



**LA TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL
PROBLEMA DE LA ATOMIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS.
PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN**

Autores:

Stephania Araya

Adrián Chávez

Manuel Cabrera

Diego Covarrubias

María Gracia González

Matías Pinto

Esteban Torres

Ignacio Zapata

**Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte,
sede Coquimbo**

Director Semillero: Pablo Martínez Zúñiga

Resumen

A pesar la existencia del recurso de protección y de amparo en la actual Constitución Política de la República, la tutela procesal de derechos fundamentales carece de un marco teórico y normativo general y sistémico para la efectiva protección para estos derechos. La modalidad en nuestro sistema es la atomización de procedimientos especiales de rango legal, que intentan apuntar a ese objetivo. Esto, más que una ventaja, supone serios problemas de interpretación e integración normativa, de inadecuación e incompatibilidad del cauce procedimental con la tutela del derecho fundamental en riesgo, de herramientas o potestades de los tribunales, y también obstáculos relativos a la competencia funcional y la revisión de las sentencias que se pronuncian sobre el mérito.

El objetivo de este trabajo es denunciar y poner de manifiesto esta problemática, cómo afectan a la adecuada tutela de estos derechos y proponer una solución integradora de cara al resultado de nuestro proceso Constituyente.

Palabras clave: Tutela Procesal – Derechos Fundamentales - Atomización de procedimientos

Abstract

Despite the existence of the procedural remedies in the current Political Constitution of the Republic, the protection of fundamental rights lacks of a general and systemic theoretical and normative framework for the effective safeguards of these rights. The modality in our system is the atomization of special procedures of legal rank, that try to aim at that objective. This, more than an advantage, cause serious problems of interpretation and normative integration, of inadequacy and incompatibility of the procedural channel with the protection of fundamental right at risk, of tools or powers of the courts, and also obstacles related to functional jurisdiction and the review of the judgments that are pronounced on the merit.

The objective of this work is to denounce and highlight this problem, how to consult the adequate protection of these rights and propose an integrative solution for the result of our Constituent process.

Keywords: Procedural Protection - Fundamental Rights - Atomization of procedures

Introducción

El tema que se pretende abordar en este trabajo se entiende y relaciona con otro más amplio: el derecho a la tutela judicial, ya que las diferentes acciones, recursos o procesos¹ contemplados a nivel constitucional y legal para sustanciar conflictos que versen sobre vulneraciones a derechos fundamentales implican necesariamente una actividad de los órganos jurisdiccionales² donde el acceso a esta justicia se encuadra dentro de la *tutela judicial efectiva*. Sin perjuicio de que este tema se desarrollará en mayor extensión en lo sucesivo de la investigación, su relevancia obliga a consignarlo en forma introductoria.

Consideremos que en todo ordenamiento jurídico constitucional los derechos fundamentales cumplen una doble función: por un lado, son la base para la operativización de otros derechos de rango infra constitucional³, y, por el otro, son una garantía *per se* para las personas⁴. En consecuencia, esto implica una especie de dualidad autónoma-dependiente, pues son el esqueleto que sostiene todo el ordenamiento jurídico. Por esto los derechos fundamentales garantizan otros derechos, y además deben ser garantizados, no sólo respecto de conductas (acciones u omisiones) provenientes de personas naturales o jurídicas, sino también del derecho mismo, cuando la propia ley es contraria a las garantías fundamentales.

Existe entonces, por un lado, la obligación del Estado de tutelar los derechos fundamentales y, por el otro, el derecho de sus titulares para que no les sean vulnerados⁵. Así es como se han positivizado diversos *mecanismos procesales*⁶ para el aseguramiento de estos derechos, algunos de rango constitucional y otros de rango legal.

Con base en lo anterior se puede sostener que los derechos fundamentales en un sentido amplio son bienes jurídicos de suma importancia en el sistema jurídico, y como tales resulta necesario que existan diferentes mecanismos para materializar esa protección.

Ya decía Cappelletti en 1955, la necesidad de establecer mecanismos procesales especiales para la tutela de los derechos fundamentales, que ameritaban una forma distinta o diferenciada de tratamiento respecto del clásico proceso de conocimiento ordinario.⁷

En particular nos interesa poner de manifiesto los problemas derivados de la atomización o proliferación de procedimientos especiales a sistémicos en el nivel legal como mecanismo inidóneo para la eficaz protección de esta categoría de derechos. Utilizaremos para el análisis las estructuras procesales más conocidas en el nivel constitucional a estos efectos (como la protección y el amparo) y las de más próxima data y uso en nuestro ordenamiento legal: el procedimiento regulado en el Libro V del Código de Trabajo y el rito de la Ley 20.609, que estableció medidas contra la discriminación.

¹ Hay que tener presente que estas voces suelen emplearse de forma indiferente o imprecisa, sin desprestigiar las diferentes discusiones en tomo al punto, se usarán en un sentido amplio en el presente estudio.

² HOYOS HENRECHSON (1987) pp. 85-89

³ Es lo que se llama “mandato de optimización”, enfocado en los Derechos Fundamentales como valores. ALDUNATE (2008) p. 117

⁴ En un análisis histórico de cómo surge la función de defensa o protectora de los DD.FF. como derechos subjetivos, ALDUNATE (2008) pp. 111-114

⁵ TOLE MARTÍNEZ (2006) pp. 15-17

⁶ Hablamos de mecanismos en sentido amplio, pues no solo se trata de acciones procesales, sino de otras herramientas que sirven al mismo fin, como facultades fiscalización de ciertos órganos estatales, o la limitación del ejercicio de ciertos derechos.

⁷ PRIORI (2019) p. 137

I. El fenómeno de atomización de nuestros mecanismos procesales para la tutela de los derechos fundamentales

En el caso nacional, la protección procesal o jurisdiccional de derechos fundamentales presenta una situación de técnica difusa y un entramado complejo de reglas procedimentales. En efecto, en términos normativos la actual carta magna consagra la *acción de protección* (art. 20 CPR) como el mecanismo protector por antonomasia, junto con el recurso de amparo (art. 21 CPR), pero no son los únicos. Actualmente podemos nombrar las facultades del Tribunal Constitucional (art. 93 CPR) para conocer de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pues también engloba una atribución propia de la *justicia constitucional*.⁸

De otro lado, a nivel legal, el procedimiento de Tutela Laboral de Derechos Fundamentales, previsto y consagrado en el Libro V del Código del Trabajo, la acción antidiscriminación civil incorporada en la ley 20.609, son síntomas o manifestaciones que sirven para afirmar que los esfuerzos se han destinado a las regulaciones mediante procedimientos especiales que suponen la adecuación procesal en función de las diversas situaciones de derecho sustancial a que pueden dar lugar⁹, más que a técnicas generales de nivel constitucional que permitan concentrar y orientar la labor legal y judicial en aras de la real y efectiva protección procesal de estas situaciones de ventaja con prioridad para el ordenamiento¹⁰.

En ese marco, surge la primera pregunta: ¿cuáles son las características de la regulación procesal de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento actual?

Si bien se puede hacer una distinción en cuanto a la jerarquía normativa para explicar la forma en que se tutelan los derechos fundamentales, previa y necesariamente se debe mencionar la bifurcación entre la *justicia constitucional de los derechos fundamentales* y la *justicia constitucional de la ley*¹¹, a pesar de que ambas formas pueden impactar directamente sobre este tipo de derechos.¹²

Los conflictos relativos a la constitucionalidad de la ley se vinculan directamente a las atribuciones del Tribunal Constitucional. Por ello, resulta relevante consignar la labor que este órgano cumple en lo relativo al control *ex ante* y *ex post* de la ley¹³ porque, en definitiva, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se utiliza en la *praxis* en los litigios por una parte en beneficio de sus derechos, traduciéndose en una herramienta para hacer *justicia constitucional*.¹⁴

Dejando en claro esta diferencia medular, en lo que refiere a la *justicia constitucional de los derechos fundamentales*, hay que dejar en claro que la acción de protección y el amparo

⁸ BORDALÍ (2003) pp. 285-291.

⁹ PROTO PISANI (2014) p. 87

¹⁰ PROTO PISANI (2014) p. 220

¹¹ BORDALÍ (2003) p. 286.

¹² CAPPELLETTI (1976) p. 2.

¹³ BORDALÍ (2003) p. 289

¹⁴ Si bien el art. 93 n°6 lo que se verifica es que un precepto legal en un caso concreto genera efectos contrarios a la CPR, finalmente es un mecanismo propio de la justicia constitucional al tutelar derechos y libertades de los ciudadanos. BORDALÍ (2003) p. 285

son mecanismos distintos, cuyas particularidades se explican por el tipo de derechos que protegen (mientras el *amparo* pretende asegurar la libertad de las personas, la *protección* engloba por defecto la mayoría de las demás garantías). Es más, tal como apunta Aldunate, el recurso de protección es corolario del recurso de amparo, pues nació de este¹⁵, y ambos son manifestación del *derecho de amparo* de todos los derechos asegurados por la constitución.¹⁶

En lo que refiere a lo procedimental, y sin perjuicio de que sus causales de procedencia y los derechos que protegen están previstos en sus respectivas normas constitucionales (artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República), se encuentran regulados por vía de normas económicas emanadas de los tribunales superiores. En particular nos referimos al Auto Acordado N° 94-2015 y el Auto Acordado S/N-1932 de la Corte Suprema del Recurso de protección y de amparo respectivamente; donde se consagra todas las reglas procedimentales aplicables, como el tribunal competente, sus funciones, facultades y las prerrogativas que las partes pueden hacer valer, entre otras.

A nivel legal, y según el continente normativo, encontraremos acciones y procedimientos tendientes a proteger, por un lado, directa y expresamente derechos fundamentales y, por el otro, procedimientos que atienden a la finalidad mencionada de forma implícita e indirecta.¹⁷ En concreto, y como lo hemos anunciado, desarrollaremos las manifestaciones legales de mayor relevancia, haciendo presente que no son las únicas vías legales existentes¹⁸.

Un buen ejemplo de los primeros será el Procedimiento de Tutela Laboral del párrafo 6° del libro quinto del Código del Trabajo. Éste consagra múltiples legitimados activos (art. 486 CT) que podrán accionar cuando resulten amenazados o vulnerados derechos de esta categoría (485 CT) durante la relación laboral o con ocasión de un despido. Se consagran en dicho estatuto también el plazo para interponer su denuncia (60 días) y otras reglas procedimentales, como la preferencia en el conocimiento de este procedimiento, (art. 488) la posibilidad de suspender los efectos del acto impugnado bajo apercibimiento de multa y sin posibilidades de recurrir (art. 492); y la aligeración de la carga de la prueba en favor del denunciante en la medida en que se aporten antecedentes que constituyan indicios suficientes.

Junto con lo anterior, la ley 20.609 de *antidiscriminación* consagra la potestad de la jurisdicción de instancia civil (artículo 3°) para que pueda *restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria* (art. 1° en relación con el art. 2°) constituyendo un mecanismo especial para tutelar una garantía constitucional determinada (la igualdad ante la ley)¹⁹, en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales cuando, con ocasión del acto discriminatorio, se cause privación, perturbación o amenaza de estos.

¹⁵ ALDUNATE (2008) pp. 361-363

¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ (2007) p. 77

¹⁷ En este trabajo solo nos haremos cargo de las primeras. Sin embargo, dentro de las segundas encontramos, a modo ejemplar y enunciativo, las siguientes: los interdictos de obra nueva y ruinoso (930 y ss del Código Civil), la acción por la situación del artículo 2328 del Código Civil y, también, la acción por daño contingente del mismo cuerpo normativo.

¹⁸ También existen la protección derechos personales, procedimiento de protección de derechos de niños niñas adolescentes, entre otros

¹⁹ NOGUEIRA (2018b) pp. 356-373

Es de toda conveniencia que esta acción persiga iguales fines que el recurso de protección, como lo es el restablecimiento del imperio del Derecho. Esta idea, como apunta Aldunate, “no implica pronunciarse sobre la vigencia inmediata de un derecho fundamental constitucional, ni aun cuando se presume que le asiste al reclamante, sino solamente una decisión sobre la situación de este individuo y su derecho, en relación con los requisitos para afectarlo legítimamente y los remedios que pueda hacer efectivos para defenderlo”²⁰, esto es, la función de la acción de protección no es tutelar el fondo del asunto, sino solo la forma, lo que expresa su carácter cautelar y no declarativo, y mucho menos condenatorio. Por lo tanto, este préstamo que hace la acción antidiscriminación respecto del mecanismo de protección es incompatible con lo que persigue la ley, pues la tramitación que se le da busca un pronunciamiento sobre el fondo del asunto con carácter condenatorio y, por lo tanto, con vocación de eficacia de cosa juzgada formal y material.

En efecto, la misma ley establece la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del acto reclamado por motivos preventivos²¹ (similar a la orden de no innovar); el requerimiento de informes que el denunciado deberá emitir dentro de 10 días hábiles (art. 8); el desarrollo de una audiencia, la posibilidad de recibir la causa a prueba (con sus respectivos recursos) y, eventualmente, citar a oír sentencia dentro de la misma audiencia; en sus artículos 10° y 11°, la procedencia de todos los medios de prueba aptos para producir fe, su apreciación conforme a la sana crítica y la procedencia de las medidas para mejor resolver.

El contenido de la sentencia tendrá efecto declarativo (“declarará o no si ha existido discriminación arbitraria”), dispondrá ya no su suspensión como medida cautelar, sino que lo dejará sin efecto, ordenando que no se reitere el acto. Esto no es el restablecimiento del imperio del derecho, sino el favorecimiento de una pretensión declarativa de fondo, con efecto de cosa juzgada lo que incluso podría tener cauce ejecutivo.

Valga señalar que las multas que establece la ley a beneficio fiscal forman parte de la declaración de condena, aunque sin efectos resarcitorios al afectado. Aunque esto no impediría que se pueda pretender procesalmente una indemnización, si procediere un daño directo producto del acto discriminatorio.

Otro aspecto a tomar en cuenta es el costo de oportunidad que debe asumir el afectado al impetrar esta acción, pues de estimar el juez que “la denuncia carece de todo fundamento” (art. 12, inc. final) podrá aplicarle una multa a beneficio fiscal. Claro que la idea es desalentar denuncias infundadas, pero realmente esto genera un problema de acceso a la justicia ya no de índole formal, sino material; es decir, el miedo a establecer una denuncia de este tipo, tomando en cuenta que la carencia de fundamento es una línea poco prístina, ya que puede significar que el relato es inconsistente, contradictorio, carece de pruebas, etc.

II. Los problemas de las dispersiones procedimentales

Bajo una primera mirada, esta atomización de procedimientos puede resultar atractiva cuando atiende a la naturaleza e implicancias de los derechos invocados y necesitados de

²⁰ ALDUNATE, p. 362

²¹ Se usa el concepto “preventivo” en dos sentidos. En primer lugar, para referirnos a aquella tutela que no se anticipa a la ocurrencia de un conflicto, sino al uso eventualmente innecesario de la jurisdicción. MONROY GÁLVEZ y MONROY PALACIOS (2000) p. 181. En segundo lugar, para referirnos al principio de prevención que tiende a evitar un daño futuro, cierto y mensurable. PÉREZ RAGONE (2007) p. 220.

tutela, es decir, al responder a lo que una parte de la doctrina denomina *tutela diferenciada*²². Sin embargo, una atomización desorganizada de procedimientos genera problemas de interpretación e integración sistemática, ya que siempre que se establecen mecanismos especiales diferenciados hay un marco general supletorio que sirve de guía, o tiene una función de interpretación e integración de normas y principios, cuestión que no ocurre en la tutela de derechos fundamentales.

La regulación inorgánica de cada procedimiento, como se vio, aunque tomen como base la acción de protección y el amparo, y establezcan herramientas similares, no cumplen la misma función y genera una desnaturalización de los mecanismos procesales. Por ejemplo, la acción antidiscriminación hace aplicable supletoriamente el Código de Procedimiento Civil en lo relativo a los Libros I y II, es decir, disposiciones comunes y *juicio ordinario de mayor cuantía*. ¿Cómo integrar una ley que cumple una función constitucional, para derechos esencialmente extrapatrimoniales, con normas orientadas por la cuantía de lo disputado?

Esta desconexión entre la Constitución y la ley a propósito de los mecanismos procesales es de lo que nos haremos cargo en las siguientes líneas planteando los problemas más relevantes y efectuando una propuesta que pueda conciliar ambos niveles.

1. Un cúmulo de procedimientos posibles y diferentes para tutelar un mismo derecho

Tanto la acción de protección (artículo 20 CPR) como el procedimiento de tutela laboral (artículo 485 CT) son normativamente idóneos para tutelar los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 N° 1, 4, 5, 6 inciso primero, 12 inciso primero y 16 inciso 4 de la Constitución Política de la República.

A su vez, la acción antidiscriminación de la Ley 20.609 señala en su artículo 1°, que su finalidad es restablecer el imperio del derecho frente actos de discriminación arbitrarios que, según su artículo 2, “causen privación, perturbación o amenaza a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Coincide así con todos los derechos que pueden ser objeto de acción de protección, incluyendo los que coinciden con el procedimiento de tutela laboral. Además, algunas de las vulneraciones realizadas por un acto discriminatorio, las del artículo 2 del Código del Trabajo (con excepción de las de su inciso sexto), también pueden ser encauzadas de conformidad al procedimiento de tutela laboral.

Es cierto que en función de la naturaleza de los derechos invocados las reglas procedimentales y orgánicas puedan y deban variar, pero aquí se ha llegado al extremo de generar duda sobre la aplicación de ciertos estatutos: ¿Se acude de protección, de antidiscriminación o de tutela laboral?, ¿Es indiferente optar por uno u otro?, ¿todos tutelan adecuadamente el derecho y la situación de derecho sustancial invocada?

Respondiendo a las preguntas, será decisión del legitimado activo el estatuto que invoque, pero, sin duda, su elección no es indiferente, dado que cada procedimiento consagra distintas reglas de tramitación que pueden incidir en las oportunidades con las que se cuente y el grado o tipo de satisfacción que se obtenga.

Así, en atención a lo que la extensión de este trabajo nos permite, las principales

²² MONROY GÁLVEZ y MONROY PALACIOS (2000) pp. 175-177

diferencias procedimentales pueden observarse respecto del plazo de interposición de las acciones, y su cómputo. La acción de protección debe interponerse dentro del plazo fatal de 30 días contados desde la comisión del acto, la ocurrencia de la omisión o desde que se haya tenido conocimiento cierto de los mismos (artículo 1, acta 94-2015), mientras que la denuncia para un procedimiento de tutela laboral debe deducirse dentro de 60 días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales (artículo 486 inciso final del CT) y, la acción anti discriminación, deberá ser deducida dentro del plazo de 90 días contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento de ella, pero nunca luego de un año de acontecida la acción u omisión.

Esto puede llevar a decantarse por uno u otro procedimiento únicamente considerando el plazo contemplado para deducir la acción o denuncia, que influye en el nivel de preparación, y no necesariamente porque sea la vía más adecuada para la protección de los derechos e intereses en juego.

De otro lado, en conocimiento de una acción de protección, el juez tendrá el deber de solicitar informe al recurrido (artículo 3 acta 94-2015) y la facultad oficiosa de dictar todas las medidas necesarias para el acierto del fallo (artículo 5 *eiusdem*); mientras que, en un procedimiento de tutela laboral, el juez no tendrá el deber de solicitar informe al denunciado. Sin embargo, el juez puede decretar prueba de oficio (artículo 429 inc. 1 CT) y existe la posibilidad de que se aligere la carga de la prueba en favor del denunciante bastando que sus antecedentes aportados constituyan prueba indiciaria (artículo 493 CT). Tratándose de la acción antidiscriminación, el tribunal tendrá el deber de solicitar informe al denunciado (artículo 8 de la Ley 20.609) y contará con facultades oficiosas solo como medidas para mejor resolver (artículo 11 *eiusdem*) y para suspender los efectos del acto.

En consecuencia, el mayor plazo de interposición de la acción o denuncia no se condice necesariamente con mayores facultades de dirección procesal o material. Que están consagradas en favor del juez en pro de un mejor conocimiento y esclarecimiento de los hechos que permita una resolución justa o conforme a la verdad.²³

Lo propio ocurre con el espíritu sumarial de cada uno de ellos y el grado de convicción que el juez debe alcanzar. La acción de protección solo necesita verificar formalmente el supuesto de hecho que priva, perturba o amenaza un derecho, limitándose a cautelar bajo indicios suficientes suspendiendo el acto que se estima vulneratorio; esto es, juzgamiento por verosimilitud.

La regulación de la acción de protección consagra la posibilidad de que el juez decrete alguna o algunas de las cuatro medidas consagradas para garantizar el cumplimiento, o también sancionar el incumplimiento respecto de la orden de emitir informes, realizar diligencias o cumplir con las resoluciones y sentencias dentro del plazo que la Corte determine (artículo 15). Por el contrario, en un procedimiento de tutela laboral, el juez sólo cuenta con la posibilidad de imponer un apercibimiento de multa para garantizar la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando fuere procedente. En este procedimiento, el cumplimiento de la sentencia se remite al párrafo IV, del Libro V, del Código del Trabajo. Párrafo consagrado únicamente desde la óptica de la tutela resarcitoria, muchas veces inidóneo para tutelar adecuadamente algunos derechos fundamentales,

²³ UREÑA CARAZO (2016) pp. 284-285

precisamente de naturaleza extrapatrimonial.²⁴ En lo que a la ley 20.609 concierne, su artículo 12 faculta al juez para adoptar las providencias que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Sin embargo, para dictar la sentencia definitiva, en vista del procedimiento probatorio que se rige en cada uno de ellos, el grado de convicción es mayor dando mayor probabilidad de certeza, pero también mayor provocando un incremento de la mora procesal.

Siguiendo lo anterior, es habitual en nuestro legislador de establecer procedimientos de cognición plena o sumaria para la tutela de derechos fundamentales bajo la excusa de impetrar medidas cautelares. Esto puede generar una sensación aparente de justicia pronta, por verse de alguna manera satisfecha la medida, pero ello no siempre es así, pues estas medidas solo operan en efecto suspensivo del acto. Además, relaja la conclusión definitiva del juicio, es decir, no hay prisa en fallar.

Consecuencia de esto es que muchas veces las medidas cautelares son prácticamente satisfactivas y el proceso que le sigue es totalmente innecesario e ilusorio; o, a la inversa, que la medida no cumple con la tutela del derecho que *debía* ser atendido en ese momento, no después. Surge, entonces, la pregunta, ¿por qué esperar tutelar algo que no requiere de espera?²⁵

Al final, el indicio se transforma en el elemento clave para alcanzar convicción en grado de verosimilitud²⁶, sin necesidad de ulteriores etapas probatorias pues se puede alcanzar plenamente de los primeros antecedentes, al menos para satisfacer la pretensión.

De lo descrito se desprende que se han establecido mecanismos especiales que se superponen a los mismos fines de la acción de protección y amparo, no resultando necesariamente más adecuados o idóneos. De hecho, esta aparente intercambiabilidad genera falta de sistematicidad entre sus normas. Se sugiere que este conflicto se “soluciona” normativamente con la facultad de optar por una u otra vía procedimental previendo, en el artículo 6 de la ley 20.609 y en el inciso final del artículo 485 del Código del Trabajo, que impetrada una acción no tendrá lugar la otra.

Pero en vista de lo anterior estos mecanismos especiales solo han desnaturalizado la función de la acción de protección que originalmente tenía, optando por regular cogniciones sumarias provistas de similares herramientas, pero distinta naturaleza procedimental; situación que se agrava cuando entramos en el campo de la competencia funcional, como explicaremos en lo sucesivo.

2. Un conflicto de *opinio iuris*

Todos los procedimientos especiales de tutela de derechos fundamentales son conocidos por tribunales de primera instancia, sean ordinarios o especiales, mientras que el

²⁴ “Con el nombre de crisis de la sentencia condenatoria, la doctrina destaca uno de los rasgos distintivos de la tutela ordinaria. Este consiste en el interés exclusivo de que los derechos violados reciban una tutela que solo contenga una restauración pecuniaria de los derechos perjudicados. El gravísimo inconveniente que encierra (...) es que los nuevos derechos (...) son casi siempre de naturaleza extrapatrimonial”. MONROY GÁLVEZ y MONROY PALACIOS (2000) pp. 180-183

²⁵ MARINONI (s/a) p. 64

²⁶ Ilustra Marinoni que la cognición sumaria supone un límite en la posibilidad de producir pruebas, característico de la tutela cautelar y anticipatoria, que ordena al juez a que conforme con una convicción de probabilidad o verosimilitud. MARINONI (2019) p. 77

recurso de protección es conocido por la Corte de Apelaciones respectiva. En este sentido, la explicación tradicional del por qué las Cortes de Apelaciones conocen en primera instancia estos recursos se resume en la competencia funcional. El constituyente de 1980 le entregó esta *función* a las Cortes que, naturalmente, no conocen (ni debieran conocer) de este tipo de procedimientos.

Más allá de las críticas que se le han hecho a la entrega competencial de las Cortes de Apelaciones, resulta más grave aún y -tal vez- el argumento definitivo en contra de esta regulación competencial, es que las tutelas de tribunales de primera instancia resultan ilusorios cuando el mecanismo general que ofrece la Constitución sea conocido por la misma Corte de Apelaciones (en primer instancia) que, en el caso de los demás procedimientos cuya competencia recae en juzgados de letras, luego conocerá su apelación (en segunda instancia). Así, frente al costo de oportunidad de una vía u otra, resulta que, más que el recurso de protección en sí mismo, el problema es la competencia funcional que explica el conocimiento de las Cortes de Apelaciones en este caso.

Por otra parte, este recurso impugnatorio en ocasiones no es útil para producir un cambio en la realidad material que repare la afectación de derechos de una persona, que a partir de la falta de certeza jurídica por parte de las Cortes atendida la variación de los criterios que éstas emplean para resolver.²⁷ El carácter de ilusorio del recurso se configura, además, respecto de los tribunales de instancia, puesto que su resolución sólo será efectiva en la medida de que no se deduzca recurso de apelación, o habiéndose apelado, que la Corte confirme el razonamiento del tribunal de instancia.

Esto genera un problema que denominaremos de *opinio iuris*, como se ha enunciado, pues la competencia para conocer de los distintos procedimientos analizados se encuentra radicada en tribunales de distinta jerarquía lo que afianza un problema de certeza jurídica que se viene dando por la variación de criterios para resolver.

Esta situación se agrava porque torna ilusorio el tendiente protagonismo de los tribunales de instancia, pues estos fallarán en un sentido que puede no ser compartido por la respectiva Corte que, además de su facultad para conocer del mismo asunto por vía de protección o amparo, podrá revisar lo resuelto por vía de apelación.

Situación similar se deduce de la Corte Suprema como tribunal de apelación y, además, como tribunal de casación de las sentencias de instancia.

Aparte del problema recientemente denunciado, creemos que el principal inconveniente es la apertura al doble grado en materia de derechos fundamentales. La doble revisión de una sentencia que necesita ser satisfecha de manera urgente, rápida, eficaz, no se condice con el principio de efectivización privilegiada que detentan los derechos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional.

Tal como enseña Marinoni, “el doble grado, en efecto, produce la desvalorización del juez de primera instancia (...). La parte, cuando se encuentra con el juez en la instrucción, y después espera ansiosamente la sentencia, imagina que ella tendrá algún efecto en su vida. Entretanto, con el doble grado, la decisión del juez no interfiere en nada en la vida de las

²⁷ El hecho de que el recurso de protección sea de competencia de las Cortes de Apelaciones “distrae la atención de éstos de su competencia natural, producto de la recarga excesiva de trabajo que se genera”. Además, son resueltos en Salas cuya composición es cambiante, produciendo incerteza jurídica sobre la doctrina jurisprudencial. PEÑA ADASME (2009) pp. 213-214

personas”.²⁸ Hay que apuntar, eso sí, que esta idea debe ser ponderada y equilibrada para con el denominado *derecho al recurso*, que, en todo caso, sin duda es parte de las garantías del proceso justo para procesos penales, en procedimientos no penales, no obtiene aún reconocimiento y consenso expreso sobre su aplicación entre nosotros²⁹. En cuanto a la tutela de derechos fundamentales nos referimos, la urgencia en la medida y satisfacción del *derecho* hacen al menos discutible la necesidad de una revisión suspensiva de la sentencia.

Como colofón, en esta parte es en lo que se difiere respecto de la *ejecución provisional* de una sentencia, que por su naturaleza y estructura parten de la base de que existe un recurso pendiente. No obstante, la necesidad de premura en la ejecución del fallo versa sobre bienes o intereses de carácter patrimonial que, sin quitarle la importancia que merece su rápida ejecución, admiten la fungibilidad de la prestación, en tanto revocada la sentencia de instancia entran a regir reglas de restituciones mutuas o los efectos de la caución si se otorgó. En cambio, esta fungibilidad no se alinea con respecto a la naturaleza de los derechos fundamentales, y he allí la trascendencia del problema.

3. Carencia de una técnica procedimental general y/o principios orientadores

Un último problema que es consecuencia de la dispersión normativa apunta a que, aunque la acción de protección y el amparo tengan reconocimiento constitucional y doctrinario como mecanismos para la tutela de las garantías fundamentales³⁰, lo cierto es que carecen del carácter general y supletorio que por su naturaleza debieran tener. Asimismo, la acción antidiscriminatoria establecida por la ley 20.609 tampoco tiene tal característica procedimental puesto que según su artículo 14, consagra la aplicación supletoria de las normas comunes de procedimiento (ya referido *supra*).

Lo anterior quiere decir que los procedimientos especiales que hemos traído como ejemplos, encargan la aplicación general y supletoria, para todo lo no regulado en ellos, a los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil³¹, caracterizado por consagrar la clásica tutela ordinaria y resarcitoria proyectada desde las apreciaciones pecuniarias, cuestión que ya hemos dicho no se ajusta a la protección de derechos fundamentales, esencialmente no patrimoniales.³²

A modo ejemplar, un problema derivado de la supletoriedad procedimental apunta a la carga de la prueba en relación a la acción antidiscriminación. Ciertamente el punto excede lo esperado por el presente trabajo, ya que no refiere la tutela judicial, sino que, a los estándares del debido proceso, pero la doctrina ha denunciado graves inconvenientes con la aplicación del artículo 1698, ante falta de regulación especial en la ley comentada de normas sobre la carga de la prueba.³³

En este sentido, resulta útil consignar que la avenencia de las reglas del procedimiento civil a la tutela de derechos fundamentales es al menos cuestionable. Una cosa es el encargo a un órgano jurisdiccional determinado para conocer de estas causas, y otra son las reglas aplicables. En nuestro ordenamiento constitucional se establece superficialmente cuestiones

²⁸ MARINONI (2009) p. 299

²⁹ Al respecto: NÚÑEZ OJEDA et. al. (2018)

³⁰ CAPPELETTI (1976) p. 2. En el mismo sentido CORRAL TALCIANI (2013)

³¹ artículo 14 de la ley 20.609 y artículo 432 del CT

³² MONROY GÁLVEZ y MONROY PALACIOS (2000) pp. 175-177

³³ JENKINS PEÑA Y LILLO (2018) pp. 239-245

de procedencia, plazos, competencia y atribuciones, pero no se consagra ningún lineamiento general o principal de este mecanismo.

Por lo pronto, los problemas establecidos que apuntan a la atomización de los mecanismos de tutela de estos derechos, junto a la incompatibilidad de la naturaleza de orden procedimental en torno a las vías de acción, de prueba y efectividad de las sentencias, hacen imposible conciliar esta multiplicidad de procesos dentro de un marco regulatorio general con bases sólidas y adecuadas a la promesa de efectividad que se extrae del art. 19 numeral 1° de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes en nuestro ordenamiento.

Creemos que esta última fuente mencionada -los tratados internacionales pertinentes- pueden ser un punto de inflexión en torno a armonizar la técnica normativa de regulación, versus esta negativa nota de dispersión o atomización previamente descrita.

III. Las orientaciones jurisprudenciales de la CIDH para morigerar la atomización

1. El vértice de proyección es la tutela jurisdiccional efectiva

Como hemos mencionado en la primera parte de este trabajo, la tutela jurisdiccional efectiva constituye el derecho a hacer valer los propios derechos,³⁴ que aparte de ser un derecho fundamental en sí mismo, adquiere la mayor de las relevancias en cuanto a las garantías que a su vez componen este derecho, toda vez que se trata de “un derecho instrumental contra la vulneración de los derechos fundamentales sin el cual su debida protección carecería de eficacia”.³⁵

En dicho orden de ideas, autores conciben la *tutela judicial efectiva*³⁶ como “la posibilidad de deducir ante los órganos jurisdiccionales las pretensiones necesarias para defensa y protección de sus derechos e intereses legítimos frente a cualquier conducta o actuación que pudiera lesionarlos o desconocerlos y obtener una resolución de fondo ajustada a derecho y su correspondiente ejecución”³⁷.

En el contexto nacional, también se ha conceptualizado como “el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales”.³⁸

En términos sencillos, y en plena relación con los derechos fundamentales y su tutela procesal, mediante la jurisdicción, se materializa la protección de las personas a un nivel jurisdiccional, pero esta protección no se basta con establecer un procedimiento determinado para poder lograrlas, sino que esa tutela debe apuntar a la efectividad,³⁹ como un enunciado

³⁴ BERIZONCE (2009) p. 19.

³⁵ MARCHECO ACUÑA (2020), p. 96

³⁶ Se hace la prevención de la imprecisión que implica el uso de dicha voz, toda vez que no se reconoce su consagración en tales términos en nuestro actual ordenamiento jurídico, de allí que se hable en general de *tutela judicial*.

³⁷ MARCHECO ACUÑA (2020), p. 97

³⁸ GARCIA PINO y CONTRERAS VASQUEZ (2013) p. 244

³⁹ JENKINS PEÑA Y LILLO (2018) p. 228-229.

de lo que debe ser no sólo de lo que es.

Si bien no es discutida la existencia teórica de este derecho, en nuestro ordenamiento no existe consagración expresa en el marco constitucional, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido su existencia por la vía hermenéutica, e inclusive, algunos postulan que hay jurisprudencia que indica que estaría consagrada de forma expresa⁴⁰.

Este derecho a la *tutela judicial* ha sido reconocido por la vía interpretativa en nuestro ordenamiento, teniendo como fundamento de derecho positivo principalmente los artículos 19 n°3 inciso primero, 76 y el 5 inciso segundo de la Carta Fundamental, en relación con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.⁴¹

Bajo la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), resulta claro entender que para que exista una verdadera tutela procesal de los derechos fundamentales, es imprescindible que se cumpla con los sustratos mínimos del derecho a la tutela judicial efectiva, que a fin de cuentas es “instrumental”⁴² para con otros derechos. El punto de complejidad para esta instrumentalidad radica en la determinación de su contenido entre nosotros. Bordalí indica que este derecho se compone a su vez de otros derechos: derecho de acceso a la justicia; derecho a que el tribunal resuelva las pretensiones conforme a derecho; derecho a efectividad de las resoluciones judiciales; respeto de la cosa juzgada; disposición de medidas cautelares; ejecución de las resoluciones judiciales y derecho al recurso.⁴³ Se trata sin embargo de una opinión no pacífica, máxime si sumamos las posturas del Tribunal Constitucional, que hacen el tema más difícil de abordar, atendidas sus vacilaciones.⁴⁴

Pese a lo anterior, y de las propuestas de las garantías que se discuten por la academia, hay un núcleo esencial que compone este haz de subderechos y que es el acceso a la jurisdicción o a la justicia, y desde allí es que se reconoce la importancia de encuadrar la tutela procesal de los derechos fundamentales en la *tutela judicial*. Al entenderse estos últimos como ciertos bienes jurídicos de suma relevancia para el ordenamiento jurídico, no cabe duda de que la protección de estos por la vía procesal debe estar en la primera línea de preocupación, o en palabras de la Corte IDH; debe proporcionarse para ellos una estructura procesal *eficaz y sencilla*.

La Corte IDH y su jurisprudencia tiene máxima relevancia para la integración de un difuso concepto como el referido *supra*, dado que Chile ratificó el Pacto San José de Costa Rica, por ende, de conformidad con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, la normativa convencional ingresó al ordenamiento constitucional integrando lo que se conoce como bloque de constitucionalidad⁴⁵. Lo anterior significa que las normas prescritas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, o solo Convención) son directamente aplicables y vinculantes⁴⁶, por tanto, deben ser respetadas y promovidas por el

⁴⁰ JENKINS PEÑA Y LILLO (2018) p. 221.

⁴¹ NOGUEIRA ALCALÁ (2018b) pp. 416-419.

⁴² MARCHECO ACUÑA (2020), p. 96.

⁴³ GARCIA PINO y CONTRERAS VASQUEZ (2013) p. 237.

⁴⁴ JENKINS PEÑA Y LILLO (2018) p. 225

⁴⁵ NOGUEIRA, (2018a) pp. 23 y 24

⁴⁶ ALDUNATE (2008) p. 211.

Estado y obedecidas por la nación en general⁴⁷.

Siendo la Corte IDH el órgano llamado a interpretar la CADH⁴⁸, cabe resaltar que ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino que debe asegurar en tiempo razonable los derechos que tienen las partes en el proceso⁴⁹.

Asimismo, ha entendido que el derecho a la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la convención, es aquél que asiste a todas las personas y que consiste en un recurso rápido, efectivo e idóneo ante la vulneración de sus derechos fundamentales⁵⁰.

Dicha disposición de la convención tiene por objeto la tutela de los derechos reconocidos por la constitución, las leyes y por la convención misma⁵¹. En virtud de esta norma, los Estados parte de la Convención están obligados a sustanciar en conformidad a las normas del debido proceso (art. 8.1 de la convención) *recursos judiciales efectivos* a las víctimas de vulneración de los derechos aludidos, pues es su deber garantizar el pleno y libre ejercicio de ellos⁵².

2. ¿Qué se entiende por recurso sencillo, rápido y eficaz?

Para efectos de este trabajo resulta relevante analizar el artículo 25 de la de la Convención que señala:

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

2. Los Estados Parte se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Si bien es cierto que los enunciados normativos deben ser redactados de forma sencilla y clara, a efectos de que todos puedan comprenderlos, también es cierto que muchas veces el lenguaje utilizado en las normas adolece de vaguedad y ambigüedad⁵³. Por ello, resulta imperioso descifrar el sentido y alcance de los calificativos “sencillo”, “rápido” y “efectivo” que acompañan al *recurso* a que toda persona tiene derecho para ampararse en contra de los actos que violan sus derechos fundamentales y que el estado de Chile está obligado a proporcionar.

En primer término, y a propósito del ya referido acceso a la justicia o a la jurisdicción, es evidente, por ende, no requiere de mayor desarrollo, que la convención utiliza la expresión recurso como sinónimo de acción, en términos de derecho subjetivo

⁴⁷ TOLE MARTÍNEZ (2006) p. 100.

⁴⁸ Art. 2 del estatuto de la Corte IDH, en relación con los arts. 61, 62 y 63 de la Convención

⁴⁹ *Bulacio vs Argentina* (2003) p. 138; *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005) p. 134.

⁵⁰ Opinión Consultiva OC-9/87 de la Corte IDH del 6 de octubre de 1987, p. 9

⁵¹ OC-9/87, p. 9

⁵² OC-9/87, p. 27

⁵³ SQUELLA (1999) pp.483-484

público de acceso⁵⁴.

En cuanto a la *rapidez* y *sencillez* del recurso, la Corte se ha referido a la importancia de controlar la dilación de la tramitación del amparo, puesto que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar el derecho de las víctimas a que se haga todo lo necesario para investigar los hechos, conocer la verdad, juzgar y sancionar a los responsables en tiempo razonable.⁵⁵ Ello en razón de que para que la tutela procesal de los derechos fundamentales sea efectiva, los recursos judiciales deben ser accesibles para las partes y deben tramitarse sin obstáculos ni demoras indebidas a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral⁵⁶. Además, el Estado cuenta con la obligación de proporcionar procedimientos expeditos, con el objetivo de evitar el retraso de la resolución y para prevenir que se genere indefensión o afectación respecto del derecho concernido⁵⁷.

De lo dicho se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva importa una exigencia a los jueces de llevar el proceso de manera que se eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos, ya que estos conducen a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos fundamentales.⁵⁸

Sin embargo, esto aún nos mantienen en la vaguedad. Por un lado, la exigencia del cumplimiento de estas garantías recae -para la Corte IDH- en el juez, quien es el llamado a velar por el natural decurso del proceso; pero, por otro lado, el juez siempre está limitado a la ley, de manera que todo se reduce a una cuestión de potestades.

En este sentido, no afectaría el ser juzgado en un plazo razonable si es la ley la que establece trabas para que el juez dirija correctamente el proceso. Por ello es que estas garantías se hacen frente al Estado, tanto en su función legislativa como jurisdiccional.

Luego, la razonabilidad de los mecanismos procesales necesariamente responderá a la adecuación según el derecho material invocado, recogiendo, entre otras cuestiones, su nivel de urgencia y afectación. Así, el núcleo esencial del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, sea *ope legis* u *ope iudicis*, guarda estricta relación con la recuperación del derecho afectado, la prevención de su ocurrencia o, en su defecto, la prevención de la perpetuidad del daño, todo esto mientras pende el proceso.

En otras palabras, ser juzgado en un plazo razonable significa que el proceso mismo no provoque un daño mayor del que ya se está efectuando, se ha efectuado o se teme que se efectúe. Y aquí retomamos las palabras de Monroy al describir muy bien que en ocasiones el proceso funciona como una conversión (fungibilidad) de los derechos en un valor pecuniario.⁵⁹ Luego, en materia de derechos fundamentales, ¿es tolerable esta fungibilidad? De allí que surja la necesidad, además del cumplimiento de la razonabilidad de la temporalidad de los juicios, a que las herramientas procesales sean *efectivas*.

Tratándose de la efectividad del recurso, y si bien hemos adelantado que la rapidez del mismo se encuentra íntimamente relacionado con su efectividad, la Corte IDH además ha señalado que para que dicho recurso sea realmente efectivo, debe ser capaz de establecer si se ha incurrido en vulneración de derechos fundamentales y proporcionar lo necesario

⁵⁴ COUTURE (2013) p. 48

⁵⁵ *Defensor de Derechos Humanos y otros vs Guatemala* (2014) p. 10

⁵⁶ *Lagos del campo vs Perú* (2017) p.13

⁵⁷ *San Miguel Sosa y otras vs Venezuela* (2018) p. 74

⁵⁸ *Bayarri vs Argentina* (2008) p.73.

⁵⁹ MONROY GÁLVEZ y MONROY PALACIOS (2000), p. 180

para remediarlo, por lo que no es suficiente la mera regulación del recurso.⁶⁰

En el análisis acotado de jurisprudencia de la Corte IDH podemos vislumbrar al menos dos obligaciones específicas del Estado: en primer lugar, la de consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos por parte de las autoridades competentes que sirvan para amparar las vulneraciones a los derechos fundamentales y; en segundo lugar, la de garantizar y proporcionar los medios para que las decisiones tomadas por las autoridades en virtud de la afectación de algún derecho, sea ejecutada, ya que de esta manera se podrá proteger efectivamente aquellos derechos declarados y reconocidos.⁶¹

La efectividad debe materializarse generando cambios en la realidad; por ello, para que el recurso sea efectivo deben considerarse las condiciones específicas de cada país, de manera que la regulación formal del recurso en el texto normativo no resulte meramente ilusoria⁶². Debemos entender que los recursos resultan ilusorios cuando se demuestra su ineficacia en la práctica para efectivizar la tramitación de un recurso, esto ocurre precisamente cuando el poder judicial no presenta la independencia necesaria de los juzgadores para garantizar la imparcialidad o, por otra parte, cuando falten los medios necesarios para ejecutar las decisiones que se dictan por las autoridades y, en general, cuando se generen situaciones de denegación de justicia.⁶³

Al respecto, la Corte IDH recuerda que para que un recurso judicial efectivo exista, se requiere que sea realmente idóneo para amparar a toda persona contra actos que violen sus derechos humanos reconocidos en la Constitución, la ley o la Convención, y proveer lo necesario para remediarlo. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.⁶⁴

Por lo tanto, la combinación de la razonabilidad en el plazo del decurso procesal y la efectividad de las normas procedimentales así como de las potestades judiciales, se subsume en una idea: que la opción por la vía jurisdiccional como mecanismo de resolución de conflictos no resulte más oneroso en términos de tiempo para el derecho afectado, esto es, que no se permita la fungibilidad de los derechos constitucionales como una compensación por la demora del juicio, sino que se tutelen con la celeridad suficiente y la eficacia ejecutiva de poder romper con la esfera individual del sujeto que no desea cumplir el mandato judicial.

De allí que lo meramente cautelar para la tutela de derechos fundamentales resulta inidónea, pues solo establece medidas transitorias para establecer un *status quo* que, por una parte, al cesar la medida cautelar pueda volver a ser vulnerado; y, por la otra, que igualmente sea burlada la medida vigente. Esto, porque lo cautelar no es invasivo, sino solo una alarma que permite abrir un campo de compensación al momento en que se inobserve el mandato judicial.

Sin embargo, si se deja de ver la eficacia e idoneidad de la tutela de derechos fundamentales como algo meramente cautelar y se traspasa ese umbral, se abre un abanico

⁶⁰ *Lagos del Campo vs Perú* (2017) p. 14. En el mismo sentido: *Pueblos indígenas de Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá* (2014) p.11.

⁶¹ *Garífuna de Puntapietra y sus miembros vs Honduras* (2015) p. 12

⁶² Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH N°13: Protección judicial, p. 20

⁶³ *López Lone y otros Vs. Honduras* (2015) p. 52

⁶⁴ *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs Perú* (2017) p.25

de posibilidades, creemos, mucho más adecuados.

3. Cotejo de nuestras técnicas protectoras de derechos fundamentales y los estándares de la CIDH

Si bien los estándares indicados por la CIDH son un insumo necesario e insoslayable, en la práctica se vislumbra una configuración normativa disímil con dichos estándares en lo relativo a la tutela procesal de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional.

Se puede establecer que, si bien el Estado de Chile cumple con algunas obligaciones de las exigidas por el artículo 25 de la CADH, incumple otras tantas. Al respecto, nuestro país cumple con el deber de consagrar normativamente recursos tendientes a amparar las vulneraciones de derechos fundamentales, pero no asegura la debida aplicación de un recurso efectivo, lo que puede vincularse estrechamente a los problemas que se vislumbran en relación a la dispersión normativa, es decir a la disgregación de procedimientos tendientes y aptos para proteger este tipo de derechos, puesto que otorga al afectado la carga de decidir qué procedimiento aplicar.

Esto es manifiesto en la dualidad de acciones que protegen derechos fundamentales en materia laboral, que puede llevar a situaciones paradigmáticas, pues por lo general la acción de protección no es la vía idónea, sin perjuicio que la autonomía de dicha acción, derivada del artículo 20 de la CPR, permite su interposición a pesar de no ser un medio *eficaz* en dichas materias.⁶⁵

Por otra parte, tampoco proporciona, en todos los casos, los medios adecuados para obtener la ejecución de lo resuelto por el tribunal. Sobre esta idea, tenemos que la naturaleza esencialmente provisional de la acción de protección no permite la anticipación de los efectos de lo pretendido, vigorizándose en la práctica, el uso y abuso de una técnica como la *orden de no innovar*, más que la estructura procesal completa, pues la cesación de un acto vulneratorio supone la obtención de la tutela, haciendo ineficiente el resto del recurso. Pero este es un efecto anómalo y no deseado por la naturaleza de la acción que solamente sirve para poner en situación de igualdad a los sujetos involucrados a efectos que éstos solucionen el conflicto posterior por la vía legal de cognición lata, cuestión que ocurre tarde o nunca.⁶⁶

La tutela laboral de derechos fundamentales y la acción antidiscriminación buscan un pronunciamiento de fondo de orden declarativo condenatorio, cuyos cauces ejecutivos van por la misma línea de actuación del recurso de protección: suspender el acto que se estima vulneratorio e intercambiar la vulneración por una condena dineraria cuando ello no es posible.

Esto no se aviene con la idea de efectividad en clave esencialmente no patrimonial

⁶⁵ La autonomía de la acción de protección se deriva de la última parte del inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política de la República, pues establece “(...) *sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes*” y de allí que se pueda identificar como un problema para el litigante y el justiciable que esta acción por lo general procede a pesar de que también procedan otras.

⁶⁶ Un ejemplo que demuestra lo descrito ocurre con las constantes alzas de planes de salud que actualmente son recurridos de protección, pero que suscitó la discusión de un proyecto de ley para solucionarlo, ya que es casi imperceptible el uso de acciones ordinarias por los beneficiarios de los planes de salud, una vez que obtienen la cesación del alza en sede civil contractual. A propósito de este proyecto, véase los boletines 13.502, 13.503 y 13.504 del año 2020

o prevalentemente no patrimonial⁶⁷, respecto de situaciones jurídicas que requieren urgencia, anticipación, inhibición y hasta autosatisfacción, dejando atrás, en primer lugar, la vaga idea de cautelar, que bien se puede mantener para bienes jurídicos *fungibles*, pero no para derechos fundamentales; y, en segundo lugar, que la efectividad de la tutela sea exclusivamente suspender actos, cuando también se requieren acciones tendientes a retrotraer y anticipar efectos, bien ordenando que se dé, bien que se haga o bien que no se haga algo con efectos estables.

A modo conclusivo, del análisis de algunos de los recursos que nuestro legislador ha puesto a disposición de los justiciables, como el Procedimiento de Tutela Laboral o la Ley N° 20.609 y su cotejo con los estándares de derechos de protección judicial de la CIDH podemos advertir un déficit en la idoneidad de las técnicas procesales, puesto que, como se dejó establecido anteriormente estos resultan ilusorias atendido el conflicto de competencias material que se produce y los medios impugnatorios aplicables.

Sumamos a esto las medidas que puede imponer el juez que conoce de este mecanismo, apuntan principalmente a proteger el derecho fundamental, dejando de lado aspectos que se consideran claves en el Derecho Antidiscriminatorio, como es el caso de una eventual reparación efectiva que derive de la vulneración de derechos fundamentales, y no la consecuencia o sanción que se desprende de estas acciones que se traduce en una multa. En otras se dan hipótesis absurdas pues hay actos discriminatorios imposibles de revocar por lo que resultaría incorrecto consignar que, ante una vulneración de derechos fundamentales, la opción de la víctima de ese acto apunte hacia la condena de una multa y el cese de una vulneración que ya ocurrió, pues implica vaciar realmente de contenido la *eficacia* del recurso.

Asimismo, hemos descrito un problema vinculado a las garantías que componen el debido proceso,⁶⁸ y que se relaciona a las deficiencias probatorias de esta acción. Al aplicarse las normas supletorias en materia procesal civil es posible observar un grave inconveniente en torno a las cargas probatorias, ya que los hechos que pueden fundamentar estas acciones requieren reglas especiales por su dificultad de prueba y exigen del legislador flexibilidad probatoria o un tratamiento diverso por las dificultades de acceso a la prueba. Reglas que en la actualidad no existen. La doctrina especializada ha apuntado que la acción en comento es la que sufre de mayores problemas si la comparamos con las acciones de protección o amparo.⁶⁹

IV. Propuesta de cara a una nueva constitución

De lo comentado en extenso a lo largo del presente trabajo, se puede entender, que la complejidad y extensión del asunto implica serios esfuerzos por parte de nuestro constituyente encargado de redactar una nueva Carta Fundamental, así como también un esfuerzo por parte del legislador democrático para operativizar por vía del procedimiento nomogenético -es decir mediante la creación de la ley- aquellos mandatos, directrices, principios o garantías que establezca la nueva carta fundamental, creando cierta densidad

⁶⁷ PROTO PISANI (2014) p. 194

⁶⁸ Que, de ser considerado dentro de la tutela judicial, implica un problema propio de la tutela judicial efectiva.

⁶⁹ JENKINS PEÑA Y LILLO (2018) p. 248.

normativa acorde a los estándares que en el presente se han desarrollado. Esta propuesta, como se describe, es claramente un proyecto a largo plazo, e implica un esfuerzo teórico por vincular los problemas presentes en el día de hoy a una eventual solución ulterior.

A la luz de lo expuesto en este trabajo, conviene revisar algunas situaciones.

En cuanto a la dispersión normativa o atomización de los mecanismos procesales para tutelar derechos fundamentales, no es nuestra intención presentar propuestas de *lege ferenda* para los procedimientos de rango legal, pues aquello excede los propósitos del tema abordado. Sin embargo, las críticas y comentarios hechos en función de ellos nos permite sí ofrecer una propuesta para que la nueva Constitución amalgame adecuadamente estos mecanismos e incorpore herramientas procesales mucho más útiles a los jueces del fondo. De esta manera se genera un efecto de irradiación hacia las potestades jurisdiccionales generales, que sí son objeto de discusión constitucional.

Así, creemos que una solución a los problemas planteados es el establecimiento de una función jurisdiccional con fines protectores claramente declarados, no tan solo por la vía cautelar; sino de otorgar la potestad a los tribunales para que se *satisfagan con caracteres de urgencia aquellos derechos fundamentales que, en virtud de los antecedentes presentados, den indicios de amenaza y/o vulneración, considerando especialmente las características del caso concreto.*

Para estos efectos, al menos en clave principal, debe consagrarse que la regulación de nivel legal y el tratamiento judicial concreto que debe orientar la protección de estos derechos debe necesariamente estar guiada por las siguientes notas esenciales:

- a. Deben tener por fin la eficacia material de los derechos fundamentales en su máxima expresión posible.
- b. Flexibilidad probatoria considerando las circunstancias del caso, o estableciendo reglas legales de dispensa de carga al requirente de tutela.
- c. Una estructura procedimental sencilla y de cognición preferentemente sumarial, en que las formas procesales sean cauce y no obstáculo a la materialización de los derechos.
- d. Que tenga en cuenta la necesidad de incorporación de técnicas procesales como son las medidas autosatisfactiva, anticipatorias, inhibitorias o preventivas, considerando las características extrapatrimoniales de estos derechos.
- e. Propender a la estabilidad de las decisiones que se dicten en este tipo de procesos.
- f. Amplificación de las posibilidades de ingreso al proceso, o legitimaciones procesales amplias.

De esta manera quedaría reconocida como una función jurisdiccional, pues el tribunal no solo *conoce, juzga y hace ejecutar lo juzgado*, sino que en un sentido mucho más genérico y iusfilosófico, *protege/tutela* derechos y en la primera línea de protección a estas situaciones de ventajas racionalmente privilegiadas. No obsta a estos momentos jurisdiccionales que puedan ser ejercidos en un mismo momento, la tutela de urgencia necesita de ser consagrada como un mecanismo integral y potestativo de los tribunales de justicia.

Con esta idea quedan a salvo las demás medidas cautelares (o *asegurativas* como señalan algunos preceptos) que el juez pueda impetrar, guardando prudencia siempre en valorar si la tutela pretendida requiere satisfacción inmediata o no.

Referencias bibliográficas

Bibliografía citada

- __Aldunate, Eduardo (2008). Derechos Fundamentales. Chile: Legal Publishing
- __Berizonce, Roberto Omar (2009). Tutelas procesales diferenciadas. Santa fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni
- __Bordalí Salamanca, Andrés (2003). “La justicia constitucional”. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XIV N°1
- __Capelletti, Mauro (1976). La giurisdizione costituzionale delle libertà. tercera reimposición inalterada. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore
- __Corral Talciani, Hernán (2013). Lecciones de derecho extracontractual. Chile: Thomson Reuters
- __Couture, Eduardo (2013). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ta Edición. Santiago: Editorial Metropolitana
- __García Pino, Gonzalo; Contreras Vásquez, Pablo (2013). “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”. Estudios Constitucionales. Vol. 11 N°2
- __Hoyos Henrechson, Francisco (1987). Temas Fundamentales de Derecho Procesal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
- __Jenkins Peña y Lillo, Gaspar (2020). “La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva”. Estudios Constitucionales. Vol. 18 N°1, pp. 211-258
- __Marcheco Acuña, Benjamín (2020). “La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana”. Estudios Constitucionales. Vol. 18 N°1, pp. 91-142
- __Marinoni, Luiz Guilherme (s/a). “Derecho Fundamental a la duración razonable del proceso” (trad.) Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- __Marinoni, Luiz Guilherme (2009). “El doble grado de jurisdicción” (trad.) Renzo Cavani. Revista Jurídica del Perú. Tomo 104, pp. 295-306
- __Marinoni, Luiz Guilherme y Cruz Arenhart, Sérgio (2015). La prueba. Chile: (trad.) René Luis Núñez Ávila. Thomson Reuters
- __Maturana Miquel, Cristián (2015). Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
- __Monroy Gálvez, Juan; Monroy Palacios, Juan (2000). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. Perú: Rubinzol-Culzoni
- __Nogueira Alcalá, Humberto (2007). "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano". Revista Ius et praxis, año 13, número 1, pp. 75-134
- __Nogueira Alcalá, Humberto (2018a). Derechos Fundamentales y garantías constitucionales. Tomo I. Chile: Librotecnia
- __Nogueira Alcalá, Humberto (2018b). Derechos Fundamentales y garantías constitucionales. Tomo II. Chile: Librotecnia
- __Núñez Ojeda, Raúl et. al. (2018). “Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno”. Revista de Derecho Universidad Austral. Vol. 31 N°2, pp. 211-235

__Peña Adasme, Andrés (2009). “El recurso de protección bajo los criterios de la tutela de urgencia”. Centro de Estudios Ius Novum. Librotecnia. N°2, pp. 211-242

__Pérez Ragone, Álvaro (2007). “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVIII, pp. 207-234

__Priori, Giovanni (2019). El proceso y la tutela de los derechos. Santiago: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile

__Proto Pisani, Andrea (2014). La tutela jurisdiccional. Perú: Palestra

__Squella, Agustín (1999). Introducción al Derecho. Santiago: Editorial Jurídica de Chile

__Tole Martínez, Julián (2006). “La teoría de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales en Colombia. El estado de las cosas inconstitucionales. Un ejemplo de su aplicación”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Vol. 1 N°15

__Ureña Carazo, Belén (2016). “La verdad de los hechos como *conditio sine qua non* de una decisión judicial *justa* en el pensamiento de Michelle Taruffo”. Boletín mexicano de Derecho Comparado. Año XLIV, N°146, pp. 281-304

Normas citadas

__Auto acordado S/N, Auto acordado de la Corte Suprema, de 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del recurso de amparo

__Auto acordado 94-2015, Texto refundido del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales. Corte Suprema, 28 de agosto de 2015

__Decreto 873, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Ministro de Relaciones Exteriores, 5 de enero de 1991

__Ley 20.609, Establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial, 24 de julio de 2012

Jurisprudencia citada

__Bayarri vs Argentina (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 30 de octubre de 2008. Serie C N°187. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__Bulacio vs Argentina (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 18 de septiembre de 2003. Serie C N°100. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs Honduras (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8 de octubre de 2015. Serie C N°304. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__Defensor de Derechos Humanos y otros vs Guatemala (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 28 de agosto de 2014. Serie C N°283. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__Lagos del Campo vs Perú (2017): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31 de agosto de 2017. Serie C N°340. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__López Lone y otros vs Honduras (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5 de octubre de 2015. Serie C N°302. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__Palamara Iribarne vs Chile (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 2005. Serie C N°135. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 14 de octubre de 2014. Serie C N°284. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__San Miguel Sosa y otras vs Venezuela (2018): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8 de febrero de 2018. Serie C N°348. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

__Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs Perú (2017): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 23 de noviembre de 2017. Serie C N°344. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°13: Protección judicial

CERTIFICACIÓN PARTICIPANTES Y DATOS UNIVERSITARIOS DEL SEMILLERO DE DERECHO
PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE

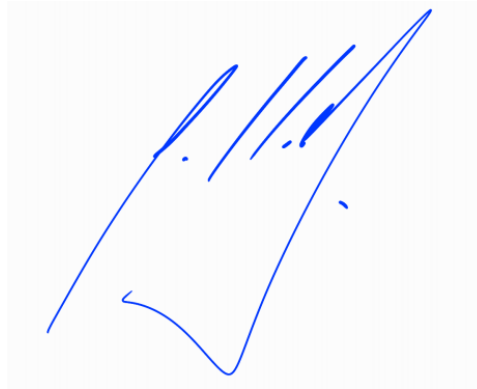
Dr. (c) Pablo Andrés Martínez Zúñiga, profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho Coquimbo, de la Universidad Católica del Norte, en calidad de Director del Semillero de Derecho Procesal de la misma Escuela, de conformidad con lo dispuesto en las Bases Generales del V Concurso Nacional de Estudiantes Nivel Pregrado de Semillero de Derecho Procesal, sobre el tema “Nueva Constitución y Administración de Justicia”, a realizarse los días 2 al 9 de agosto de 2021, vengo en certificar que los estudiantes miembros del Semillero que han participado en este trabajo son:

1. **Stephania Ignacia Araya Alburquenque**, CDI: 20.092.190-7, domiciliada en Pedro Aguirre Cerda #619, Coquimbo, Chile. Número de contacto: +56 9 41130108, email: stephaniaaraya9@gmail.com, quinto año
2. **Mario Adrián Barraza Chávez**, CDI: 20.168.398-k, domiciliado en Pasaje Los Zarmientos #1036, Villa La Florida, La Serena, Chile. Número de contacto: +56 9 78215915, email: mario.barraza@alumnos.ucn.cl, cuarto año
3. **Manuel Ignacio Cabrera Varas**, CDI: 19.944.916-8, domiciliado en Domingo Iñiguez #2475, Coquimbo, Chile. Número de contacto: +56 9 96848512, email: manuel.cabrera@alumnos.ucn.cl, quinto año
4. **Diego Guillermo Covarrubias Aguirre**, CDI: 20.025.755-3, domiciliado en Víctor Medina Díaz #897, Coquimbo, Chile. Número de contacto: +56 9 58996454, email: diego.cova@hotmail.com, quinto año
5. **María Gracia González Rodríguez**, CDI: 20.169.225-3, domiciliada en Presidente Ramón Freire #1075, Vista Hermosa, La Serena, Chile. Número de contacto: +56 9 61764621, email: maria.gonzalez02@alumnos.ucn.cl, cuarto año
6. **Matías Nicolás Pinto Moreno**, CDI: 19.606.392-7, domiciliado en Avenida del Mar #1700, departamento 702b. Número de contacto: +56 9 89223222, email: matias.pinto@alumnos.ucn.cl, quinto año
7. **Esteban Patricio Torres Chinchilla**, CDI: 19.579.970-0, domiciliado en Parcela 35-A, sitio 17-C, Alfalfares, La Serena, Chile. Número de contacto: +56 9 99633236, email: esteban.torres@alumnos.ucn.cl, egresado
8. **Ignacio Alejandro Zapata Poblete**, CDI: 19.282.769-8, domiciliado en Rieles #348, Coquimbo, Chile. Número de contacto: +56 9 94005905, email: ignacio.zapata@alumnos.ucn.cl, egresado

A su vez, con el objeto de dar cumplimiento a las citadas Bases, vengo en certificar los datos requeridos respecto de las autoridades de la Universidad, según el siguiente detalle:

Universidad Católica del Norte, Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, sede Coquimbo, con domicilio en Larrondo #1281, Coquimbo, número de contacto: (51) 2209891, (51) 2209981, (51) 2209993

Rector de la Universidad: Jorge Tabilo Álvarez, email: jtabilo@ucn.cl
Decano de la Facultad: Humberto Carrasco Blanc, email: hcarrascob@ucn.cl
Director del Semillero: Pablo Martínez Zúñiga, email: pablo.martínez@ucn.cl

A handwritten signature in blue ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, abstract shape.

Pablo Martínez Zúñiga
Prof. Derecho Procesal Civil
Universidad Católica del Norte
Coquimbo-Chile

9 de julio de 2021