

TRIBUNAL DE PROTECCIÓN: ALGUNAS IDEAS CRÍTICAS A PARTIR DEL MODELO ESPAÑOL¹.

Diego I. PALOMO VÉLEZ²

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas consideraciones previas necesarias para el encuadre del problema. III. Recurso de amparo constitucional español. IV. Situación en Chile: la opción por las Cortes de Apelaciones como tribunales de protección. V. Bibliografía

Derecho procesal constitucional, tribunal de protección, amparo español.

El presente trabajo plantea algunas ideas críticas en torno al tribunal de protección chileno. Se sostiene que el origen de los problemas que en la actualidad se achacan al recurso de protección debe buscarse en importante medida en la carencia de jueces formados en justicia constitucional de la libertad. También se denuncian las serias consecuencias que aparea la falta de especialidad del tribunal de protección criollo. Por ello, se postula la necesidad de contar con un órgano de cierre que permita la uniformidad de la interpretación en materia de tutela jurisdiccional reforzada de derechos fundamentales. Cómo referente comparado se utiliza el modelo de amparo español que puede servir, evitando sus errores, para comenzar a consolidar - nuevamente - nuestra acción de protección hoy seriamente desfigurada y desgastada.

I. Introducción.

El punto de partida de este trabajo lo situamos en una pregunta que, pretendemos, nos sirva de hilo conductor para el planteamiento de algunas propuestas en la materia que abordaremos. ¿Está *agotado* el modelo de recurso de protección diseñado en la Constitución chilena?

La pregunta se justifica al menos por un par de razones. Primero, por las cada vez más frecuentes críticas que recibe la acción de protección desde la doctrina especializada. Si bien, parte de la doctrina destina esfuerzos críticos a materias bastantes bizantinas, no es menos cierto que un sector de ella ha identificado serios problemas estructurales y funcionales en el amparo criollo³. Y segundo, pero más importante aún, por reflejarse estos problemas en una preocupante práctica judicial del recurso que, en la actualidad, se aleja bastante del modelo de tutela pensado por el constituyente.

En este particular contexto situamos el presente trabajo, en el cual intentamos sugerir caminos que puedan servir para reconducir la tutela jurisdiccional reforzada proveniente de una acción de protección nacional tremendamente desgastada y desperfilada en su naturaleza y finalidades. Tal cual se enuncia en el título de este trabajo, en esta tarea nos

¹ El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación DIAT titulado “La acción de protección chilena y el amparo español como instrumentos procesales de garantía jurisdiccional reforzada de derechos fundamentales: Un examen comparado”. Financiamiento corresponde a la Dirección de Investigación y Asistencia Técnica de la Universidad de Talca (DIAT).

² Profesor Instructor de Derecho Procesal por la Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

³ En este último sector de la doctrina incluyo – destacadamente - al profesor Dr. ANDRÉS BORDALÍ S., quién ha efectuado serios intentos de afrontar la temática del recurso de protección desde las perspectivas propias del Derecho Procesal Constitucional. Véase: BORDALÍ, A. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Fallos del Mes. Valdivia. 2003.

apoyamos en el modelo de *amparo constitucional español*, específicamente en lo que liga con la estructura del sistema de justicia constitucional.

La razón de lo anterior puede encontrarla el lector en nuestro convencimiento de ser el tribunal de protección - su deficiente estructuración - la principal fuente de los problemas que presenta de un tiempo a esta parte. La explicación de ésta afirmación es el motivo de las siguientes líneas.

II. Algunas consideraciones previas necesarias para el encuadre del problema.

Con la exclusiva finalidad de enmarcar el problema jurídico que abordamos en el contexto mayor al que pertenece, me permito formular algunas consideraciones previas que pueden ilustrar al lector en torno a la importancia de la materia y a las principales motivaciones y convicciones que nos movilizan.

a.- Con acierto se ha señalado por la doctrina que la *pedra angular* en la defensa de los derechos y libertades fundamentales de las personas se encuentra radicada en su control jurisdiccional. El valor real de los derechos, su eficacia vinculante, se mide precisamente por la extensión e idoneidad de sus garantías y no por la mayor o menor solemnidad con que ellos se proclaman⁴. Este postulado lo hacemos nuestro y lo utilizamos como *carta de navegación*: No basta con la consagración de estas garantías, ellas deben ser operativas, de manera que le permitan alzarse como medios de defensa eficaces⁵.

Por la naturaleza del tema que abordamos precisamos de una definición de lo que entendemos por derechos fundamentales. En esta tarea, nos apoyamos en un autor español, y junto a él entendemos por derechos fundamentales “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”⁶.

b.- Pues bien, precisamente en la constatación de la necesidad de un control jurisdiccional situamos la razón por la cual algunos derechos han sido objeto de una protección constitucional *más enérgica o privilegiada*, a través de la previsión en la propia Carta fundamental de específicas vías procesales para su defensa jurisdiccional. De hecho, no es ninguna casualidad que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar el significado real de los derechos fundamentales es el gozar de un régimen de protección jurídica reforzada.

Esta situación a que hacemos referencia tiene su *correlato normativo básico* en los artículos 20 y 53.2 de las Constituciones chilena y española respectivamente. En ellos se plantea una tutela judicial cualificada para derechos y libertades fundamentales, que se destaca como elemento esencial del sistema de justicia constitucional y permite que el carácter normativo de la Constitución se traduzca en la exigencia de genuinos derechos subjetivos accionables por los particulares sin necesidad de intermediación alguna.

⁴ BILBAO, J. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997, p. 40.

⁵ Esto no siempre fue así. Durante un periodo importante el constitucionalismo adoleció de los instrumentos idóneos que obraran como garantía de los derechos que la Constitución consagraba, norma que no pasaba de la pura retórica sin operatividad práctica alguna. A partir del siglo pasado la tendencia cambia y apunta a dar protección jurisdiccional directa a la Constitución a través del proceso para que mantenga su valor pleno. La clave se radica, entonces, en el control jurisdiccional oportuno y eficaz. VARELA, C. *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999, p. 133.

⁶ PÉREZ, A. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid. 1995, p. 48.

c.- Se habla de la siguiente *premisa*: Sólo existen derechos cuando ellos cuentan con garantías que operan sin cortapisas. Esto nos obliga a una argumentación en torno de los derechos, *pero centrados en sus garantías*, en nuestro caso, las garantías jurisdiccionales. En otras palabras, centrar la atención en las garantías implica abocarse al estudio de las herramientas jurisdiccionales que permiten concretar y asegurar la tutela efectiva de trascendentales derechos y libertades fundamentales.

En este punto, es casi un deber recordar la obra de FERRAJOLI⁷ quién, con inmensa e intensa vocación de protección de los derechos fundamentales, concibe el derecho como un verdadero *sistema de garantías*. Allí su postulación de un modelo garantista que introduce un cambio estructural en la aplicación del derecho y en la concepción de la democracia, traducándose en el imperativo jurídico de la sujeción de toda forma de poder al derecho, tanto en el plano de los procedimientos como en el contenido de las decisiones.

d.- El enfoque de este trabajo estará dado desde la ciencia procesal, pero principalmente *desde el derecho procesal constitucional* y las garantías constitucionales de rango constitucional. No me atrevo a hablar de “amor a las garantías” como lo hace MORELLO⁸, pero sí me sumo a la necesidad de comunicar la relevancia del asunto y las consecuencias de las decisiones que se adoptan en estas materias.

En este sentido, el trabajo también nos exige un *ejercicio de realismo*. El escenario actual del recurso de protección no es el mejor, ni con mucho esfuerzo. Algunos derechamente plantean los términos crisis, agonía y muerte. Hemos sido espectadores de una vis expansiva incontenible de nuestra protección que ha aparejado un efecto de catarata que ha encontrado cómplice apoyo en una judicatura que no ha sabido entender, en importante medida, la naturaleza y finalidades de tan excepcional medio de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales⁹.

e.- Necesario aparece destacar que en estas líneas se mezclan e interconectan teoría, normativa y los datos que arroja *la práctica forense* del medio procesal de protección en análisis. Junto a SAGÜÉS¹⁰ reconocemos las dificultades que plantea afrontar temáticas incorporadas en el derecho procesal constitucional debido al enfoque metodológico *tridimensional* que éste exige. Es lo que WITKER¹¹ desglosa en el aspecto normativo (el Derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia), el aspecto fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad) y el aspecto axiológico (el Derecho como valor de justicia).

No entender este planteamiento implicará, siempre, una mirada sesgada del fenómeno jurídico en estudio que puede (y de hecho lo hace) ignorar “una realidad que a veces tiene más aires de tragedia y de frustración que de derecho”¹².

⁷ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid, 1999.

⁸ MORELLO, A. *Constitución y Proceso, la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998, p. XV.

⁹ Estamos convencidos que los problemas prácticos del recurso de protección derivan, en importantísima medida, de una insuficiente comprensión de cuál es su significado dentro del sistema chileno de justicia constitucional. Y ello, por cierto, liga estrechamente con el tribunal de protección y sus defectos.

¹⁰ SAGÜÉS, N. “Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional”, en: BAZÁN, V. (Coordinador). *Desafíos del control de constitucionalidad*. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996, p. 27. Con mayor extensión y profundidad, puede revisarse: SAGÜÉS, N. *Teoría de la Constitución*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2001, Cap. III.

¹¹ WITKER, J. *La investigación jurídica*. Ed. McGraw-Hill/Interamericana de México. México D.F. 1995, p. 3.

¹² SAGÜÉS, N. Los desafíos (...). Op. Cit, p. 32. Cómo muy bien señala este autor, la disyuntiva es la siguiente: Estudiar y abordar un Derecho Procesal Constitucional concreto y cierto (lo que vale para cualquiera de sus institutos, agregamos nosotros), o el Derecho Procesal Constitucional de la “isla de la

III. Recurso de amparo constitucional español.

a.- *Explicación previa diferenciadora.*

Tanto nuestro recurso de protección como el amparo español son mecanismos de tutela jurisdiccional que se han diseñado y consagrado constitucionalmente para proveer a los ciudadanos de mecanismos expeditos y eficaces que les posibilite hacer frente a violaciones o atentados. *Comparten*, por así decirlo, tan preciado propósito y finalidad.

Con todo, su diseño y estructura difiere. Interesa observar a ese respecto, que en el caso español, esa función se encuentra radicada primariamente en los tribunales ordinarios de justicia y sólo subsidiariamente, y precisamente a través del llamado recurso de amparo en el Tribunal Constitucional (en adelante TC).

Distinta es la situación en el modelo constitucional existente en Chile, en donde, a través de la acción de protección (no siendo, por cierto, la única) - instrumento procesal principal - la tutela de los derechos y libertades fundamentales se radica, exclusivamente, en los tribunales ordinarios de justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema), los cuales operan, *en ese caso concreto*, como órganos administradores de justicia constitucional.

No existe, pues, en el caso de nuestro país, esa articulación sucesiva y escalonada de las jurisdicciones ordinaria y constitucional que se observa en España en punto a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

Dicho de otro modo: A diferencia del caso español, la tutela de los derechos y libertades fundamentales no es de la incumbencia del TC chileno, cuyas funciones se ven así limitadas básicamente al control de constitucionalidad (jurisdicción constitucional orgánica), es decir, aquella otra de las grandes esferas que integran la justicia constitucional (y en la que también se detectan diferencias claves que no hemos de abordar en este trabajo).

b.- *El amparo español: Configuración de una doble tutela.*

Interesa revisar con más detenimiento la estructuración del amparo de derechos y libertades fundamentales en el sistema constitucional español. Póngase atención, sin embargo, que no será éste el momento de hacernos cargo de las distintas temáticas que ofrece esta privilegiada y preferencial vía de tutela jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

La norma del *artículo 53.2* de la Constitución Española de 1978 (CE) señala: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Íntimamente relacionada a ella, encontramos la norma constitucional del *artículo 161.1 b)* que determina que el TC es competente para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. Se agrega también la norma del *artículo 162.1 b)* que establece

fantasía”.

como legitimados para interponer el recurso de amparo a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Como se puede apreciar, la regulación constitucional del amparo es mínima. Toda la normativa constitucional se condensa en tres normas constitucionales¹³. De allí su desarrollo legislativo a través de la *Ley Orgánica 2/1979, del TC* (LOTC). Asimismo, una norma preconstitucional, la *Ley 62/78 de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona* sirve aún de regulación en estas materias.

Pues bien, de la normativa citada se constatan dos clases de recursos de amparo en el sistema español¹⁴. Uno ordinario y otro extraordinario, por así denominarlos. El primero tiene lugar ante los órdenes jurisdiccionales distintos de la jurisdicción constitucional; el segundo, precisamente, ante el TC. La CE se refiere a ellos con la expresión “procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad” (su regulación legal principal está en la Ley 62/78) y “recurso de amparo” (la LOTC lo denomina “recurso de amparo constitucional”)¹⁵. Ésto solamente como un primer punto a destacar.

El segundo paso viene dado por determinar la *relación y articulación* entre ambos recursos de amparos. La solución a este problema también se aborda en sede constitucional (aunque de un modo sólo implícito) y se relaciona con dos locuciones que emplea la propia CE en sus artículos 53.2 y 161.1 b). El primero de ellos antepone la locución “en su caso” y el segundo la frase “en los casos y formas que la ley establezca”. De esta forma aparece un elemento que caracteriza e identifica al modelo español, cual es que el *primer garante* de los derechos y libertades fundamentales es el juez ordinario a través de los procedimientos ordinarios y específicamente a través del procedimiento previsto en la CE que atiende a los principios de preferencia y sumariedad¹⁶. A esta primera defensa le sigue, en los términos que fija la CE y mediante una articulación que resulta sucesiva y escalonada, la actuación del *Tribunal Constitucional* que viene a cerrar y reforzar el sistema de justicia constitucional de la libertad a través del recurso de amparo.

En otras palabras, por un lado existe el amparo ordinario a cargo de jueces y procedimientos ordinarios (que deben respetar los principios ya citados) y por el otro al amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional con un especial y marcado *carácter subsidiario*. Su relación con la tutela propiamente judicial de los derechos y libertades fundamentales es subsidiaria¹⁷.

De esta manera, el recurso de amparo constitucional sólo puede interponerse una vez que se haya agotado la vía judicial procedente (artículo 43.1 LOTC) o una vez que se hayan

¹³ Se evitó una regulación rígida del mismo. Lo propio puede decirse a propósito de nuestra acción de protección cuya regulación constitucional se reduce al artículo 20.

¹⁴ JIMÉNEZ, J. *Derechos fundamentales: Concepto y garantías*. Ed. Trotta. 1999, pp. 90 y ss.

¹⁵ CRUZ, P. “Sobre el amparo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Número 41. Año 14/Mayo-Agosto. 1994, p. 11.

¹⁶ RAMOS, F. *El sistema procesal español*. Ed. Bosch. Barcelona. 1995, pp. 126-128.

¹⁷ En contra: RUBIO, F. “El recurso de amparo constitucional”. En: VVAA. *La jurisdicción constitucional en España*. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Colección Estudios Constitucionales. Madrid. 1995, pp. 128-134. En su estudio el autor explica que el carácter que se pretendió dar al recurso de amparo por los constituyentes fue la de un remedio alternativo y no subsidiario. No obstante, agrega, no lo entendieron así los autores de la LOTC que dieron al instrumento un carácter subsidiario. Asignándole un rol complementario (basado en el reparto de asuntos) y no subsidiario: CARRASCO, M. “El concepto constitucional de recurso de amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 63. Año 21/Septiembre-Diciembre. 2001, p. 85.

agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial (artículo 44.1 a)¹⁸¹⁹. Solamente en forma excepcional procede su interposición en forma directa, lo que dice relación con la impugnación de decisiones o actos sin valor de ley de los órganos legislativos (artículo 42)²⁰.

En este contexto, se postula al recurso de amparo constitucional como una garantía establecida en la CE que tiene por finalidad el *reforzar* el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales. Se alza como una protección adicional e importante de los derechos y libertades fundamentales que la propia CE se ocupa de señalar²¹.

Necesario es precisar un punto. Si bien el recurso de amparo es un proceso distinto e independiente de los procesos judiciales que, para la tutela de los derechos y libertades fundamentales, se desarrollan ante los órganos de la jurisdicción ordinaria²², su concreta articulación implica - necesariamente - una estrecha conexión con ellos²³, según ya se ha dicho²⁴. De hecho, versan ambos sobre la tutela y protección reforzada de derechos y libertades fundamentales. El factor de competencia es el mismo.

Ahora bien, el recurso de amparo ante el TC no es un elemento típico de la justicia constitucional²⁵. Es una singularidad que presentan determinados ordenamientos, entre ellos el español. Ello, no obstante (hay que decirlo), no lo ha inmunizado de problemas. De hecho, el recurso de amparo constitucional ha acarreado problemas en el funcionamiento del TC, fundamentalmente por la peculiar y errónea configuración de la tutela judicial como derecho fundamental (artículo 24 CE) al cual se le protege vía recurso de amparo²⁶. El resultado arroja un excesivo número de recursos, para algunos - derechamente - una avalancha de los mismos, que recarga el caudal de trabajo del TC²⁷.

¹⁸ JIMÉNEZ, A. (Coordinador). *Comentario a la Constitución: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1993, p. 547.

¹⁹ De hecho, el artículo 44.3 de la LOTC exige que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado. Otra manifestación más del carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional.

²⁰ No existe en el ordenamiento jurídico español posibilidad de enjuiciar tales actos ante la justicia ordinaria. De allí la excepción al carácter subsidiario señalado como regla. En similar sentido se encuentra la jurisprudencia emanada del TCE que no exige las condiciones citadas cuando, por cualquier razón no imputable al recurrente, no haya sido posible utilizar las vías judiciales previas de defensa.

²¹ Entre los escasos enunciados constitucionales en los que se realiza explícita referencia al recurso de amparo se precisa cuáles son los derechos susceptibles de ser protegidos por esta vía.

²² SÁNCHEZ, M. *El recurso de amparo constitucional: Naturaleza jurídica, características actuales y crisis*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987, p. 27.

²³ Para algunos, esta estrecha conexión que se da entre el proceso previo y el constitucional, incluso, hace de todo proceso en el que se haya hecho invocación de derechos constitucionalmente garantizados un proceso constitucional desde el momento de la invocación formal de la vulneración, exigida por la LOTC en su artículo 44.3.

²⁴ Cabe apuntar, sin embargo, que la cuestión del agotamiento de la vía judicial previa ha dividido a la doctrina española. Para algunos el recurso se alza como un recurso extraordinario en virtud del cual el TC conoce en última instancia las violaciones de los derechos y libertades fundamentales. Para otros, la vía judicial ordinaria y previa (amparo ordinario) es un proceso distinto del constitucional.

²⁵ VILLALÓN, P. "El recurso de amparo constitucional". En: VVAA. *Los procesos constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos y debates. Madrid. 1991, p. 117.

²⁶ Con bastante frecuencia se ha pasado a concebir este recurso como último remedio procesal, como última instancia, frente a pretendidas infracciones del ordenamiento jurídico que sólo tienen una relación meramente mediata o indirecta con el contenido de los derechos fundamentales tutelables por esta vía. Se equipara la disconformidad jurídica con las resoluciones judiciales a una auténtica denegación de la tutela que garantiza el artículo 24. Lo propio acontece, pero en menor medida, respecto del artículo 14 y su derecho a la igualdad ante la ley. Cualquier supuesto agravio comparativo o desigualdad de trato se equipara a una discriminación vedada por dicha norma constitucional. SÁNCHEZ, M. *El recurso de amparo (...)*. Op. Cit., p. 15.

²⁷ Para parte de la doctrina española estos problemas se originan, en lo que liga con el derecho garantizado

A pesar de ello, nadie duda que el rol que ha cumplido el TC en el sistema español ha sido crucial y básico²⁸. Aprovechó el recurso como instrumento para cumplir su importante *misión de intérprete supremo de la Constitución* (artículo 1.1 de la LOTC)²⁹. Es decir, no sólo se ocupó de proteger (superproteger para ser más precisos) el derecho conculcado en el caso concreto, sino que la doctrina que emana de sus sentencias produce un efecto generalizado, sirviendo la misma de *orientación obligada* para los demás Poderes públicos, dónde se incluyen, por cierto, los propios tribunales de justicia ordinarios.

Ha permitido, en otros términos, la formación y consolidación de una doctrina constitucional fuerte que debe respetar la judicatura ordinaria, ejerciendo de esta forma una *labor pedagógica* de llamativa y destacada utilidad para el respeto y protección de los derechos y libertades fundamentales.

De esta forma, el sistema español articula la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, asegurando una tutela reforzada ante el propio TC, rigiéndose por la siguiente regla o premisa: “La eficacia de la Constitución ha pasado a ser en primer término la eficacia de los derechos fundamentales”³⁰.

Con esta perspectiva debe analizarse el rol del TC español en materia de amparo de derechos y libertades fundamentales, no exento de problemas, pero alzándose a la vez como juez e intérprete supremo de la norma fundamental, permitiendo con ello una *uniformidad* en los principales criterios de resolución en la materia.

En términos simples, *completando* la singular protección de los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1º del capítulo Segundo de la CE.

LÓPEZ resume con claridad la utilidad del TC. Reconociendo que el número de decisiones que puede dictar este tribunal (relativamente de pocos miembros) es forzosamente limitada, sitúa la verdadera eficacia de las sentencias del TC no tanto en sus efectos directos sobre el recurrente como en el *establecimiento de criterios y principios*, derivados de la Constitución, vinculantes en la interpretación general y aplicación de los derechos y libertades fundamentales³¹.

IV. Situación en Chile: La opción por las Cortes de Apelaciones como tribunales de protección.

a.- Importancia de la cuestión.

La decisión en torno al tribunal de protección es un punto muy importante al momento de abordar el estudio de la acción de amparo en Chile.

por el artículo 24 de la CE, en la excesiva generosidad con que el propio TC ha configurado el contenido.

²⁸ Lo que no significa que la asignación de esta competencia no haya sido discutida. Con todo, la claridad asoma cuando se constata el lugar central que los derechos y libertades fundamentales presentan en la construcción constitucional española (y en su sistema de valores). GARCÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Ed. Civitas. Madrid. Tercera reimpresión a la tercera edición. 1994, p. 142.

²⁹ GARCÍA, R. y CORBAL, J. *El recurso de amparo constitucional en el área civil*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999, p. 29.

³⁰ GARCÍA, E. *La Constitución (...)*. Op. Cit., p. 143.

³¹ LÓPEZ L. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda edición. Madrid. 2000, p. 27.

Con acierto COLOMBO ha señalado: “Toda organización judicial está destinada a dar solución, por medio del proceso jurisdiccional o de sus equivalentes legitimados, a los conflictos de intereses de relevancia jurídica generados por la infracción de normas”³².

Pues bien, en la materia que nos ocupa, existen conflictos de intereses de relevancia jurídica, existe infracción de normas (constitucionales) y existe la necesidad de justicia (no cualquier justicia, veremos) por parte de las personas, desde el momento en que la autotutela se encuentra proscrita - por regla - por nuestro ordenamiento jurídico. Y existe también, obviamente, la necesidad de encomendar la solución de estas contiendas *a los tribunales*.

Ahora bien, a pesar de la importancia del tema, la doctrina nacional, salvo contadas excepciones (entre los que destaco especialmente a BORDALÍ y NOGUEIRA), omite extenderse en pronunciamientos críticos sobre el particular y parece perderse en planteamientos bastante bizantinos que alejan la mira de los problemas centrales. Intentemos cambiar el rumbo de las cosas.

b.- *Las Cortes de Apelaciones como tribunales de protección y verdaderos órganos de relevancia constitucional.*

La normativa finalmente aprobada, tanto en el Acta Constitucional N°3 como en el texto constitucional que le siguió sin modificaciones, pusieron exclusivamente en manos de la *judicatura ordinaria superior* la tutela reforzada o privilegiada que se pretendía establecer respecto del listado de derechos y libertades que taxativamente había recogido el constituyente.

Siendo más precisos aún, en lo que se refiere a la *competencia absoluta*, se consagró de manera expresa que *la Corte de Apelaciones respectiva*³³ sería la encargada de conocer y resolver el recurso de protección³⁴. De esta determinación nos queremos ocupar de modo principal.

En lo que liga con la determinación de la *competencia relativa*, la respuesta precisa la aportó la normativa proveniente de los AA. Allí se precisó la expresión utilizada por la Constitución determinando que se debe entender por “CA respectiva”. Se señala a aquella en cuya jurisdicción se hubiera cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria e ilegal que ocasione privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías

³² COLOMBO, Juan. “Funciones del derecho procesal constitucional”. *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca*. Año 8. Número 2. 2002, p. 22.

³³ Sea que el agravio provenga de un particular, sea que provenga de alguna autoridad del Estado. Incluso el Senado, como ocurrió en una protección intentada por CERECEDA, destituido ministro de la Corte Suprema por proceso de acusación constitucional seguido por notable abandono de deberes, en contra del Senado. C. Valparaíso, 26.03.93, RDJ, t. XC, N° 2, pp. 67-96. En el referido fallo se reafirma la jurisdicción y competencia que las Cortes de Apelaciones tienen para conocer de un recurso de protección. Sentencia quedó ejecutoriada luego de que el recurrente se desistiera de la apelación deducida.

³⁴ De esta forma se quiso evitar los problemas que de la referencia que tratándose de la acción de amparo se realizó por el artículo 21 de la Constitución. Se especificó, en el propio texto constitucional, la jerarquía del tribunal de protección. En otras palabras, la competencia absoluta quedó constitucionalmente afinada.

constitucionales respectivas (artículo 1° AA). Esta determinación también ha acarreado problemas, según veremos.

En definitiva, se configuró a las Cortes de Apelaciones del país como *verdaderos órganos de relevancia constitucional*, específicamente en lo relativo a lo que ya hemos denominado Justicia constitucional de la libertad. Súmese a ello el rol no menos relevante rol asignado a la Corte Suprema en el conocimiento y fallo de la segunda instancia del recurso.

¿Qué significó lo anterior?. Primero, en un plano funcional, significó entregar las delicadas decisiones en materia de tutela privilegiada de derechos fundamentales a tribunales de la instancia y a un órgano de casación. Veremos que, en principio, ello no debiera significar un reproche insalvable.

Significó también, al menos en el plano de los propósitos, que estos tribunales superiores pasaran desde una situación jurídica y real de ser meros aplicadores del tenor de la ley a alzarse como verdaderos “*quijotes*” garantes³⁵ de los derechos y libertades fundamentales y, por necesaria añadidura, defensores de la Constitución y de su fuerza normativa.

c.- *Algunos problemas que ha aparejado la decisión: Primera mirada.*

La decisión constituyente, de una evidente confianza en los tribunales de justicia, ha aparejado consecuencias, no menores, claramente identificables en el desarrollo de este instrumento en la realidad jurídica-forense nacional.

c.1.- *Inflación del recurso por la vía del contencioso administrativo.*

¿De qué hablamos?. En un primer apronte, hablo de la instauración de la semilla para un activismo judicial por momentos excesivo, donde el recurso de protección es - a estas alturas del partido - un confeso cómplice. Citando a ZÚÑIGA: “Una suerte de deificación del control jurisdiccional, que en nuestro país se expresa en la elefantiasis del recurso de protección”³⁶. Derechamente, lo que algunos han llamado el intolerable gobierno de los jueces (esta vez a través de la protección).

Un paradigmático ejemplo se encuentra *en lo contencioso administrativo* donde se postula al recurso de protección como verdadero paladín sustituto o, al menos, un paliativo a la inexistencia de los tribunales contenciosos administrativos. La protección se ha transformado, en la práctica, en la vía más recurrida y eficaz para hacer frente a la carencia de los citados tribunales, abriendo una puerta - si bien a ratos muy amplia en sus dimensiones, por ser malentendida³⁷- para que los tribunales de justicia (en este caso las

³⁵ SOTO y BRUNA prefieren hablar de custodios de los derechos humanos. SOTO, E. y; BRUNA, G. Comentario a fallo C. Valparaíso, antes citado. Corresponde a protección caratulada “Cereceda, Hernán con Senado”.

³⁶ ZÚÑIGA, F. “Recurso de protección y sistema político”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Volumen LXIV. Número 199. 1996, p. 113.

³⁷ La protección no puede ser considerada idónea para proteger cualquier derecho de un ciudadano, ni menos

Cortes) brinden tutela jurisdiccional frente a la administración³⁸. Se habla de cerrar el paso a las *inmidades de poder*³⁹.

La problemática anterior tiene que ver, necesario es decirlo, con los límites del recurso de protección. Demuestra las falencias y confusiones a la hora de configurar y entender este instrumento de tutela privilegiada de los derechos y libertades fundamentales. Dice relación también con la concepción del recurso de protección en una forma muy genérica, que junto con provocar una inflación enorme de casos, ha aparejado estos problemas relativos a la independencia de los otros poderes que han derivado, muchas veces, en la imposibilidad de muchas autoridades de poder satisfacer debidamente y sin perturbación sus propios deberes legales o constitucionales. De lo cual, la práctica judicial de la protección ha sido fiel reflejo.

c.2.- Convicción y herramientas de las Cortes para asumir su rol de tribunales de protección: Más de alguna duda.

Más allá de lo anteriormente reseñado, volvamos a nuestro punto que arroja - en sí mismo - *problemas serios* derivados del establecimiento de las Cortes como tribunales exclusivos de protección.

Insisto, para el constituyente el tribunal de protección más adecuado fueron las CA, tribunales ordinarios de justicia que tendrían la compleja misión de amparar y restablecer los derechos y libertades fundamentales cuando fueran amagados, transgredidos o conculcados ya sea por la autoridad pública o por particulares.

para derechos o intereses legítimos de éstos frente a la Administración. La protección debe quedar reservada para la tutela reforzada de los derechos fundamentales que requieren y exigen una protección privilegiada, distinta de los procedimientos ordinarios.

³⁸ Una similar es la de CAROCCA que alude al hecho de que la acción de protección se ha ido transformando en un instrumento más dirigido a solucionar vacíos - más formales que reales, también hay que decirlo - en los mecanismos de tutela contra las actuaciones de la Administración Pública, es decir, de lo contencioso-administrativo, que en un medio para obtener la efectiva vigencia de todas las garantías constitucionales". CAROCCA, A. *Derechos humanos y derecho civil: Perspectiva procesal*. Centro de Desarrollo jurídico judicial. Corporación de Promoción Universitaria. Unión Europea. Proyecto apoyo al mejoramiento de la justicia. 1997, p. 85.

³⁹ Nuestra carta de navegación nos lleva a preferir el control jurisdiccional a través de la tutela reforzada que otorga la protección. Pero póngase atención en este punto (no se confunda el lector), la clave está en no olvidar un requisito básico de admisibilidad del recurso de protección, cual es que efectivamente se vea afectado un derecho fundamental de aquellos que señala el artículo 20 de la Constitución. Véase: FERRADA, J.; BORDALÍ, A. y; KAMEL, C. "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo". *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. Volumen XIV. 2003. Junto a estos autores, instamos por la buena comprensión de lo que se plantea. No se trata de estar contra el control jurisdiccional de los actos administrativos o proclamar la inmunidad del poder estatal. Trátase, simplemente, de poner las cosas en su lugar y reservar la tutela reforzada que implica el recurso de protección para hacer frente a violaciones o ataques a derechos efectivamente fundamentales. Los derechos e intereses no fundamentales deben recibir protección jurisdiccional, nadie lo niega, pero vía juicio ordinario de mayor cuantía y no vía protección. Recuérdense que tras la reforma constitucional de 1989 al artículo 38 inciso 2° de la Constitución, jurisprudencia y doctrina han declarado la plena competencia de los tribunales ordinarios en estas materias. Esta interpretación - estimamos - es la correcta y compatibiliza el control jurisdiccional con el carácter urgente y de emergencia que posee la protección.

El ejercicio de transformación que implementó el constituyente no fue menor, pues persiguió lograr el paso de un juez mero aplicador de ley a un *juez de protección* (con relevancia constitucional) que tutele y resguarde los derechos y libertades, aplicando directamente el texto constitucional, asegurando a través de sus fallos - razonados y dictados en “coordenadas” constitucionales - el pleno respeto de aquéllos y de la Constitución como norma jurídica con plena fuerza vinculante.

En otras palabras, con la creación de la acción de protección se intentó instalar (tal vez inconscientemente) en nuestra realidad - y en forma *sui generis* - el concepto, ya tradicional e instalado en los jueces de Estados Unidos y su cultura jurídica del *common law*, de una Constitución protegida por los jueces ordinarios. Nuevamente se hace presente aquí la *paradoja* del referente nacional al momento de sentar las nuevas bases la nueva institucionalidad que implicaba la Constitución⁴⁰.

Pues bien, la señalada mayor vinculación juez-Constitución encuentra expreso sustento en el propio texto constitucional, precisamente el artículo 6 del mismo: “Los Órganos del Estado (evidentemente figuran aquí los jueces) deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Póngase atención, no queremos referirnos aquí a la cuestión suscitada a propósito de la discutida competencia de los jueces ordinarios inferiores para declarar la inconstitucionalidad de normas legales vigentes que contradigan la Constitución. El nuestro es otro asunto y se vincula al cambio acaecido a propósito o con ocasión de la creación del recurso de protección en nuestros tribunales superiores de justicia, léase expresamente a las CA y la CS como *tribunales de protección*.

Esta mezcla, se haya querido o no, pretendió alejar a nuestros jueces del paradigma kelseniano puro que si bien dejando a la Constitución en la cima del ordenamiento jurídico (en la cima de la pirámide normativa si se prefiere), no vinculaba más que al legislador, siendo inaplicable por otros operadores jurídicos, por ejemplo, los jueces que debían aplicar solamente la ley.

Así lo subraya CANOSA refiriéndose al caso español: “En la actualidad los contenidos de las Constituciones no son, desde luego, los preferidos de Kelsen. Nuestros textos fundamentales se han llenado de sustancia, de contenidos materiales y por añadidura se ha acentuado su carácter garantista con el reconocimiento de derechos fundamentales. Con solemnidad se proclama la vinculación de todos, particulares y poderes públicos, a la Constitución. Ésta ya no puede ser una norma vinculante sólo para el legislador, condiciona directamente también, sin la imprescindible intermediación del Parlamento, a

⁴⁰ Respecto de la paradoja del referente nacional en materia de protección constitucional de los derechos procesales fundamentales puede revisarse un artículo de nuestra autoría. PALOMO, D. “Aportación de la Convención americana de derechos humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial: Un apoyo en dos fallos, caso Barrios Altos y Castillo Petruzzi”. *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca*. Año 8. Número 2. 2002, p. 261-298.

todos los poderes públicos, y señaladamente a los jueces”⁴¹.

Lo expuesto trae consecuencias y en lo relacionado con la protección se traducen en transformar a nuestros jueces de los tribunales superiores de justicia, en lo que se refiere al recurso de protección, en *jueces constitucionales*. De hecho, las Cortes chilenas al conocer y resolver recursos de protección no hacen otra cosa que dar aplicación a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico nacional que es, lo que no es menor.

Alguien podrá decir que la CS ya se alzaba como “*tribunal constitucional*” desde el momento que tenía (y tiene aún), desde la Constitución de 1925, la competencia del recurso de inaplicabilidad, a través del cual el supremo tribunal de justicia ejerce funciones de control concentrado de constitucionalidad respecto de preceptos legales, a posteriori (represivo), de modo concreto y con efectos *inter partes* (siempre en una gestión judicial concreta).

Es cierto, sin embargo, hablamos de cosas si bien muy vinculadas, bastante distintas, especialmente en el plano de sus consecuencias reales en el sistema nacional. Primero, mientras un instituto, la protección, dice relación con la denominada justicia constitucional orgánica, el otro, la inaplicabilidad de la CS, se enmarca dentro de la justicia constitucional de la libertad. Justicia constitucional al fin de cuentas, pero con muy distinta trascendencia en el plano efectivo. Mientras la protección se alzó como una garantía esencial de tutela de los derechos y libertades fundamentales absolutamente recurrida y con un abanico de consecuencias en el sistema jurídico, el recurso de inaplicabilidad se convirtió en un instrumento derechamente débil, tanto en su configuración jurídica como en sus resultados prácticos⁴².

d.- *Más preguntas y problemas: Una segunda mirada.*

Descartada la CS y su recurso de inaplicabilidad como mecanismo que pueda alterar nuestras conclusiones, retomemos el camino por medio del planteamiento de algunas preguntas cuyas respuestas intentaremos.

¿Cuál fue la principal consecuencia de la opción del constituyente por las Cortes como tribunales de protección?. La respuesta a esta pregunta se vincula con la nueva concepción que impera desde hace ya un tiempo respecto de la norma constitucional, su fuerza normativa, y los derechos y libertades fundamentales que allí se reconocen. Las Cortes se transforman en los *principales tuteladores y garantes* de estos derechos y libertades, se transforman (vía el recurso de protección) - quiéranlo o no - en jueces constitucionales.

⁴¹ CANOSA, R. “Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta”. *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca*. Año 4. Número 1.1998, p. 14.

⁴² A mayor abundamiento, y para remarcar lo antes expuesto, NOGUEIRA recuerda la sentencia de la CS que determina que la inaplicabilidad del precepto legal no tiene fuerza obligatoria ni efectos persuasivos respecto de los tribunales de primera instancia ni de las Cortes de Apelaciones, lo que a su juicio (que compartimos) “muestra que este control represivo, concreto y con efectos *inter partes*, constituye una institución jurídica débil como instrumento para dotar de fuerza normativa a la Constitución y dar protección efectiva a los derechos esenciales de las personas”. NOGUEIRA, H. “La Jurisdicción constitucional en Chile: Evolución y perspectivas”, en: VVAA. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. CIEDLA. Buenos Aires. 1998, p. 126.

La segunda pregunta es lógica: ¿Fue la decisión correcta?. Pero antes de contestar acerquémonos un poco más.

Digamos primero que no se trata de una jurisdicción constitucional de la libertad concentrada. Según lo expuesto, evidentemente su carácter es altamente difuso. Si bien no se trata de tribunales ordinarios inferiores, anótese que el tribunal de protección por esencia es la CA respectiva y según lo dispone el artículo 54 del Código Orgánico de Tribunales hay 17 en el país, muchas de ellas compuesta por más de una sala. Ese simple dato impide reconocer una posible concentración. *Trátase de un control difuso*, compartido entre todos estos tribunales.

Tampoco se trata de *tribunales especializados* en esta vertiente de la justicia constitucional. Constatamos en la propia ley, sin pretensión de exhaustividad, que la competencia de estos tribunales comprende el conocimiento y fallo de recursos de casación en la forma, recursos de nulidad (agregados tras la reforma al proceso criminal), recursos de queja, extradición activa, desafueros, querellas de capítulos, recursos de apelación en causas civiles, del trabajo, en actos no contenciosos, en causas penales (tratándose de resoluciones dictadas por un juez de garantía), consultas de sentencias civiles, recursos de amparo, y los demás asuntos que otras leyes les encomienden (artículo 63). A todo ello, agréguese también el conocimiento y resolución del recurso de protección. Con poco esfuerzo, se evidencia el extenso espectro de competencias que comprende el trabajo de nuestras CA que impide (siquiera intentar) sostener la existencia de la especialidad en el conocimiento y fallo de las protecciones. Derechamente, *no existen* Cortes especializadas en protección, ni salas con esa especial característica.

¿Y la segunda instancia, mejora el modelo?: Ya señalamos que los AA que han regulado la protección chilena establecen un recurso de apelación para ante la CS, tribunal de casación, lo que de entrada es objeto de críticas por parte de la doctrina atendido su carácter de órgano de casación⁴³.

Pero sabemos también que el tribunal supremo sí contempla (a diferencia de las CA) salas especializadas para su funcionamiento. Por tal razón para alguien pudiera surgir una *luz de esperanza* con aspiraciones de corregir los problemas de falta de especialidad que presenta la primera instancia de la protección.

Con todo, nuevamente la realidad normativa nos demuestra lo contrario. La CS conoce también, al igual que las CA, de varios asuntos: Recursos de inaplicabilidad, contiendas de competencia, apelaciones en causas de desafuero, lo propio en causas de amovilidad,

⁴³ En contrario a estas críticas SOTO, quién destaca la “virtud” del recurso de protección de transformar a la CS en un tribunal de justicia y no sólo en una Corte de casación. En otras palabras, asignarle preocupaciones desde la justicia concreta, más en contacto con la verdadera vida ciudadana y asumiendo “el papel fundamental de velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de cualquier persona, en uso de sus facultades conservadoras, que fueron desde los inicios mismos de la república, la más importante de sus funciones”. SOTO, E., Comentario a fallo C.S., 01.07.91, RDJ, t. LXXXVIII, N° 2, p. 169. Caso corresponde a protección seguida entre empresa Resiter y Cía. Ltda. con funcionarios de la Municipalidad de las Condes.

ejercicio de facultades administrativas, disciplinarias y económicas, entre otras competencias que le corresponden en pleno.

A ellas suma sus competencias en sala: Recursos de casación en el fondo y forma, recursos de nulidad, recursos de revisión y de queja, recursos de apelación en contra de las sentencias dictadas en los recursos de amparo y demás asuntos que la ley les entregue.

A las competencias enunciadas suma el recurso de protección (su apelación), el cual también conoce en sala. De hecho, la CS conoce en segunda instancia de esta acción constitucional a través de sus salas especializadas: Sala constitucional, sala civil, sala penal y sala mixta. Por disponerlo otro AA emanado de la CS - el conocimiento de las apelaciones interpuestas en materia de acción de protección se reparten en *todas* las salas de la Corte Suprema, atendiendo a una cuestión puramente territorial⁴⁴. Con ello, la especialización vía sala en lo constitucional ha quedado en nada⁴⁵.

La situación anterior va develando, a no dudarlo, problemas de fondo. Veamos.

d.1.- Debilidad en la interpretación.

Por lo pronto, los problemas son de *interpretación*, pues sabemos que en punto a la justicia constitucional ésta se ciñe (o debiera ceñirse) a reglas de hermenéutica propias que permitan la tutela de los derechos y libertades fundamentales con adaptación de la normativa constitucional a las nuevas situaciones y exigencias sociales cruzadas por la mayor complejidad.

Este es un aspecto muy relevante en la temática referida la decisión del constituyente respecto del tribunal de protección. Lo reconoce con claridad GÓMEZ tras dar cuenta de los problemas que se constatan respecto al tribunal de protección: “El sistema de garantías ha quedado desprovisto de unidad interpretativa de la Constitución, abriéndose una verdadera diáspora de criterios e interpretaciones a propósito de casos puntuales”⁴⁶.

En términos simples, la configuración del tribunal de protección, no asegura - ni mucho menos - una justicia constitucional de la libertad efectivamente sustentada en una “cultura” constitucional de los derechos fundamentales.

Y, lo que es lo mismo, no asegura que la acción de protección sea conocida y resuelta por jueces verdaderamente constitucionales que puedan satisfacer con éxito y eficacia su trascendente misión.

⁴⁴ Un AA de 1998 de la CS distribuye las apelaciones de protección en las cuatro salas del tribunal supremo en base a un origen geográfico regional de los “recursos”.

⁴⁵ No se crea, sin embargo, que la sala constitucional no presenta problemas. Sus fallos no esconden las contradicciones propias de las resoluciones emanadas de las otras salas del tribunal.

⁴⁶ GÓMEZ, G. “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”. En: Gómez, G. (Editor). La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma. *Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales*. Número 41. 1999, p. 94.

El resultado, en palabras de PEÑA: Una práctica constitucional “argumentativamente arcaica”⁴⁷.

d.2.- Debilidad en la uniformidad de los criterios constitucionales empleados en la resolución de los casos.

Asimismo, el diseño reseñado no permite uniformar ni aunar la jurisprudencia en materia de tutela de derechos y libertades fundamentales.

No existe posibilidad de coordinación jurídica entre los tribunales de protección, ni en primera ni en segunda instancia. Eso ha quedado suficientemente demostrado en los más de 20 años de vida de la protección.

Pues bien, esta situación atenta seriamente con los requerimientos de justicia en materia de tutela de derechos y libertades fundamentales, evidenciando problemas en uno de los puntos esenciales que destacaba COLOMBO: coordinación adecuada de tribunales, jueces y procedimiento. Falta de coordinación que tiene, según veremos en seguida, una causa evidente y clara.

e.- *Acercándonos al diagnóstico del problema.*

¿El por qué de la decisión del constituyente?. Es una pregunta completamente lícita y se justifica si lo que se estudia es precisamente el tribunal de protección chileno.

Uno de los principales argumentos en favor de las Cortes de Apelaciones como tribunales de protección estuvo marcado por el tema de la territorialidad. En efecto, las Cortes estaban repartidas a lo largo de todo el territorio nacional, lo que facilitaría el acceso a la justicia de parte de las personas que vieran amenazados o amagados sus derechos y libertades⁴⁸.

Además, se intentó no centralizar la protección que se diseñaba e incorporaba al ordenamiento jurídico nacional. De allí que se descartara la idea de crear un tribunal especial de rango constitucional de derechos humanos⁴⁹.

⁴⁷ PEÑA, C. “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”. En: MEDINA, C. y, MERA, J. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales. Serie Publicaciones Especiales. Número 6. 1996, p. 668.

⁴⁸ Sin embargo, el factor territorial no fue enteramente decisivo, pues se descartó la propuesta de entregar esta competencia protectora a los tribunales ordinarios inferiores (SILVA), punto en el cual predominó en los comisionados la trascendencia que se asignaba al instituto, que debía tener un mejor correlato en la mayor jerarquía de las Cortes que en los tribunales ordinarios inferiores.

⁴⁹ Son las respectivas propuestas y defensas de CUMPLIDO y HUBNER, invitados por la Comisión. Véase: LIRA, S. *El recurso de protección*. Ed. Alborada. Santiago de Chile. 1990, p. 48.

Postulamos, sin embargo, las siguientes interrogantes: ¿La configuración del tribunal de protección en la forma señalada asegura efectiva distancia respecto del paradigma del juez mero aplicador del tenor literal de la ley?, ¿Tenemos jueces imbuidos en la imprescindible cultura de los derechos fundamentales, capaces de interpretar las normas constitucionales en el sentido más favorable a dichos derechos?⁵⁰, ¿Poseen una formación teórica fuerte en la dogmática de los derechos fundamentales?, ¿Se favorece o se obstaculiza la concurrencia de una justicia constitucional de la libertad (en serio)?.

Las respuestas, para cualquier lector imparcial, aparecen como evidentes y obvias a la luz de los resultados reales del instituto de la protección en Chile.

Por cierto destacan las condiciones en que las CA (y la CS en la segunda instancia) deben conocer y resolver de las acciones de protección, las que no son las óptimas, ni mucho menos.

Existen *manifiestos problemas en la especialidad* que requiere la justicia constitucional de verdad, en la aplicación de la Constitución, en la interpretación o hermenéutica a emplear, en la formación constitucional de los jueces, y en la coordinación de los tribunales de protección, ello tanto en la primera como en la segunda instancia.

Nos sumamos - en plenitud - a la opinión que manifiesta CAROCCA, por categórica que pueda parecer en una primera lectura: “Lamentablemente, y que hay que decirlo, estuvieron muy lejos (la Comisión) de percatarse de la importancia que la consagración de semejante instituto estaba llamado a desempeñar en un Estado respetuoso de los derechos fundamentales y, lo que es peor, no tuvieron para nada en cuenta la experiencia comparada en la materia que podía haberles proporcionado valiosos antecedentes para una mejor comprensión y estructuración de semejante acción constitucional”⁵¹.

Es que la práctica de la protección golpea, y golpea fuerte. De aquel instrumento que ingresaba con glorias a nuestro ordenamiento queda bastante poco. Encontramos, en cambio, un instrumento derechamente *desgastado y desfigurado*, muy restringido a cuestiones sólo vinculadas mediatamente con el derecho de propiedad y el contencioso administrativo, muy contradictorio a la hora de defender y resguardar los derechos y libertades fundamentales y la propia fuerza normativa de la Constitución.

En otro frente, compartimos también el parecer de COLOMBO en relación con la posición que debe tener el juez constitucional de frente a su alta misión⁵². Como garantes de la supremacía constitucional que son, los jueces constitucionales deben aplicar la Constitución. Deben también interpretarla, y para ello deben estar en condiciones óptimas

⁵⁰ Es lo que la doctrina constitucional ha denominado la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y el principio *favor libertatis*. “La hermenéutica constitucional en tal sentido debe basarse en el principio *favor libertatis*, que da fuerza expansiva a los derechos, ya que, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente y jerarquizada a la luz de los valores que los informan”. NOGUEIRA, H. *Dogmática Constitucional*. Ed. Universidad de Talca. Talca. 1997, p. 146.

⁵¹ CAROCCA, A. *Derechos humanos (...)*. Op. Cit., p. 84.

⁵² COLOMBO, J. “Funciones del (...)”. Op. Cit., p. 33.

para hacerlo, dispuestos a una labor creadora (inspirada en los fines o valores constitucionales) que va mucho más allá que la tradicional función de ser un mero intérprete fiel del tenor literal de la ley, que permita adaptar la Constitución a hechos no previstos.

Debe tratarse también de una interpretación finalista de la norma constitucional, muy especialmente en materia de derechos y libertades fundamentales⁵³. En otras palabras, una interpretación que junto con brindar la tutela requerida, preserve los valores esenciales de la Constitución como norma fundamental del Estado.

f.- El talón de Aquiles: La ausencia de un órgano de cierre que cumpla el papel de intérprete supremo de la Constitución.

Con todo, los problemas reseñados no deben achacarse - todos - a la decisión de entregar a las Cortes la tutela reforzada que se establecía vía recurso de protección. De hecho, vimos que en el sistema constitucional español la primera tarea de defensa de los derechos y libertades se encuentra asignada a la judicatura ordinaria.

El *talón de Aquiles* de nuestro sistema proviene de otro extremo. Dice relación con la falta de un elemento que sí está presente en otros sistemas jurídicos, entre ellos, el modelo español que revisamos sucintamente en el apartado anterior.

Me refiero a la existencia de un TC con competencia subsidiaria en materia de protección de derechos y libertades fundamentales, como *órgano de cierre* del sistema, que alzándose como *máximo intérprete supremo* de la Constitución permita uniformar y dar coherencia a la interpretación de la norma fundamental a través de una hermenéutica vinculante para los demás tribunales. Eso, lastimosamente, no se da en nuestro país.

En efecto, en materia de justicia constitucional de la libertad, nuestro país es deficitario en un punto trascendental, *la unificación de la interpretación* de la Constitución, lo que debe corregirse.

La unificación interpretativa es uno de los objetivos más caros que debe perseguir un tribunal supremo en la materia, lo que en el caso criollo es de difícil concreción pues si bien contamos con *dos tribunales* que figuran como máximos intérpretes de la norma fundamental, léase el TC y la CS, uno carece de competencia en materia de tutela de derechos y libertades y el otro ha tenido una actuación muy diluida y poco comprometida

⁵³ LAFUENTE, J. *La judicialización de la interpretación judicial*. Ed. Colex. Madrid. 2000. p. 36. Comentando el caso del Tribunal Constitucional español, este autor destaca la labor creativa y finalista de la justicia constitucional. Sentencia LAFUENTE: “Nadie que haya leído sus sentencias puede afirmar seriamente que es la boca de la Constitución y que en su aplicación se limita a rellenar lagunas de acuerdo con los propios conceptos, técnicamente entendidos, de la Constitución” (p. 37). Las sentencias constitucionales son, en todos los casos, interpretativas y creativas. El juez constitucional es primordialmente un intérprete. ¿Por qué?: El juez constitucional debe atender a la eficacia y al éxito de sus decisiones. Su función es eminentemente práctica e interpretativa. De esta forma, la característica y reconocida inconcreción de la norma constitucional deriva en la judicialización del derecho constitucional.

en estas materias.

Pues bien, contar con este intérprete supremo de la Constitución, si bien no elimina todos los problemas, facilita bastante las cosas y permite el desarrollo de una justicia constitucional de la libertad de mayor calidad. La solución pasa, creemos, por cerrar el diseño en un solo órgano constitucional permitiéndose recurrir a él a través de una protección o amparo *extraordinario*, lo que permitiría la formación de una doctrina y jurisprudencia constitucional que reorientara la acción de tutela de las Cortes.

Ahora, todo el predicamento anterior no obsta a reconocer que el papel de las Cortes *seguirá siendo esencial*, aún incorporando el elemento faltante. Lo propio si se optase porque la tutela se brindara por los tribunales ordinarios inferiores (se pensó en esta idea a propósito que con la reforma al proceso penal han quedado más liberados de trabajo, sin la inmensa carga que significaba la justicia criminal)⁵⁴.

En fin, la responsabilidad primaria en materia de tutela jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales *seguirá siendo de los tribunales ordinarios*, sean superiores o inferiores. El sistema no funciona ni puede funcionar sin ellos. El TC, por su limitada cantidad de miembros no podría hacerse cargo de tanta tarea; solamente viene a operar como órgano de cierre del sistema, que permita suplir las falencias actuales en especialización y hermenéutica constitucional.

g.- *Últimas consideraciones: La necesidad de especialización.*

El tema de *la especialización* en la jurisdicción es algo que nos parece derechamente fundamental. De ello dan cuenta, en nuestro país, la reforma procesal penal ya vigente en gran parte del territorio nacional, los proyectos de reforma a la justicia laboral y aquellos propios del ámbito de la justicia de la familia. Lo propio, seguramente, seguirá en materia de justicia civil. En los tiempos que corren todas las áreas de la justicia atienden a la especialidad.

¿No es lógico acaso que dicha especialidad también alcance a la jurisdicción constitucional de la libertad?. No basta, lo decimos con firmeza, con contemplar el órgano de cierre de que hemos venido hablando.

Dicho ejercicio es insuficiente si lo que se quiere es efectivamente tener una justicia constitucional con jueces con *“cultura garantística”* que tutelen los derechos y libertades fundamentales de las personas. La protección efectiva de estos derechos y libertades exigen una justicia con coordenadas distintas y ellas son facilitadas (sino aseguradas) por la

⁵⁴ Una de las propuestas en este sentido apunta a traspasar la competencia de primera instancia a los tribunales ordinarios de ese nivel, dejando la segunda a las CA. En esta propuesta, la CS deja de tener competencia en materia de protección, concentrándose en su calidad de tribunal de casación. Por lo demás, todas las señales que envía apuntan a que no está particularmente interesada (por su recarga de trabajo tal vez) en estas materias. Basta revisar el AA de 1998 en lo que dice relación con las exigencias el recurso de apelación y las limitaciones para su conocimiento por parte de la Corte Suprema.

especialidad.

Pues bien, propongo la instauración de una justicia constitucional efectivamente especializada *en todos los niveles*. Primera y segunda instancia deben ser especializadas. En la situación actual implica, a lo menos, implica la existencia de Salas especializadas en las CA que, si se acoge la propuesta de cambio en materia de competencia relativa, verán recargado su trabajo relativo al conocimiento y fallo de protecciones (la CA Santiago quedará más aliviada, respecto de su situación actual).

La especialización en primera instancia puede derivar o no en la eliminación de la segunda, es algo que dejamos abierto. Con todo, de mantenerse la segunda instancia (o segundo nivel), ella también debe respetar este principio de la especialización. Para ello bastaría que la CS respete la propia especialización que diseñó.

El tercer nivel vendría dado por el TC en su calidad (que postulamos) de intérprete y guardián supremo de la Constitución, el recurso de amparo extraordinario y la uniformidad de la jurisprudencia aplicable en materia de protección de derechos y libertades fundamentales.

La *compartición de funciones* entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional se debería materializar o articular a través del *principio de subsidiariedad*, tal cual ocurre en el sistema español, imponiendo la mediación judicial en defensa de los derechos y libertades antes de la eventual intervención, cuando así se pida, del TC.

En definitiva, una justicia constitucional de la libertad a cargo de jueces especialistas, formados en el derecho constitucional de los derechos humanos o fundamentales que logren una separación efectiva del paradigma del juez mero aplicador de la literalidad de la ley (que dejen de ser meros autómatas), no desatiendan el contenido axiológico de estos derechos y den a los principios el sitio que les corresponde en estas materias.

Recuérdese sólo un punto más, a fin de calibrar adecuadamente la importancia del tema aquí tratado. La correcta administración de las garantías procesales de los derechos y libertades fundamentales por parte de los tribunales de justicia, como lo es la protección, constituye *un elemento decisivo* para llevar al terreno de la experiencia práctica el contenido de los mismos, lo que ha otorgado especial relieve al papel que corresponde a los tribunales en la salvaguardia de las libertades.

V. A modo de conclusión.

Hemos intentado en las líneas que anteceden dar cuenta de las *principales deficiencias* que a propósito del tribunal de protección evidencia nuestra acción de amparo.

Ellas podemos resumirlas en la ausencia de uniformidad interpretativa y coordinación entre los distintos tribunales de protección. Asimismo, los problemas vienen dados por la falta de

especialización de los tribunales y jueces, éstos últimos no formados en justicia constitucional.

El resultado de esta mezcla no es otra que argumentaciones constitucionalmente deficientes y arcaicas, razonadas en coordenadas que se distancian de aquéllas constitucionales necesarias para abordar de manera adecuada la resolución de los casos de tutela jurisdiccional de derechos y libertades fundamentales. De allí la propietarización de los derechos, de allí el abuso del contencioso administrativo a través del recurso de protección, entre otros.

Habiendo identificado el problema, *sugerimos el remedio*. Incorporar a nuestro TC competencia en materia de protección de derechos y libertades fundamentales al modo del TC español.

De esta forma, *se apoya y completa* el sistema con un órgano que, en su calidad de supremo guardián e intérprete de la Constitución, venga a fijar con carácter vinculante las directrices de interpretación en materia de derechos fundamentales. Con ello se gana en uniformidad interpretativa, en coordinación y en especialidad.

Por cierto que no propugnamos una importación exacta del modelo de recurso de amparo español. Ello implicaría importar también sus problemas. Aspiramos a construir un mejor sistema nacional y en esa tarea aparece interesante el sistema español. Nada más y nada menos.

Asimismo, postulamos extender la tendencia a la especialización también a materias tan delicadas como la tutela jurisdiccional de derechos y libertades fundamentales. Si ello ya está en marcha en materias de justicia criminal, de familia y laboral, no entendemos las razones para excluirla en lo que liga a estos importantes asuntos.

En definitiva, estas líneas sólo han aspirado a constituir un llamado de atención respecto de la importancia de las consecuencias que se vinculan a la decisión del constituyente en materia de tribunal de protección. Urge a nuestro entender tomar en serio estas temáticas, lo contrario será dejar expedito el camino a la consolidación de los elementos que actualmente mantienen en crisis nuestra acción tutelar y que amenazan con su agotamiento como modelo.

V. Bibliografía.

BILBAO, J. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.

BORDALÍ, A. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Fallos del Mes. Valdivia. 2003.

CAROCCA, A. *Derechos humanos y derecho civil: Perspectiva procesal*. Centro de Desarrollo jurídico judicial. Corporación de Promoción Universitaria. 1997.

- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid. 1999.
- GARCÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Ed. Civitas. Madrid. Tercera reimpresión a la tercera edición. 1994.
- GARCÍA, R. y CORBAL, J. *El recurso de amparo constitucional en el área civil*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999.
- JIMÉNEZ, A. (Coordinador). *Comentario a la Constitución: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. centro de estudios Ramón Areces. Madrid. 1993.
- JIMÉNEZ, J. *Derechos fundamentales: Concepto y garantías*. Ed. Trotta. 1999.
- LAFUENTE, J. *La judicialización de la interpretación judicial*. Ed. Colex. Madrid. 2000.
- LIRA, S. *El recurso de protección*. Ed. Alborada. Santiago de Chile. 1990.
- LÓPEZ, L. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Ed. Centro de estudios Políticos y Constitucionales. Segunda edición. Madrid. 2000.
- MORELLO, A. *Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos aires. 1998.
- NOGUEIRA, H. “La jurisdicción constitucional en Chile: Evolución y perspectivas”. En VVAA. *Anuario de derecho Constitucional latinoamericano*. CIEDLA. Buenos Aires. 1998.
- NOGUEIRA, H. *Dogmática Constitucional*. Ed. Universidad de Talca. 1997.
- PEÑA, C. “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”. En: Medina, C. y Mera, J. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Universidad Diego portales. Serie Publicaciones Especiales. Número 6. 1996.
- PÉREZ, A. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid. 1995.
- RAMOS, F. *El sistema procesal español*. Ed. Bosch. Barcelona. 1995.
- RUBIO, F. “El recurso de amparo constitucional”. En: VVAA. *La jurisdicción constitucional en España*. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Colección de Estudios Constitucionales. Madrid. 1995.
- SAGÜES, N. “Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional”. En: BAZÁN, V (Coordinador). *Desafíos del control de constitucionalidad* Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996
- SAGÜES, N. *Teoría de la Constitución*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2001.
- SÁNCHEZ, M. *El recurso de amparo constitucional: Naturaleza jurídica, características actuales y crisis*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987.
- SOTO, E. *Recurso de protección: Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Ed. Jurídica de Chile. 1982.
- VARELA, C. *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999.
- VILLALÓN, P. “El Recurso de amparo constitucional”. En: VVAA. *Los procesos constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos y Debates. Madrid. 1991.

Revistas.

- CANOSA, R. “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta”. *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca*. Año 4. Número 1. 1998.

- CARRASCO, M. “El concepto constitucional de recurso de amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 63. Año 21/Septiembre-Diciembre. 2001.
- COLOMBO, J. “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”. *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca*. Año 8. Número 2. 2002.
- CRUZ, P. “Sobre el amparo”. *Revista Española de derecho Constitucional*. Centro de estudios Constitucionales. Número 41. Año 14/Mayo-Agosto. 1994.
- FERRADA, J; BORDALÍ, A. y; KAMEL, C. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*. Volumen XIV. 2003.
- GÓMEZ, G. “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”. En: GÓMEZ, G. (Editor). *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*. Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Número 41. 1999.
- PALOMO, D. “Aportación de la Convención americana de derechos humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial: Un apoyo en dos fallos, Caso Barrios Altos y Castillo Petruzzi”. *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca*. Año 8. Número 2. 2002.
- PIERRY, P. “El recurso de protección y lo contencioso administrativo”. *Revista de Derecho de Valparaíso*. Número 1. 1977.
- RÍOS, L. “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCI. Número 1. 1994.
- ZÚÑIGA, F. “Recurso de Protección y sistema político”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Volumen LXIV. Número 1999. 1996.