corresponden a todo ciudadano. Por lo mismo, el recurso de protección cuyo objetivo principal es el amparo de ciertos derechos, no tendría un alcance solo individual. Ello equivaldría a “lesionar la finalidad pública y racional — es decir igualitaria y discernible — que subyace a la Constitución” (Gómez, 2005).

Sin embargo, para que el recurso pudiera estar a la altura de esa exigencia debería haber servido como una herramienta institucional que permitiera a los jueces y las juezas dotar de contenido dogmático a los derechos fundamentales. No lo ha estado. Hoy existe relativo acuerdo en la dogmática constitucional nacional en torno a que la acción de protección se ha transformado en una acción cautelar. Esto quiere decir que lejos de ser una herramienta, como alguna vez se la analizó, orientada a la reconstrucción pública del contenido de los derechos fundamentales que protege (Gómez, 2005; Vargas, Peña y Correa, 2001), se ha consolidado como una acción excepcional de emergencia con efectos concretos (esto es, más allá del evidente efecto relativo de las sentencias) y transitorios limitados a la situación específica que se propone remediar.

Esto se debe a varias razones.

Primero, a razones asociadas a su origen y diseño. En efecto, desde temprano se pensó al recurso de protección como un “remedio procesal pronto y eficaz” [para proteger los derechos, ofreciendo una vía] “expedita (y) pronta...” (Soto, 1976). Segundo, a razones derivadas de su práctica jurisdiccional, la que ha confirmado el perfil con el que se lo pensó (Henríquez, 2018, p.5-6). De acuerdo a la práctica constitucional, el recurso opera como una acción precautoria (Marshall, 2010) de urgencia como alternativa a la autotutela (Bordalí, 2006; Jana y Marín, 1996), o de carácter instrumental (Gómez, 2005). Se trataría de una acción cautelar, ya que comparte con otras medidas cautelares su carácter de urgencia, no requiere esperar el juicio para proteger de manera preventiva derechos fuertes y no entrega sentencias definitivas (Leturia, 2018).

Todo esto ha hecho que el razonamiento sustantivo en las sentencias de protección sea más bien escaso. Como se ha dicho, el recurso se ha vuelto una herramienta estéril para construir una jurisprudencia sobre derechos fundamentales (Vargas, Peña y Correa, 2001; Bordalí, 2011). En efecto, la proliferación de acciones de protección ha contribuido a vulgarizar, dice Gómez (2005), el derecho constitucional y los derechos fundamentales. Estos derechos, así, son degradados “al permitir que se confundan las posiciones amparadas por derechos con otro tipo de resoluciones cautelares, instrumentales, u de otro tipo semejante, donde los derechos son un pretexto para ese tipo de resoluciones frágiles que podría adoptar cualquier juez del sistema” (Gómez, 2005). Se trata de la misma preocupación que ha formulado Bordalí y Aldunate, para quienes “(u)na tutela de urgencia y provisional de los derechos fundamentales se mostraría incapaz de contribuir a consolidar una dogmática constitucional en nuestro país” (Bordalí, 2006).

Como lo reprochó Carlos Peña hace varios años atrás, quizás esto se debe a una cultura judicial poco preparada para un razonamiento de derechos fundamentales. Se trataría, dijo, de “una práctica constitucional procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica” (Peña, 1996). Sin embargo, como acertadamente observó Atria, para lo que acá nos interesa enfatizar, una de las razones para la vulgarización del derecho por constitucionalización, estriba, precisamente, en que se trata de una “práctica constitucional (que) es procesalmente avanzada porque es argumentativamente arcaica”. Este empobrecimiento conceptual, entonces, sería consecuencia de la fisionomía misma del recurso de protección.

Nos parece, por lo anterior, que es un error buscar ese contenido en las sentencias de cautela de derechos fundamentales. No obstante, se trata de una discusión importante y que merece mayor atención; tanto así que la solución debería buscarse en otro lugar y a través de otras acciones pues, con un modelo de acciones como el del recurso de protección, ello no ocurrirá. En efecto, podría sostenerse que ese rol lo cumplirá la Corte Suprema si es del caso que ésta — como otra propuesta ha sostenido — concentra la posibilidad de disciplinar las interpretaciones de las leyes del modo más conforme con la Constitución. Esta alternativa se ve favorecida al ser una intervención mucho más acotada en su procedencia que los cientos de miles de acciones de protección que se presentan, precisamente una de las razones que atenta

más fuertemente contra la posibilidad de una reflexión reposada y la configuración de una jurisprudencia robusta.

2.3 Finalmente, sobre el procedimiento de tramitación y la propuesta de reenvío al tribunal competente. La propuesta, como se verá, dispone que, al momento de resolver la acción, el tribunal pueda proponer el procedimiento judicial que en derecho proceda y que permita la resolución completa del conflicto sometido a su decisión.

La propuesta, entonces, propone un modelo de remisión ‘débil’ en el entendido de que la sentencia no es en ningún caso una orden ineludible que da inicio a un nuevo proceso de lato conocimiento.

Las alternativas, que deberán ser consideradas por la legislatura podrían ser las siguientes:

- a) Que la ley disponga diferentes modelos de incentivos (caducidad de la acción, imposibilidad de volver a litigar por medio de la acción cautelar los mismos hechos que motivaron una sentencia de cautela, etc.) para que las partes, resulta la cautela urgente de derechos constitucionales, resuelvan completamente y por medio de un juicio de lato conocimiento el asunto controvertido.
- b) Que la Sentencia deba ser comunicada a alguna de las defensorías o podría ser también a un funcionario nuevo, creado para tal efecto, que de inicio a la tramitación o bien oriente a la parte interesada.
- c) Dejar que la parte decida la estrategia que quiera tomar y los pasos a seguir (esta opción deja o puede dejar en indefensión a la parte).

3. Propuesta

Art. N1.- Toda persona que requiera tutela cautelar en el ejercicio de los derechos que esta Constitución le reconoce, podrá reclamar, por sí o por otro en su nombre, para que un tribunal de primer grado jurisdiccional, con la competencia más próxima para conocer la materia de que trata la acción, adopte, en el más breve plazo, las medidas de protección necesarias.

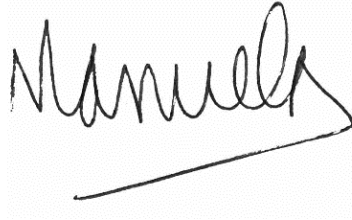
La ley dispondrá de un sistema sencillo y rápido para la presentación, distribución y resolución de la acción interpuesta.

El tribunal, antes de decidir la acción cautelar, podrá adoptar cualquier medida provisional urgente. Al resolver la acción, podrá proponer el procedimiento judicial que en derecho proceda y que permita la resolución completa del conflicto sometido a su decisión.

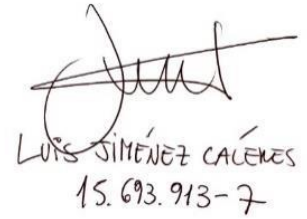
La sentencia definitiva del tribunal será apelable



1.- Christian Viera Álvarez



2.- Manuela Royo



LUIS JIMÉNEZ CALÉNES
15.693.913-7

3.- Luis Jiménez



4.- Ignacio Achurra



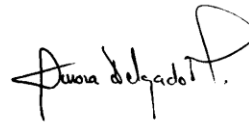
5.- Fernando Atria



6.- Constanza
Schonhaut



7.- Yarela Gómez



8.- Aurora Delgado



9. Damaris Abarca



10. Daniel Stingo



11. María José Oyarzún



12. Amaya Álvarez



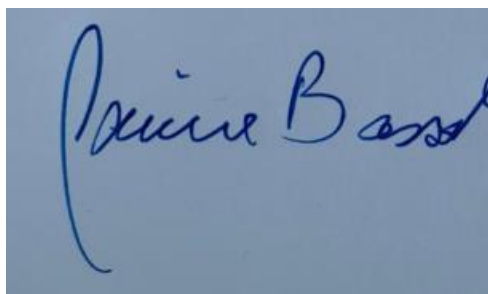
13. Mariela Serey



14. Tatiana Urrutia



15. Jennifer Mella



16. Jaime Bassa