

EL SENTIDO DE UNA TUTELA JUDICIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE  
CARÁCTER SUBSIDIARIA\*

The meaning behind the subsidiary nature of the judicial  
protection of fundamental rights

THOMAS VOGT GEISSE\*\*

*Universidad de Chile*

Resumen

El artículo analiza la subsidiariedad como presupuesto de la tutela judicial de derechos fundamentales. Para ello, emplea las distinciones entre tutela de entrada y de cierre, y entre subsidiariedad retrospectiva y prospectiva. Explica cómo la subsidiariedad prospectiva permite una tutela directa de derechos fundamentales que no desplaza a los procedimientos de la justicia ordinaria.

Palabras clave

Tutela judicial efectiva, derechos fundamentales, subsidiariedad.

Abstract

The article analyzes subsidiarity as a condition for the judicial protection of fundamental rights. To do so, it uses the distinctions between initial and final access to judicial protection and between retrospective and prospective subsidiarity. It explains how prospective subsidiarity allows for direct protection of fundamental rights without displacing the procedures of the ordinary justice system.

Key words

Access to courts, fundamental rights, subsidiarity.

## 1. Introducción

A primera vista, no parece haber nada objetable en asegurar que las acciones judiciales de protección de derechos fundamentales tengan el mayor alcance posible. El amplio y temprano acceso a un tribunal que garantice el resguardo de estos derechos parece indispensable en sistemas jurídicos comprometidos con los derechos humanos.

Nuestra historia institucional refleja un compromiso con extender la protección directa de estos derechos. La tutela judicial especializada en el resguardo de derechos fundamentales ha vivido un desarrollo hacia la amplitud de acceso. Esto se muestra en la evolución de la acción de protección del artículo 20 I de la Constitución Política de la República de 1980 (CPR), el principal instrumento de tutela de derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. A lo largo de las décadas, la jurisprudencia ha extendido su campo de aplicación en cuanto al sujeto

---

\* Investigación realizada en el marco del proyecto Fondecyt Regular N°1200389 titulado: "La aplicación preferente, alternativa o residual de la protección de derechos fundamentales: Un estudio dogmático de los efectos procesales del art. 20 inciso 1° *in fine* de la Constitución de 1980 (2020-2022)", cuyo investigador responsable es Jorge Larroucau Torres y del cual el autor es coinvestigador. Agradezco a los participantes del grupo de discusión "Hojas Juzgadas" del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y especialmente a Jorge Larroucau Torres, Flavia Carbonell Bellolio, Javier Maturana Baeza y Tomás Blake Benítez por sus valiosas y detalladas observaciones.

\*\* Abogado, Master y Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Profesor Asistente de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pío Nono 1, Providencia, Santiago, Chile. Correo electrónico: thomasvogt@derecho.uchile.cl, ORCID 0000-0002-9169-8306.

pasivo<sup>1</sup>, a los actos impugnables y al catálogo de derechos protegidos<sup>2</sup>. La Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de 2022 (PNCPR), en su artículo 119 I, se alinea a esta tendencia de una tutela de amplio espectro. Además, en la última década el legislador ha introducido diversas acciones especiales de tutela de derechos fundamentales en materia laboral, tributaria y no discriminación, entre otras<sup>3</sup>.

Estos desarrollos descansan sobre una premisa teórica – en general no explicitada – según la cual un acceso inmediato de los ciudadanos a una tutela judicial especializada en resguardar derechos fundamentales es la única o la mejor vía para su efectiva protección.

Este artículo pretende poner en perspectiva esta concepción. Esto se hará explicando cómo funciona un modelo diametralmente opuesto: el de la “queja constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>4</sup> del derecho federal alemán. La queja constitucional es la mejor versión de un modelo opuesto al que rige en nuestro medio. Se trata de una tutela judicial especial de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional Federal que procede – no como acceso directo – sino como punto final de la actividad jurisdiccional. En general se interpone contra sentencias que supuestamente incurren en una vulneración de derechos fundamentales, con el fin de obtener su invalidación y un reenvío a la judicatura encargada. Si bien el recurso de amparo español ante el Tribunal Constitucional comparte este diseño casatorio, fue precisamente la queja constitucional alemana que le sirvió como “modelo inspirador”<sup>5</sup>. Se trata de un modelo de *tutela de cierre* en el sentido de que pretende pronunciar la última palabra respecto al resguardo de los derechos fundamentales sobre la base de casos litigados en sede ordinaria.<sup>6</sup> En consecuencia, es una tutela de *ultima ratio* en cuanto solo se activa en subsidio de la judicatura ordinaria<sup>7</sup>. Este rol subsidiario se garantiza mediante una norma procesal clave: la exigencia de agotamiento de toda otra vía procesal como presupuesto de admisibilidad. Este modelo nos permitirá comprender mejor el modelo chileno que se configura como *tutela de entrada*, tanto en la versión actual que funciona en paralelo a otras acciones judiciales (artículo 20 I *in fine* CPR) – es decir, carece de presupuesto de subsidiariedad – como en la versión de la propuesta constitucional de 2022 que sí se concibe como herramienta subsidiaria a otras acciones (artículo 119 II PNCPR).

Para una comparación fructífera, debemos aclarar, en primer lugar, la relación entre los derechos fundamentales y el derecho legislado. Esta relación nos permitirá trazar, con precisión, la distinción entre una tutela de entrada y una tutela de cierre en la protección judicial de los derechos fundamentales (2). En un segundo paso, se expondrá el funcionamiento de la queja constitucional alemana como paradigma de una tutela de cierre subsidiaria, desarrollando sus funciones y sus excepciones (3). Sobre esta base podremos formular sugerencias respecto a cómo entender la tutela de derechos fundamentales en Chile, con especial consideración a la propuesta del artículo 119 I-VI PNCPR (4).

Este trabajo se limita al análisis de la acción general de tutela individual de derechos fundamentales. Por ello, no se incluye el estudio de las acciones de tutela especiales (tributaria, laboral, ambiental, etc.). Tampoco se abordará el control judicial de actos legislativos potencialmente vulneradores de derechos fundamentales, pese a que la queja constitucional alemana los incluye como actos impugnables. Además, el enfoque se limita a la tutela de derechos fundamentales en el derecho interno, sin considerar la (cada vez más relevante) influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el sistema alemán y de la Corte

<sup>1</sup> Que puede ser un órgano público, una persona que ejerce una función pública o privados. LARROUCAU (2021), pp. 71-84.

<sup>2</sup> LARROUCAU (2021), pp. 65-67 y 209-262.

<sup>3</sup> En detalle respecto a estas acciones y su relación con la acción de protección del artículo 20 I CPR, LARROUCAU (2021), pp. 17-47.

<sup>4</sup> “Queja constitucional” me parece la traducción más cercana al sentido de la expresión original. La traducción más común al español es “amparo constitucional” aludiendo a su equivalente funcional en el ordenamiento español. Esta, sin embargo, se aleja del sentido en alemán (Beschwerde, que es “queja”), que conserva las asociaciones con el control disciplinario de autoridades de la administración.

<sup>5</sup> RUBIO (1982), pp. 61 y s. Para una mirada comparada del recurso de amparo español con el fin de entender mejor la jurisdicción constitucional chilena, PALOMO (2003), pp. 140-147; BORDALÍ (2009), pp. 55 y ss.

<sup>6</sup> Naturalmente existen diferencias entre el modelo alemán y español, véase la descripción comparativa en RUBIO (1982), pp. 61-67.

<sup>7</sup> BETHGE (2021), § 90, párr. 377.

Interamericana de Derechos Humanos sobre el sistema chileno, que se reserva para investigaciones comparativas futuras.

## 2. Tutela de entrada y de cierre en la protección judicial de los derechos fundamentales

### 2.1. Los derechos fundamentales como normas objetivas

En el año 1958 el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (en lo que sigue TCF) dictó el fallo probablemente más famoso<sup>8</sup> de su historia. En la “sentencia-Lüth” proclamó que los derechos fundamentales no solo constituyen derechos de defensa de los ciudadanos contra el Estado, sino también un “orden objetivo de valores”<sup>9</sup>. Los derechos fundamentales expresarían pretensiones normativas que actúan sobre todas las áreas del derecho, incluyendo, por ejemplo, las normas de responsabilidad del derecho civil que eran relevantes en el caso fallado.<sup>10</sup> Para el TCF, el derecho legislado está llamado a reflejar y desarrollar las “normas objetivas” contenidas en los derechos fundamentales<sup>11</sup>. Su “efecto de irradiación”<sup>12</sup> hacia todas las áreas del derecho marcó en Alemania el cambio de un constitucionalismo liberal hacia la constitucionalización del ordenamiento jurídico<sup>13</sup>. Hoy, la idea de derechos fundamentales como normas objetivas es jurisprudencia permanente del TCF<sup>14</sup>.

Esta objetivación de los derechos fundamentales generó un problema dogmático: ¿Cómo ha de comprenderse este “desarrollo” o esta “realización” de los derechos fundamentales en el derecho legislado? Para los más críticos, esta línea jurisprudencial envuelve una pretensión de predeterminar a nivel constitucional todo contenido legislativo y, de esta forma, lleva a la sustitución del autogobierno democrático por decisiones de autoridad del tribunal constitucional<sup>15</sup>. Otros son más optimistas<sup>16</sup> y el mismo TCF<sup>17</sup> considera que el concepto de derechos fundamentales como normas objetivas es compatible con la autonomía legislativa. Al menos en la mirada del TCF este vuelco no implica la eliminación de la autoridad del legislador, sino más bien considerar que la libertad del legislador rige dentro de un marco de lo permisible, dibujado por los derechos fundamentales. El desafío, entonces, sería idear una “dogmática de espacios de maniobra”<sup>18</sup> del legislador dentro del marco determinado por los derechos fundamentales.

Esta pregunta sobre las condiciones de compatibilidad entre un orden constitucional objetivo, custodiado por un tribunal constitucional, y el autogobierno democrático es una discusión central en la teoría y dogmática constitucional<sup>19</sup> que obviamente no se abordará en este artículo. Aquí interesa mostrar lo que la idea de derechos fundamentales como “orden objetivo” significa para el diseño de acciones especializadas en resguardarlos, es decir, para el punto de vista procesal.

### 2.2. La dificultad de aislar un conflicto de derechos fundamentales

---

<sup>8</sup> RENNERT (2014), p. 31.

<sup>9</sup> TCF, 1 BvR 400/51, 15 de enero de 1958, párr. 25.

<sup>10</sup> TCF, 1 BvR 400/51, 15 de enero de 1958, párr. 25.

<sup>11</sup> TCF, 1 BvR 400/51, 15 de enero de 1958, párr. 26.

<sup>12</sup> “Ausstrahlungswirkung”, TCF, 1 BvR 400/51, 15 de enero de 1958, párr. 29.

<sup>13</sup> SCHUPPERT Y BUMKE (2000), pp. 32 y ss.

<sup>14</sup> Véase por ejemplo TCF, 1 BvR 3080/09, 11 de abril de 2018.

<sup>15</sup> Así la temprana preocupación de FORSTHOFF (1994), pp. 35 y ss.; y la persistente crítica de BÖCKENFÖRDE (1990), p. 25 (“se produce un paso gradual de un Estado legislativo controlado por el parlamento hacia un Estado jurisdiccional controlado por un tribunal constitucional”, traducción propia).

<sup>16</sup> ALEXY (2002), p. 13 (“En lo grueso, la línea Lüth es acertada”, traducción propia); sosteniendo su compatibilidad con el principio democrático, también BOROWSKI (2018), pp. 178 y s.

<sup>17</sup> TCF, 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/7, de 1 de marzo de 1979.

<sup>18</sup> “Spielraumdogmatik”. ALEXY (2002), pp. 16 y ss.

<sup>19</sup> SCHLAICH Y KORIOTH (2021), párr. 328.

La comprensión de los derechos fundamentales como normas objetivas a nivel de derecho sustantivo es importante para el diseño procesal de su protección.

La instauración de cualquier tipo de tutela judicial especializada *presupone* la posibilidad de delimitar su alcance material. Esto vale también para las acciones especialmente diseñadas para el resguardo de derechos fundamentales. Una tutela especializada en la protección de derechos fundamentales presupone que es posible distinguir, por un lado, los conflictos que surgen de su (supuesta) vulneración y, por el otro, los conflictos comunes gobernados por el derecho legislado y sometidos a la jurisdicción ordinaria o especial del área respectiva. Sin una definición clara de su alcance material, la tutela especial de derechos fundamentales sería una promesa vacía, y no permitiría tutela “especial” alguna. Establecería una acción de alcance general que opera en paralelo a los demás tribunales, generando problemas procesales para abordar la relación con otros procedimientos. Esta es justamente una de las dificultades de la acción de protección del artículo 20 I CPR (véase 4.1.).

Entonces, lo primero que se puede sacar en limpio es que no se puede promover una judicatura especializada de derechos fundamentales sin – aunque sea implícitamente – pretender que es posible distinguir, de forma certera, un “auténtico conflicto de derechos fundamentales”<sup>20</sup> de una simple infracción al derecho legislado. Esta tarea ha sido dificultada con una concepción objetivada de los derechos fundamentales, como aquella impulsada por la jurisprudencia de “Lüth”. Desde un punto de vista procesal, la teoría de irradiación significa que todo conflicto regulado por el derecho legislado tiene, a la vez, potencial de ser descrito como conflicto de derechos fundamentales<sup>21</sup>. Esto hace difícil identificar los conflictos de derechos fundamentales como una materia especial que permita ser tutelada por acciones o recursos especiales.

Esto era más fácil bajo la concepción liberal clásica. Si los derechos fundamentales son exclusivamente derechos subjetivos contra actuaciones del Estado, se puede prefigurar un conjunto de supuestos típicos distinguibles de los conflictos jurídicos ordinarios (piénsese en supuestos de aprisionamiento ilegítimo, censura previa de la prensa o expropiación). En cambio, si la vigencia de los derechos fundamentales impregna el ordenamiento jurídico en su totalidad y se realiza en el contenido del derecho legislado ¿cómo distinguimos una infracción legal “común y corriente” de una infracción que vulnera – específicamente – derechos fundamentales? Por ejemplo: si las normas de derecho contractual realizan el derecho fundamental a un libre desarrollo profesional y económico, una sentencia equivocada en la materia contractual, o incluso el incumplimiento de un contrato<sup>22</sup>, podrían siempre describirse, no solo como una infracción de derecho civil, sino también como una vulneración de ese derecho fundamental. En consecuencia, siempre podría caer en el ámbito de aplicación de una tutela especializada de derechos fundamentales. Queda claro que la constitucionalización del ordenamiento jurídico tornó la delimitación de una tutela especial dedicada a proteger derechos fundamentales en una tarea sumamente difícil.

### 2.3. La diferencia entre una tutela judicial de entrada y de cierre

Mientras más difícil sea dar respuesta a la pregunta sobre *cómo* delimitar un conflicto de derechos fundamentales, más importante se vuelve la pregunta sobre *quién* está a cargo de delimitarlo. Es decir, se torna importante la decisión respecto a dónde posicionar orgánicamente una tutela especializada de derechos fundamentales.

---

<sup>20</sup> Expresión de FERRADA et al. (2003), p. 80, al criticar (a mi parecer con razón) el uso del recurso de protección para la solución de “conflictos ordinarios entre los órganos de Administración del Estado y los ciudadanos” (p. 80). Sin embargo, no se preguntan en qué condiciones es siquiera posible hacer esa distinción, considerando que todo conflicto entre una autoridad administrativa y un ciudadano se puede interpretar como una “auténtica” afectación de un derecho fundamental.

<sup>21</sup> RENNERT (2014), p. 32.

<sup>22</sup> Si se admite el efecto horizontal directo de los derechos fundamentales (rechazado por el TCF).

Desde un punto de vista orgánico procesal, vemos dos opciones para una judicatura especializada en vulneraciones a los derechos fundamentales: una tutela *de entrada* y una tutela *de cierre*.

Una *tutela judicial de entrada* conecta la protección de derechos fundamentales con el derecho de acceso a la justicia, al otorgar acción para que un ciudadano pueda directamente solicitar protección especial ante un tribunal. Esta concepción de tutela de entrada se consagra en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) de 1948 que en su artículo XVIII declara que toda persona:

*“debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) elimina la referencia a actos “de la autoridad” consagrando una tutela especial de entrada más amplia, al exigir en su artículo 25(1) que: *“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 ...”*.

Estas normas corresponden a iniciativas de los delegados mexicanos en los respectivos debates<sup>23</sup>, lo que se explica por el origen de este modelo. La tutela de entrada de derechos fundamentales judicial – generalmente denominado “amparo” – parece tener, al menos en parte, su origen en un trasplante procesal anglo-continental: en la recepción mexicana de ideas expresadas por Tocqueville sobre la revisión judicial estadounidense<sup>24</sup>. A lo largo del siglo XIX este modelo se extendió a los países de Latinoamérica (introduciéndose en Chile en formato de “recurso de protección”) pasando a formar una institución que pretende tutelar directamente, a la entrada del sistema judicial, los derechos fundamentales<sup>25</sup>.

Pese a las nobles intenciones detrás de este invento latinoamericano, la historia de vulneración de derechos humanos en nuestro continente exige indagar las razones de su ineficacia. Para eso, conviene poner el foco en su premisa de funcionamiento: una tutela de derechos fundamentales de entrada, especialmente una que pretenda ser accesible de modo “sencillo y rápido”, no puede sino suponer que existen conflictos que se pueden presentar ante los tribunales mediante un relato que los haga reconocibles como conflictos de derechos fundamentales, distintos a conflictos jurídicos comunes, prescindiendo de calificaciones jurídicas de derecho legislado. De lo contrario no se podría identificar el alcance especial de una acción de ese tipo. Desde un punto de vista procedimental, el modelo de tutela de entrada presupone que la parte supuestamente afectada en sus derechos debe, en su escrito inicial, describir su pretensión como un supuesto de vulneración de sus derechos fundamentales, de una forma susceptible de verificación (aunque sea sumaria) y decisión judicial motivada.

Una *tutela judicial de cierre* – propia del sistema alemán y español – es escéptica a esta forma de proceder. Asume que los conflictos que llegan a tribunales a través del relato de parte aún no están “maduros” para identificarse como causas propiamente de afectación de derechos fundamentales. Por eso, no es conveniente ofrecer una tutela especializada que opere a la entrada del sistema de justicia. En efecto, incentivar una resolución de conflictos bajo categorías de derechos fundamentales, prescindiendo de calificaciones de derecho legislado, genera un riesgo de desintegración del sistema judicial<sup>26</sup>. Esto no significa que los derechos fundamentales no merezcan protección, ni la negación de su efecto de irradiación objetiva. La diferencia con una tutela de entrada no está en el grado compromiso con la protección de derechos fundamentales, sino en la herramienta que se prefiere para asegurar su vigencia. En el paradigma de una tutela de cierre, el efecto de irradiación se traduce en el deber de cada tribunal de resolver todas las acciones y recursos– sean civiles, penales, administrativos o

<sup>23</sup> FIX-ZAMUDIO (1981), p. 363.

<sup>24</sup> FIX-ZAMUDIO (1988), p. 11.

<sup>25</sup> FIX-ZAMUDIO (1981), pp. 367-382. En detalle sobre el contexto latinoamericano NOGUEIRA (2007), pp. 78-87.

<sup>26</sup> ZACHER (1976), pp. 400 y s. Véase también en este artículo, bajo 3.3.2.

especiales – asegurando el resguardo de los derechos fundamentales, pero no de forma aislada, sino en el acto de interpretación y aplicación del derecho legislado que cae en su ámbito de competencia<sup>27</sup>. Los tribunales de instancia de cada una de las ramas de la judicatura deben cerciorarse de que las normas legales y sus posibles interpretaciones sean compatibles con la vigencia objetiva de los derechos fundamentales. Este modelo asume que – a un primer nivel de su vigencia – los derechos fundamentales no se pueden proteger de forma abstracta y aislada, sino que se realizan a través de la aplicación acertada del derecho legislado por los tribunales de instancia.

Bajo esta mirada, no se necesita ni es aconsejable un acceso de entrada a una tutela especial de derechos fundamentales, ya que el acceso a la justicia en todas sus formas garantiza “automáticamente” su protección. Esto no niega la necesidad de una tutela judicial especial para asegurar este mecanismo, sino que un cambio en su ubicación orgánica: no debe estar a la entrada, sino al cierre del sistema. Su función es controlar que las judicaturas encargadas de aplicar el derecho legislado (civil, penal, administrativo etc.) hayan cumplido su misión de aplicarlo conforme con los derechos fundamentales. En esta concepción la tarea de seleccionar los casos “auténticos” de derechos fundamentales no opera en el vacío, sino que revisando casos concretos de aplicación del derecho. Por eso, una tutela de cierre se configura, en lo grueso, como un recurso de control de sentencias, no de sucesos de la vida. Evalúa conflictos ya litigados y analizados por los tribunales de instancia.

A continuación, examinaremos con más detalle esta idea de tutela especializada de cierre en el ejemplo de la queja constitucional alemana y el rol del presupuesto de agotamiento de otras vías judiciales en ese contexto.

### 3. La queja constitucional alemana como tutela subsidiaria de cierre

#### 3.1. Diseño general de la queja constitucional alemana

La gran mayoría de los ingresos del TCF corresponde a quejas constitucionales<sup>28</sup>. Este recurso tiene como fin resguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos a nivel individual<sup>29</sup>. Es una misión que cautiva la atención de la opinión pública, por lo que el TCF se autodescribe como “tribunal ciudadano”.<sup>30</sup> En esto no parece ser distinto al recurso de protección del derecho chileno<sup>31</sup>.

La Ley Fundamental (“Grundgesetz”, en lo que sigue “GG”) menciona la queja constitucional al enumerar las materias de competencia del TCF en su artículo 93. En el numeral 4 enuncia la queja constitucional y la describe como una herramienta que “cualquiera” (“jedermann”) puede hacer valer para “alegar una vulneración por parte del poder público (‘öffentliche Gewalt’) en sus derechos fundamentales”. Los detalles de su regulación se encuentran en la Ley que regula el Tribunal Constitucional Federal (Gesetz des Bundesverfassungsgerichts, en lo que sigue LTCF)<sup>32</sup>. Como se desprende del tenor de la norma, su función es controlar actos del poder público que supuestamente vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si bien procede contra todo tipo de acto de poder público, el presupuesto de agotamiento de la vía judicial que veremos más adelante lo convierte en una tutela de control de sentencias judiciales (“Urteilsverfassungsbeschwerde”).

##### 3.1.1. Competencia y organización del TCF

<sup>27</sup> GÓMEZ (2005), p. 62.

<sup>28</sup> De los 5352 ingresos del año 2021, 95% eran quejas constitucionales. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2021), p. 36.

<sup>29</sup> KLEIN Y SENNEKAMP (2007), p. 949.

<sup>30</sup> “Bürgergericht”. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2021), p. 40.

<sup>31</sup> BORDALI (2011), p. 57 (“quizá no hay instrumento jurídico que haya calado tan hondo en la sociedad chilena”).

<sup>32</sup> Una versión en inglés se encuentra en [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bverfgg/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bverfgg/index.html).

La queja constitucional es un recurso de competencia exclusiva del TCF. Para imaginar su funcionamiento, se ofrece una breve descripción sobre la organización del TCF y sus procedimientos.

El TCF se organiza en dos “senados” (§ 2 I LTCF), compuestos por ocho integrantes (§ 2 II LTCF), denominados “Primer Senado” y “Segundo Senado”. Cada uno es presidido por el presidente y el vicepresidente del TCF, respectivamente. En términos generales, el Primer Senado se dedica a los asuntos propios del control de constitucionalidad abstracto y concreto, y al resguardo de los derechos fundamentales (§§ 14 I, 13 LTCF). Este es el senado que nos interesa, ya que está encargado de conocer de las quejas constitucionales (§§ 14 I, 13 LTCF). El “Segundo Senado” conoce principalmente de las disputas entre órganos del Estado (§§ 14 II, 13 LTCF). Cada senado se subdivide a su vez en un número variable de salas (“Kammer”) de tres miembros (§ 15a I LTCF).

Por regla general, corresponde al Primer Senado (en pleno) resolver el fondo de las quejas constitucionales (§ 93b LTCF, segunda oración). En casos especiales, se resuelven por una sala del Primer Senado (§ 93c I LTCF).

### 3.1.2. Control preliminar sustantivo ante una sala del Primer Senado

La sobrecarga por el volumen de ingresos ha sido un problema histórico del funcionamiento del TCF. Según la idea original, debía conocer y resolver las quejas actuando como senado<sup>33</sup>. Para alivianar la carga, en 1993 se introdujo un control preliminar ante una sala del Primer Senado (§ 93a-d LTCF) para filtrar tempranamente las quejas carentes de sustancia cuando no cumplen ciertos supuestos fijados en el § 93a II LTCF. Este filtro sustantivo opera independiente del control preliminar de admisibilidad<sup>34</sup> que, si bien también permite una denegación temprana, se orienta en criterios procesales, no sustantivos. Según estas normas las quejas solo merecen ser conocidas por el senado cuando tienen “significancia fundamental para el derecho constitucional” (§ 93a II a) LTCF) o cuando una resolución de mérito es *necesaria* para la realización de los derechos fundamentales (§ 93a II b) LTCF).

Este control de acceso que ejerce la sala no solo permite *rechazar* las quejas que no cumplen esos requisitos sustantivos mínimos. La sala también puede *acoger* in limine. Esta facultad está prevista para quejas “manifiestamente justificadas” en consideración a materias que ya han sido zanjadas por el Primer Senado (§ 93c I LTCF).

La gran mayoría de las quejas caen bajo una de estas categorías y no requieren una decisión del senado (§ 93a II a) LTCF). Incluso si la sala excepcionalmente considera que una queja tiene relevancia fundamental, es probable que la acoja directamente por estar manifiestamente justificada a la luz una jurisprudencia ya asentada por Primer Senado. En consecuencia, pese a que el senado tiene la competencia general para resolver las quejas (§ 93b LTCF), el grueso de los ingresos es resuelto por una sala<sup>35</sup>. Expuesto este sistema de control preliminar sustantivo, podemos revisar el control de admisibilidad que permite rechazar la queja incluso si se verifican los criterios recién expuestos, control que incluye el presupuesto de subsidiariedad.

## 3.2. La subsidiariedad de la queja constitucional como presupuesto de admisibilidad

### 3.2.1. Admisibilidad y mérito de un recurso

Para entender el examen de admisibilidad de la queja constitucional desde la óptica del derecho procesal alemán es importante una distinción no siempre evidente para las y los juristas

<sup>33</sup> WARMKE (1993), pp. 25-27. En español, HERNÁNDEZ (2010), pp. 85-88.

<sup>34</sup> SCHLIACH Y KORIOETH (2021), párr. 258.

<sup>35</sup> En efecto, de las 5569 quejas terminadas el año 2021, el Primer Senado solamente resolvió diez. El resto fue resuelto por la sala (4999) o terminó sin sentencia. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2021), pp. 36 y 42.

formadas en nuestro medio, la distinción entre admisibilidad (*Zulässigkeit*) y mérito (*Begründetheit*) de solicitudes procesales de parte<sup>36</sup> (actuaciones como demanda, reconvencción, solicitudes de medidas cautelares, recursos, etc.). Según esta distinción, una petición de parte solo tiene éxito si es admisible y tiene mérito. El juicio de admisibilidad se rige por normas procesales que establecen las condiciones bajo las cuales un tribunal está facultado para resolver una petición. El juicio de mérito se rige por las normas (sustanciales o procesales) que permiten resolver si la petición (admisible) está justificada en derecho.

Esta distinción es un producto de la dogmática general del proceso que se remonta a von Bülow<sup>37</sup>. Por eso, opera a nivel abstracto, con independencia del diseño procedimental concreto en una ley procesal. En un procedimiento judicial pueden o no existir estaciones preliminares de control de todos o algunos de los requisitos de admisibilidad (ejemplo, la del artículo 256 del Código de Procedimiento Civil), incluso podemos encontrar dos estaciones de control (así, por ejemplo, controles preliminares a quo y ad quem en los sistemas recursivos). El punto crucial es que, a falta de los requisitos de admisibilidad, un tribunal no está habilitado para emitir una decisión de mérito sobre una solicitud, pese a estar justificada la petición (salvo facultad de oficio). Esto demuestra que la distinción realiza el principio de estado de derecho en el ejercicio de la jurisdicción, en cuanto el concepto de “admisibilidad” clarifica las normas legales procesales que habilitan a un tribunal ejercer su poder de decisión de mérito (sea ante una demanda, una solicitud cautelar o un recurso).

En materia de recursos judiciales, los presupuestos de admisibilidad que habilitan al tribunal a resolver el mérito son, en general, los siguientes: la recurribilidad de la resolución impugnada, los requisitos formales del escrito, una fundamentación adecuada, la oportunidad de interposición, y el agravio del recurrente<sup>38</sup>. A esto se suman los requisitos especiales de admisibilidad de cada recurso (como la preparación del recurso de casación en la forma).

Según este esquema, la admisibilidad de la queja constitucional se regula de la siguiente forma (artículo 93 I N° 4 GG y §§ 90 ss. LTCF): se puede interponer por “cualquiera” capaz de ser titular de derechos fundamentales (lo es toda persona natural y, excepcionalmente, las personas jurídicas en los términos del artículo 19 III GG)<sup>39</sup>, pero sin necesidad de comparecencia letrada. Debe alegarse un acto (acción u omisión) del poder público (§ 90 I LTCF), que en la gran mayoría de los ingresos es una resolución judicial de un tribunal superior. Además, quien solicita protección debe alegar haber sido afectado – actual y directamente – por una vulneración de un derecho fundamental. Esta especificidad en el vínculo entre la vulneración y la persona del afectado pretende excluir el uso de la queja como acción popular<sup>40</sup>. Adicionalmente, la queja debe presentarse por escrito, con suficiente fundamento (§ 23 I LTCF), y dentro de plazo. El plazo es, en general, de un mes desde la notificación del acto que supuestamente vulnera derechos fundamentales (§ 93 I LTCF). Finalmente, solo se admitirá a tramitación la queja si el solicitante agotó previamente toda otra vía de impugnación judicial (§ 90 II LTCF). Nos concentraremos en este último presupuesto que consagra la subsidiariedad de la queja constitucional.

### 3.2.2. El agotamiento de la vía judicial como presupuesto de admisibilidad

La queja constitucional se considera un recurso extraordinario en al menos tres sentidos. Primero, solo procede por las causales específicamente definidas (vulneración de un derecho fundamental u otros derechos constitucionales previstos en el artículo 93 I N° 4 GG). En segundo lugar, es extraordinario porque, a diferencia de otros recursos del sistema judicial alemán, su interposición no suspende el efecto de cosa juzgada de las sentencias impugnadas<sup>41</sup>. Una vez acogida, la queja produce la invalidación (“Aufhebung”, § 95 II LTCF) excepcional de una

<sup>36</sup> HAU (2008), p. 39.

<sup>37</sup> VON BÜLOW (1868), pp. 1-17.

<sup>38</sup> HAU (2008), p. 40.

<sup>39</sup> En caso de personas jurídicas nacionales, solo si, considerando su esencia, le son aplicables los derechos fundamentales.

<sup>40</sup> EPPING (2019), párr. 183.

<sup>41</sup> TCF, 1 BvR 2116/94, 18 de enero de 1996; ZUCK Y EISELE (2022), párrs. 11 y s.



sentencia firme. Tercero, es extraordinario porque la protección de derechos fundamentales corresponde preferentemente a los tribunales ordinarios o especiales de instancia<sup>42</sup>. En ese sentido se trata de una protección *subsidiaria*. Esta subsidiariedad se asegura procesalmente a través del prepuesto de agotamiento de la vía judicial.

Está contenido en el inciso segundo del § 90 LTCF:

„Si contra la vulneración [de los derechos fundamentales] procede la vía judicial, la queja constitucional solo se podrá interponer una vez agotada la vía judicial.”

Por “vía judicial” el TCF entiende toda “posibilidad legalmente prevista de acceder a un tribunal”<sup>43</sup> incluyendo eventuales procedimientos administrativos previos<sup>44</sup> o un nuevo conocimiento por los tribunales de instancia tras fallos anulatorios de tribunales superiores<sup>45</sup>. El agotamiento implica un análisis *retrospectivo* del comportamiento procesal del solicitante respecto a la supuesta vulneración de derechos: “Agotar” significa hacer valer las acciones y vías de impugnación procesales para eliminar la vulneración que se alega<sup>46</sup> y exige que los intentos no hayan sido rechazados por razones meramente formales<sup>47</sup>.

Técnicamente, esta norma es un presupuesto de *admisibilidad* de la queja constitucional, ya que se evalúa independientemente del mérito de la solicitud. Desde el punto de vista del solicitante, establece una *carga procesal*: debe hacer todo lo posible para eliminar la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales en el transcurso de las instancias previas y solo tiene acceso al TCF una vez cumplida esta exigencia<sup>48</sup>.

### 3.2.3. El presupuesto de subsidiariedad de la queja constitucional

La norma de agotamiento recién descrita ha sido ampliada teleológicamente en las interpretaciones del TCF hasta consagrar un presupuesto de subsidiariedad más general, del que la norma del § 90 II LTCF solo forma el núcleo. La norma general de subsidiariedad exige más allá de las acciones y los recursos previstos en la vía judicial, aprovechar toda oportunidad procesal para eliminar la supuesta vulneración<sup>49</sup>.

## 3.3. Funciones del presupuesto de subsidiariedad

La subsidiariedad es un presupuesto de admisibilidad, pero además tiene un rol sistémico. Esconde una toma de postura respecto a la relación entre los derechos fundamentales y la judicatura. Esta postura se revela examinando las funciones que se han atribuido a este presupuesto.

### 3.3.1. Función orgánica

El TCF ha destacado que la subsidiariedad contiene una toma de postura sobre la distribución de competencias entre los tribunales de instancia y el TCF en la protección de los derechos fundamentales<sup>50</sup>. Supone que son los tribunales de instancia quienes deben velar preferentemente por la protección de los derechos fundamentales al aplicar el derecho legislado (procesal y sustantivo).

El agotamiento es, por tanto, el correlato del deber de todo tribunal de aplicar derecho conforme a los derechos fundamentales, sea derecho privado, público o penal. De esta forma,

<sup>42</sup> EPPING (2019), párr. 145; WIENBRACK (2013), párr. 571. También en el amparo español, PALOMO (2003), pp. 141 y s.

<sup>43</sup> TCF, 1 BvR 1494/78, 20 de junio de 1984.

<sup>44</sup> ZUCK Y EISELE (2022), párr. 522.

<sup>45</sup> TCF, 1 BvR 256/97, 27 de abril de 2000.

<sup>46</sup> WEINBRACK (2013), párr. 618.

<sup>47</sup> BUNDESTAG (1950), pp. 35 y s.

<sup>48</sup> TCF, 1 BvR 475/78, 10 de octubre de 1978, cons. II.3.

<sup>49</sup> TCF, 1 BvR 219/05, 28 de agosto de 2005.

<sup>50</sup> TCF, 1 BvR 475/78, 10 de octubre de 1978, cons. II.3. Para la función análoga en España, PALOMO (2003), p. 148.

la queja constitucional queda como un control de *ultima ratio* en la protección de derechos fundamentales<sup>51</sup>. En el requisito de agotamiento va implícita la idea de que son los tribunales ordinarios y administrativos los que, en un primer lugar, deben velar por la protección de derechos fundamentales<sup>52</sup> mediante la aplicación acertada de las normas sustantivas<sup>53</sup>.

### 3.3.2. Función integradora

Para una mirada crítica de las tutelas de entrada de corte latinoamericano, la función integradora es probablemente la más reveladora. La subsidiariedad de la queja constitucional previene el riesgo de disociación del derecho legislado y los derechos fundamentales. Se encarga de articular procesalmente el efecto de irradiación establecido desde la sentencia Lüth, aceptando que los derechos fundamentales se realizan y vulneran – no de forma aislada – sino en conexión con un área del derecho legislado<sup>54</sup>. Según ZACHER<sup>55</sup>, hay que rechazar la hipótesis de que “el resguardo de los derechos fundamentales se puede separar y aislar material y procesalmente”<sup>56</sup>. En materia de derecho administrativo, por ejemplo, “una norma que establece un derecho fundamental solo se puede interpretar en el contexto fáctico y jurídico de la decisión del órgano administrativo y de su control por la judicatura administrativa”<sup>57</sup>. Lo mismo se podría decir en materia de derecho privado (por ejemplo, ante una infracción contractual que afecta el acceso a salud o educación de una de las partes).

Como se explicó arriba, el modelo de tutela judicial de entrada que predomina en Latinoamérica opera justamente bajo la hipótesis desechada por ZACHER. Supone que sí es posible describir una afectación de derechos fundamentales saltándose las categorías establecidas por el derecho legislado. Esto puede convertirla en un equivalente de la jurisdicción común<sup>58</sup>, promoviendo una “vulgarización” o “desformalización” del derecho<sup>59</sup>. Una tutela de cierre con presupuesto de subsidiariedad, en cambio, supone que – al menos como regla general – es necesario estar frente a un caso ya litigado bajo derecho legislado para hacer reconocible una afectación a los derechos fundamentales. La carga de las partes de agotar la vía judicial antes de poder acudir a la tutela especial de derechos fundamentales permite generar insumos argumentativos para evaluar una vulneración en el contexto de la legislación sectorial aplicable al caso.

### 3.3.3. Función económica

Toda persona (al menos natural) puede ser titular de derechos fundamentales, por lo que una tutela judicial organizada específicamente para su resguardo (sea de entrada o de cierre) está destinada a enfrentar el problema de sobrecarga de ingresos, solo por el número de potenciales demandantes<sup>60</sup>. Así lo demuestran las estadísticas de ingresos anuales de quejas ante el TCF como también los ingresos de acciones de protección ante las Cortes chilenas. Al evitar que la litigación común y corriente migre hacia la tutela especial de derechos fundamentales, el presupuesto de subsidiariedad permite al TCF concentrar sus recursos en las tareas de control constitucional que le encomienda la GG.

<sup>51</sup> SCHERZBERG (2009), § 13, párr. 89.

<sup>52</sup> TCF, 2 BvR 817/90, 30 de abril 1997.

<sup>53</sup> TCF, 1 BvR 1613/94, 27 de abril de 1999.

<sup>54</sup> ZACHER (1976), p. 399; MOTZER (1978), p. 27.

<sup>55</sup> Influyente iuspublicista de la Universidad de München, véase <https://www.mpg.de/8235479/hans-zacher>.

<sup>56</sup> ZACHER (1976), pp. 400 y ss.

<sup>57</sup> ZACHER (1976), p. 401.

<sup>58</sup> GÓMEZ (2005), pp. 23-25.

<sup>59</sup> BORDALÍ (2011), pp. 58 y s.

<sup>60</sup> ZACHER (1976), pp. 398 y s.

### 3.4. Peligros y excepciones al presupuesto de subsidiariedad

Se acaba de exponer cómo la combinación entre una tutela de cierre y un presupuesto de subsidiariedad permite una distribución cohesionada de tareas entre el tribunal constitucional y la judicatura de instancia, evitando, a la vez, una sobrecarga de ingresos. Pero la subsidiariedad también presenta riesgos para una efectiva protección de derechos fundamentales.

#### 3.4.1. El resguardo del interés general en la resolución de una queja constitucional

Como se ha dicho, la queja constitucional es un mecanismo de protección individual. Se enfoca en lo que la doctrina italiana e iberoamericana suele denominar *ius litigatoris* en oposición a *ius constitutionis*<sup>61</sup>. Se activa en razón del interés particular del supuestamente afectado, lo que justifica que un comportamiento procesal omisivo en las instancias previas pueda acarrear la inadmisibilidad de la queja por no haberse agotado la vía judicial.

Sin embargo, la articulación de la queja como tutela de cierre encargada de controlar sentencias de los tribunales de instancia la convierte en un recurso de “última palabra” en materia de derechos fundamentales. Esto arroja la necesidad de considerar también el *ius constitutionis* y desplegar la función de unificar las interpretaciones de las normas de derechos fundamentales. A nivel procesal, esta dimensión es relevante, como ya se explicó, para la pregunta sobre si la queja se debe resolver ante el senado (§ 93a II a) LTCF), pero también para la pregunta si corresponde resolver en su mérito una queja en caso de que el solicitante no haya agotado debidamente la vía judicial. Una respuesta negativa podría significar perder una oportunidad de aclarar dudas generales sobre la interpretación de los derechos fundamentales, por el solo hecho de que el solicitante fue desaprensivo en su comportamiento procesal previo.

Para evitar este escenario, la ley prevé la posibilidad de prescindir del agotamiento cuando la queja es de “relevancia general” (§ 90 II LTCF, primera alternativa), esto es, cuando es esperable que su decisión aclare cuestiones fundamentales de derecho constitucional y así no solo resuelva el caso del solicitante, sino, en términos prácticos, también numerosos otros casos equivalentes<sup>62</sup>. Con esta disposición se evita que el presupuesto de subsidiariedad socave el potencial de unificación de una tutela especializada de cierre.

#### 3.4.2. Peligro de ineffectividad de la protección en casos de urgencia

Vimos que para la CADH la protección especializada de derechos fundamentales se asegura mediante un “recurso sencillo y rápido”. Bajo este paradigma podría parecer inadecuado un sistema de tutela de cierre bajo exigencia de recorrer previamente toda la vía judicial. Una afectación con necesidad de urgencia quedaría sin acceso a una tutela especial ante el tribunal constitucional.

Al respecto hay que aclarar que una tutela judicial de derechos fundamentales no tiene por qué estar conceptualmente conectada con una tutela cautelar (como en Chile, véase bajo 4.1). Esto queda demostrado en el modelo de tutela de cierre con presupuesto de subsidiariedad de la queja constitucional. En un modelo que entrega a los tribunales de instancia la tarea preferente de resguardar los derechos fundamentales mediante la aplicación acertada del derecho legislado, corresponde a estos mismos tribunales, en casos de urgencia, aplicar los mecanismos cautelares de cada área procesal (civil, de familia, administrativo, etc.) para resguardar los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales. La subsidiariedad se aplica de la misma forma en la vía principal como en la vía cautelar de los distintos sistemas procesales. El TCF las considera vías judiciales separadas, en ellas se presentan agravios distintos,

<sup>61</sup> TARUFFO (2005), p. 131.

<sup>62</sup> TCF, 1 BvR 1712/01, 7 de octubre de 2003, B.2.b.cc.

por lo que el agotamiento se evalúa separadamente<sup>63</sup>. Por consiguiente, si una persona cree estar afectada en sus derechos fundamentales de una forma que requiera una protección urgente, debe, en primer lugar, utilizar las medidas cautelares que ofrecen los procesos sectoriales y agotar esa vía. No hay necesidad de una tutela cautelar de urgencia especializada en la protección de derechos fundamentales.

Piénsese en el siguiente caso hipotético. La administración aprueba ampliar las instalaciones de una planta nuclear. Un vecino que vive a pocos kilómetros interpone una acción de impugnación ante los tribunales administrativos solicitando anular la aprobación porque considera que, contraviniendo la normativa aplicable, se omitieron estudios técnicos con el resultado de que no quedó descartado del todo un riesgo a la salud. Como medida cautelar pide suspender el inicio de la obra. El tribunal rechaza la medida cautelar. Contra esta decisión el demandante apela ante el tribunal administrativo superior que confirma el rechazo de la medida cautelar (sin que proceda otro recurso). El demandante interpone una queja constitucional contra esta última decisión alegando que afecta su derecho a la salud. En este caso, a pesar de estar pendiente la resolución del asunto principal, el TCF declara admisible la queja porque el solicitante agotó debidamente la vía cautelar<sup>64</sup>.

Este ejemplo demuestra que el problema de urgencia en la protección de derechos fundamentales se maneja de la misma forma que en la vía principal: la tarea preferente de tutela de urgencia de derechos fundamentales corresponde a los tribunales ordinarios o administrativos, sin perjuicio de poderse acudir a la queja constitucional como tutela especial en caso de que el afectado considere que las decisiones cautelares de los tribunales de instancia resultan en una vulneración de los derechos fundamentales.

Ahora, excepcionalmente hay supuestos en los que la exigencia de agotar la vía cautelar ante los tribunales de instancia significa un riesgo extraordinario para el supuestamente afectado en su derecho. La LTCF deja una puerta abierta para ese caso, facultando al TCF admitir, de forma excepcional, casos en los que agotar la vía judicial pudiera significar un “perjuicio grave e irresistible” para el solicitante (§ 90 II LTCF, segunda alternativa).

### 3.5. Síntesis intermedia

Para resumir: la queja constitucional alemana ante el TCF es una tutela judicial de cierre para el resguardo de los derechos fundamentales. Se activa en subsidio de la labor jurisdiccional de los tribunales de instancia.

Este diseño lleva implícita la idea de que todo tribunal está llamado a resguardar los derechos fundamentales en la interpretación y aplicación del derecho legislado, con independencia de la naturaleza de las acciones o los recursos que conozca. Bajo esta premisa, la queja constitucional no tiene otro rol que revisar si las sentencias judiciales incurren en infracciones legales atentatorias a los derechos fundamentales.

La subsidiaridad de la queja constitucional tiene la función de asegurar procesalmente esta distribución de tareas entre TCF y los demás tribunales del sistema, como también evitar los riesgos de disociación del sistema jurídico que se produciría si conflictos de derechos fundamentales se pudieran judicializar antes de ser litigados bajo criterios del derecho legislado aplicable. De esta forma, la queja constitucional tiene carácter de recurso casatorio de última palabra en el desarrollo judicial de la dogmática de derechos fundamentales, por lo que la ley también potencia la función unificadora de criterios en la materia.

La queja constitucional no es una tutela de naturaleza cautelar. Puede operar tanto en la vía principal como en la vía cautelar de la actividad jurisdiccional, dependiendo de la naturaleza de la resolución judicial que se impugna.

---

<sup>63</sup> WARMKE (1993), p. 57; WEINBRACK (2013), párr 619. Por ejemplo: TCF, 1 BvR 547/89, 18.02.1991. Excepcionalmente el TCF rechaza quejas contra decisiones cautelares de última instancia cuando los defectos invocados se pueden remediar en el transcurso de la vía principal, por ejemplo, TCF, 1 BvR 1460, 1482/78; 27, 169/79, 3 de abril de 1979.

<sup>64</sup> Simplificación del caso TCF, 1 BvR 385/77, de 20 de diciembre de 1979.

## 4. Ideas para una tutela subsidiaria de derechos fundamentales en Chile

La tutela judicial de los derechos fundamentales en Chile sigue el paradigma de tutela de entrada<sup>65</sup>. Con las explicaciones anteriores no se pretende abogar por introducir la queja constitucional alemana en Chile. Es dudoso que una sugerencia de ese tipo pueda tener acogida en una cultura jurídica acostumbrada a la protección directa de derechos fundamentales, pese a los beneficios de seguridad jurídica que ofrece una tutela de cierre (arriba, bajo 3.4.1)<sup>66</sup>. De todas formas, la comprensión de la subsidiariedad en la queja constitucional alemana nos permite ver la dirección hacia la cual se podría desarrollar una tutela de entrada que evite – en la mayor medida compatible con ese diseño – las tendencias de desintegración que Zacher advertía respecto a una la litigación aislada de derechos fundamentales (arriba, bajo 3.3.2).

Tanto la acción de protección del artículo 20 I CPR como la acción de tutela propuesta por la Convención Constitucional en 2022 (artículo 119 I-IV PNCPR) se conciben como tutela de entrada de derechos fundamentales. La diferencia crucial entre ambas acciones está en la forma de relacionarse con otros procedimientos ordinarios y especiales del sistema judicial. Mientras la acción del artículo 20 I CPR es una tutela paralela a otros procedimientos, la acción del 119 I-VI PNCPR se propuso como una tutela de carácter subsidiaria (119 II PNCPR).

### 4.1. La tutela de entrada paralela del artículo 20 I CPR

El artículo 20 I CPR formula claramente una acción de tutela especial de entrada. Se muestra en su función de proveer protección ante las Cortes frente a una afectación inmediata<sup>67</sup> por actos u omisiones arbitrarios o ilegales<sup>68</sup>. Se refuerza también con la comprensión de la acción como instrumento de resguardo de urgencia<sup>69</sup> que pretende actuar directamente sobre los problemas de la vida, saltándose las consideraciones de derecho legislado. Esto se refleja en afirmaciones doctrinarias que atribuyen a la sentencia de protección, por un lado, “efectos declarativos respecto del derecho asegurado constitucionalmente”<sup>70</sup> y, por el otro, efecto de cosa juzgada formal en el sentido de no afectar pretensiones de derecho legislado<sup>71</sup>.

Según lo anterior, se trataría de un proceso declarativo respecto al derecho fundamental, pero cautelar respecto al conflicto de fondo. Esto ha generado incongruencias en el diseño procesal que, por un lado, atiende a la naturaleza cautelar y, por el otro, a la naturaleza declarativa y sumaria del recurso de protección. Esta “dualidad cautelar y sumaria”<sup>72</sup> es consecuencia del diseño como tutela de entrada, ya que, como tal, busca el resguardo de derechos fundamentales, pero sin poder conocer el fondo del asunto regido por el derecho legislado. Una tutela de cierre no adolece de esa dualidad porque opera en la cúspide del iter recursivo, evaluando la interpretación y aplicación del derecho conforme con los derechos fundamentales que hacen los tribunales ordinarios. Como tal, es irrelevante si la sentencia impugnada se produce en la vía cautelar o en la vía ordinaria de la judicatura. Su función es la misma en cualquier caso: invalidar sentencias que aplican derecho vulnerando derechos fundamentales (sean estas definitivas o interlocutorias-cautelares).

---

<sup>65</sup> Especialmente el recurso de protección del artículo 20 CPR, pero también el recurso de amparo del artículo 21 CPR, y el amparo económico de la Ley 18.971 en relación con el artículo 19 N° 21 de la CPR, además de numerosas tutelas especiales.

<sup>66</sup> Sobre el problema de la última palabra en la interpretación de derechos fundamentales, BORDALÍ (2009), pp. 33-65 quien advierte el peligro de “guerra” que se podría producir entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema (pp. 45-56). Este peligro que se hizo efectivo cuando en octubre de 2019 la Tercera Sala de la Corte Suprema señaló que – en principio – no se debía descartar la procedencia del recurso de protección contra sentencias del Tribunal Constitucional, Corte Suprema, Rol N° 21027-2019, de 7 de octubre de 2019, cons. 5°.

<sup>67</sup> NOGUEIRA (2007), p. 115.

<sup>68</sup> Aunque esta “inmediatez” en parte se haya perdido a nivel de auto acordado, LARROUCAU (2021), p. 147.

<sup>69</sup> NOGUEIRA (2007), p. 118.

<sup>70</sup> NOGUEIRA (2007), p. 119.

<sup>71</sup> NOGUEIRA (2007), p. 118. En el mismo sentido ZÚÑIGA (2007), p. 143.

<sup>72</sup> LARROUCAU (2020), pp. 481- 483. Véase el detalle en LARROUCAU (2021), pp. 145 y ss. En un sentido similar ya GÓMEZ (2005), p. 43.

Entonces, la protección chilena sigue un proceso ambiguo, dirigido a conocer directamente la vulneración de un derecho fundamental, pero sin profundizar en el derecho legislado que rige el conflicto. Bajo esas circunstancias es esperable que la jurisprudencia no esté en condiciones de generar una dogmática de derechos fundamentales<sup>73</sup>, como sí puede hacerlo el TCF que considera casos litigados bajo el derecho ordinario. Por eso, más que reprochar a las Cortes una falta de esfuerzo dogmático<sup>74</sup>, es recomendable aceptar que esto es una consecuencia de la opción institucional adoptada: acciones de tutela de entrada no son aptas – ni sustancial ni procesalmente – para el desarrollo de una jurisprudencia consolidada en materia de derechos fundamentales, por mucho que se entregue la competencia a los tribunales superiores<sup>75</sup>. Es más, asignarle a la tutela de entrada una función que vaya más allá de resolver provisionalmente la urgencia de un caso concreto puede ser contrario al principio de estado de derecho, dado que su estructura unilateral, inquisitiva y sumaria no permite legitimar la restricción definitiva de la libertad del recurrido<sup>76</sup>.

El elemento del recurso de protección que más interesa en el contexto de la subsidiariedad es su relación con otros procedimientos. La acción de protección se consagró como tutela *paralela* al proceder “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” (artículo 20 I *in fine* CPR). Esto se ha leído en el sentido que se deben considerar “correctas las resoluciones de los tribunales que niegan las defensas de los recurridos en virtud de la existencia de otros medios procesales ordinarios para la defensa de los derechos invocados...”<sup>77</sup>. Se podría decir que representa el modelo opuesto de la subsidiariedad del § 90 II LTCF, ya que libera al solicitante de cualquier carga de intentar previamente otras vías de impugnación.

Mencionamos que la función económica de la subsidiariedad alemana permite distribuir el ingreso de causas de forma que la intervención del TCF sea de ultima ratio. Como es de esperar, el paralelismo de la protección chilena ha llevado a ocupar gran parte del trabajo de las Cortes que en principio deberían estar dedicadas a recursos de apelación y casación<sup>78</sup>. No parece adecuado atribuir el problema de sobrecarga a un abuso en la práctica forense de los abogados<sup>79</sup>. Se trata de una consecuencia del diseño institucional: la inexistencia de un presupuesto de subsidiariedad da señales que es lícito y racional (y no abusivo) intentar el uso de este instrumento para una rápida obtención del resultado práctico que los usuarios del sistema quieren alcanzar.

Ante el peligro de que esta tutela de derechos fundamentales – de entrada, cautelar y paralela – inunde a las Cortes de causas y absorba toda litigación ordinaria o administrativa, el sistema ha desarrollado filtros de admisibilidad no contemplados en la norma constitucional. Dado que la subsidiariedad de la protección queda descartada a nivel constitucional, el legislador ha acudido al criterio de alternatividad para alivianar la carga por acciones de protección, regulando tutelas especiales alternativas, en el sentido de accesibles solamente si no se ha interpuesto previamente una acción de protección (así en el art. 485 inciso final del Código del Trabajo, la acción de no discriminación (art. 6 a) de la Ley N° 20.609) y el reclamo tributario (art 155 del Código Tributario)). Un filtro infra-constitucional de adecuación se encuentra en la norma del Auto Acordado 94/2015 que permite declarar inadmisibles la protección cuando no se señalaren hechos que puedan constituir vulneración de las garantías (art. 2 II), una fórmula más controlable que la “manifiesta falta de fundamento” que permitía la inadmisión discrecional bajo el Auto Acordado de 1992 (vigente hasta el 2007)<sup>80</sup>. A nivel jurisprudencial se desarrolló la exigencia de un “derecho preexistente e indubitado”, extraída del carácter de urgencia de la

<sup>73</sup> GÓMEZ (2005), pp. 59 y s.

<sup>74</sup> Así NOGUEIRA (2007), p. 122.

<sup>75</sup> En ese sentido GÓMEZ (2005), pp. 231-236; BORDALÍ (2011), pp. 58 y 70 y s.

<sup>76</sup> ALDUNATE (1999), pp. 239-241.

<sup>77</sup> NOGUEIRA (2007), p. 93.

<sup>78</sup> BORDALÍ (2011), p. 60.

<sup>79</sup> Así, en parte, ZÚÑIGA (2007), p. 133.

<sup>80</sup> Ver críticas en GÓMEZ (2005), p. 93; NOGUEIRA (2007), pp. 106 y s.

tutela, y cuya ausencia significa el rechazo de la protección por ser necesaria una vía judicial de lato conocimiento para resolver el conflicto<sup>81</sup>.

Estos y otros mecanismos han servido como equivalentes funcionales ante la ausencia de una norma de subsidiariedad de la protección. Han generado un mosaico jurisprudencial sobre cómo concebir la relación de la protección con otras acciones, que tras el esfuerzo de reflexión dogmática de LARROUCAU se logró desglosar en supuestos aplicación supletoria, alternativa y preferente, sin lograr superar del todo la dispersión casuística de los criterios<sup>82</sup>.

Vemos entonces que la acción de protección no se pudo sostener, en su pureza, como una tutela paralela. El riesgo de desintegración descrito por ZACHER en caso de que materias de derechos fundamentales se litiguen de forma desligada del derecho legislado, generó la necesidad de corregir el diseño general e implementar, por vía jurisprudencial, la exigencia de filtros de admisibilidad de la protección (o de las tutelas paralelas). Sin embargo, el carácter vago e improvisado de estos criterios hace imposible que el solicitante pueda evaluar previamente la procedencia de la acción, o posteriormente la vía judicial que debería usar para resolver adecuadamente su conflicto.

#### 4.2. La tutela de entrada subsidiaria del artículo 119 PNCP

La propuesta constitucional de 2022 también contempla una acción de tutela (artículo 119 I PNCP) que tiene el carácter de tutela de entrada. Prevé un campo de aplicación incluso más amplio que el del recurso de protección en cuanto carece de restricciones de texto respecto a los derechos tutelados, al sujeto pasivo y al tipo de acto impugnado (salvo resoluciones judiciales). Comparte con el recurso de protección la naturaleza de tutela de urgencia. A nivel orgánico, la competencia se traslada a los tribunales de instancia, quedando la norma con el siguiente tenor:

*“Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal.”*

Si bien se mantiene como una tutela de entrada, las/os Convencionales Constituyentes conocían los problemas asociados a la disponibilidad paralela de la acción de protección del artículo 20 I CPR, lo que se refleja en las justificaciones de las iniciativas que culminaron en la propuesta final.

En primer lugar, los Convencionales tenían claridad sobre el peligro de que una acción de tutela absorba otras áreas de litigación reguladas por el derecho legislado. Como se mencionó arriba (arriba, bajo 2.2), este peligro es propio de la idea de que los derechos fundamentales son normas objetivas, por lo que todo conflicto jurídico puede, a la vez, ser descrito como conflicto de derechos fundamentales. En esa línea, algunas Convencionales destacaron que en su versión actual la protección es “un recurso que distorsiona las demás acciones procesales (los contornos y objeto de la acción son hoy imposibles de delinear) y que origina una jurisprudencia contradictoria y casuística”<sup>83</sup>. En este contexto, también la norma no escrita de subsidiariedad, es decir, la práctica de declarar inadmisibles un recurso de protección por tratarse de una materia propia de un juicio de lato conocimiento, se percibió como atentatoria de la garantía de acceso a la justicia<sup>84</sup>. Estas preocupaciones quedaron plasmada en una norma que adopta un sistema

<sup>81</sup> LARROUCAU (2021), pp. 68-71, con referencias.

<sup>82</sup> LARROUCAU (2021), pp. 101-124.

<sup>83</sup> CSJ (2022a), p. 2. Discusiones al respecto en la Comisión de Sistema de Justicia se encuentran en las actas de las sesiones 44, 60 y 64.

<sup>84</sup> CSJ (2022a), p. 3.

de remisión “débil” como forma de “complementar la actual naturaleza cautelar de la acción de protección”<sup>85</sup> que se encuentra en el artículo 119 III PNCPR.

Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.

En segundo lugar, se optó por abandonar la procedencia paralela de la tutela y hacer explícito un criterio de subsidiariedad respecto a otras acciones en el artículo 119 II PNCPR<sup>86</sup>, con el fin de reforzar el carácter exclusivamente cautelar de la acción<sup>87</sup>:

*“Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.”*

A nivel conceptual se advierte que en un modelo de tutela de entrada este presupuesto de subsidiariedad se configura de forma distinta al de la tutela de cierre de la queja constitucional. El § 90 II LTCF consagra un presupuesto de agotamiento que exige, desde una mirada *retrospectiva*, el ejercicio previo de facultades procesales disponibles de forma diligente. El artículo 119 II PNCPR, en cambio, regula una tutela que es accesible al inicio de iter procesal, por lo que el examen de subsidiariedad exige evaluar de forma *prospectiva* la disponibilidad de vías judiciales alternativas que permitan al solicitante resolver su problema.

En tercer lugar, los Convencionales advirtieron que los derechos fundamentales reflejan normas objetivas que trascienden su dimensión de derecho subjetivo. En consecuencia, prevaleció la idea de integrar un sistema para uniformar jurisprudencia de derechos fundamentales<sup>88</sup> en consideración del *ius constitutionis*. Se tradujo en una apelación *per saltum* ante la Corte Suprema, en el artículo 119 VI PNCPR, en caso de existencia de interpretaciones contradictorias a nivel de Cortes de Apelaciones. Aquí la propuesta incurre en la inconsistencia de quienes intentan asignar una función uniformadora a la acción de protección vigente: no es posible asignarle una función de unificación de jurisprudencia a sentencias que resuelven acciones sumarias de urgencia, por mucho que se le confíe esta tarea a la Corte Suprema.

#### 4.3. La subsidiariedad prospectiva de la acción del artículo 119 PNCPR

Teniendo en cuenta lo revisado respecto a la queja constitucional, podemos ejemplificar sobre la base del artículo 119 PNCPR cómo un manejo adecuado de un requisito de subsidiariedad *prospectiva* permite realizar de mejor forma las funciones orgánica, integradora y económica de una tutela de derechos fundamentales (arriba, bajo 3.3) en un modelo de tutela de entrada. La clave radica en entender el juicio de admisibilidad de una forma que refuerce la jurisdicción ordinaria o administrativa (sea cautelar o declarativa) en su tarea preferente de resguardar los derechos fundamentales. Como reflejó el estudio de la queja constitucional, una tutela subsidiaria significa, a nivel orgánico, que el lugar preferente de la protección de los derechos fundamentales está en el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales ordinarios y especiales llamados a aplicar el derecho legislado, sea que actúen en la vía principal o cautelar. La acción del artículo 119 PNCPR ejemplifica cómo semejante distribución de tareas también es posible en un modelo de tutela de entrada que se auto-comprende exclusivamente como una tutela de urgencia ante todo tipo de actos u omisiones (con excepción de resoluciones judiciales, artículo 119 V PNCPR).

Esta adaptación de una tutela de entrada a las exigencias de la subsidiariedad se logra combinando el presupuesto de subsidiariedad prospectiva (artículo 119 II PNCPR) con un deber de informar el foro adecuado (artículo 119 III PNCPR), quedando el control de admisibilidad de la siguiente forma:

---

<sup>85</sup> CSJ (2022a), p. 3.

<sup>86</sup> En su versión más cercana al texto definitivo, provenía de la iniciativa 880 de 1 de febrero de 2020 (presentada por AMPUERO et al). El tenor es similar al del artículo 86 IV de la Constitución Política de Colombia.

<sup>87</sup> CSJ (2022c), p. 5.

<sup>88</sup> CSJ (2022b), p. 4 s.



- i) Si el relato de la solicitud no da cuenta de urgencia alguna, se puede rechazar, sin más, por inadmisibile al no configurarse la necesidad de que se adopten “de inmediato (...) las providencias (...) necesarias para restablecer el imperio del derecho” (art. 119 I). Aquí no es necesario aplicar el presupuesto de subsidiariedad, ya que la inadmisibilidat se desprende directamente de la naturaleza cautelar de la acción. En este supuesto el tribunal deberá dar cumplimiento al artículo 119 III remitiendo al solicitante al juicio adecuado para resolver su pretensión.
- ii) Si el relato de la solicitud sí da cuenta de una necesidad de protección urgente, la acción de todas formas podría ser inadmisibile por no verificarse el presupuesto de subsidiariedad prospectiva. Hay que tener en cuenta que en este caso la “acción, recurso, o medio procesal” preferente (art. 119 II) debe buscarse en todos los mecanismos cautelares del sistema de justicia (medidas cautelares prejudiciales, interdictos posesorios, reclamos administrativos con efectos suspensivos etc.). Aquí es relevante considerar posibles excepciones a la subsidiariedad, como lo hace la última oración del artículo 119 II PNCPR. Según esta norma, la disponibilidad de otras vías cautelares no debería acarrear la inadmisibilidat de la acción de tutela cuando la vulneración “por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable”. Si hay vías cautelares preferentes y no aplica dicha excepción, el tribunal debe rechazar la solicitud por inadmisibile y dar cumplimiento a su deber del artículo 119 III, remitiendo al solicitante al procedimiento cautelar adecuado para el resguardo de los bienes jurídicos amenazados.
- iii) Fuera de estos dos supuestos, la acción se debe declarar admisible y resolverse en su mérito, es decir, evaluar si, más allá del relato, es efectiva la “amenaza, perturbación o privación” en el “legítimo ejercicio” de los derechos fundamentales del solicitante (art. 119 I). Este examen puede terminar en una sentencia favorable al solicitante, en cuyo caso el tribunal cumple el deber de remisión indicando cuál es el proceso de cognición adecuado para resolver el conflicto con fuerza de cosa juzgada material. Si, en cambio, la actividad de esclarecimiento sumario propio de este procedimiento de tutela (art. 119 I, última oración) arroja que no es efectiva la existencia de una vulneración de derechos fundamentales, se debe rechazar la acción por falta de mérito. En este caso, el deber de remisión se cumple indicando un procedimiento que permita un esclarecimiento más acabado para resolver el conflicto.

## 5. Conclusiones

1. El derecho constitucional de tradición alemana se ha movido hacia una idea de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Esto significa que los derechos fundamentales no solo consagran derechos subjetivos, sino también normas objetivas que se realizan a través del derecho legislado. El derecho procesal debe tomar en consideración este vuelco para una adecuada comprensión de la tutela judicial de derechos fundamentales.
2. Una forma de hacerlo es distinguiendo dos modelos de protección judicial de derechos fundamentales: una tutela judicial de entrada y una tutela judicial de cierre. La *tutela de entrada* ofrece protección judicial sobre la base de relatos de afectación directa de derechos fundamentales, prescindiendo de categorías de derecho legislado. En cambio, la *tutela de cierre* de derechos fundamentales ofrece protección judicial solamente respecto a casos litigados previamente bajo categorías de derecho legislado.
3. En ambos modelos la relación entre la tutela judicial de derechos fundamentales y el resto de la judicatura se puede regular mediante el criterio de *subsidiariedad* como presupuesto de admisibilidat.

4. Una tutela de cierre, cuya expresión más influyente se encuentra en la queja constitucional alemana, opera bajo un presupuesto de subsidiariedad *retrospectivo* que exige agotar la vía judicial antes de acceder al Tribunal Constitucional Federal.
5. Una tutela de entrada, en cambio, tiene dos opciones para regular su relación con los procedimientos de la judicatura ordinaria. Puede prescindir de exigencias de subsidiariedad y mantener la tutela de derechos fundamentales como mecanismo *paralelo* a la justicia ordinaria (así nuestro recurso de protección, art. 20 I CPR, *in fine*) o puede consagrar una subsidiariedad *prospectiva* como presupuesto de admisibilidad, condicionando el acceso a la tutela – no al agotamiento de otras vías judiciales – sino a la no-disponibilidad de otras vías judiciales como presupuesto de admisibilidad (así la acción de tutela en el art. 119 II PNCPR).
6. Una tutela de cierre con subsidiariedad retrospectiva es más prometedora al momento de conciliar la vigencia objetiva de los derechos fundamentales con la seguridad jurídica respecto a su interpretación. Pero asumiendo la preferencia por un sistema de tutela de entrada propia de la tradición constitucional latinoamericana, es preferible consagrarla como tutela de con subsidiariedad prospectiva, entregando así a los procesos ordinarios o especiales encargados de aplicar derecho legislado (proceso civil, laboral, de familia, administrativo, etc.) la competencia preferente para tutelar los derechos fundamentales mediante una aplicación del derecho conforme a ellos, sea en procedimientos de lato conocimiento o de urgencia.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (1999): “La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, en: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (Vol. XX), pp. 225-242.

ALEXY, ROBERT (2002): “Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Vol. 61), pp. 7-33.

BUNDESTAG (1950): “Proyecto de ley que regula el Tribunal Constitucional Federal”, en: BReg. 28.3.1950, BT-Drs. 1/788. Disponible en: <https://dserver.bundestag.de/btd/01/007/0100788.pdf> [visitado el 21 de diciembre de 2022].

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, JAHRESBERICHT (2021): “Informe anual 2021”. Disponible en: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Presse/jahresberichte/jahresberichte.html> [visitado el 21 de diciembre de 2022].

BETHGE, HERBERT (2021): “Kommentierung zu § 90”, en: Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Franz y Bethge, Herbert (Eds.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar (München, C.H.Beck). Disponible en: <https://beck-online-beck-de> [visitado el 21 de diciembre de 2022].

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG (1990): “Grundrechte als Grundsatznormen”, en: Der Staat (Vol. 29, No. 1), pp. 1-32.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS (2009): “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en: Bordalí Salamanca, Andrés (Coord.), Justicia constitucional y derechos fundamentales (Santiago, Legal Publishing) pp. 33-65.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS (2011): “El recurso de protección chileno al banquillo”, en: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (Año V, N° 27), pp. 56-71.

BOROWSKI, MARTIN (2018): Grundrechte als Prinzipien, 3ª edición (Baden Baden, Nomos).

COMISIÓN DE SISTEMAS DE JUSTICIA (2022a): “Indicación 803 (presentada por ABARCA et al.), 1 de febrero de 2022”. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/iniciativas-normas/> [visitado el 21 de diciembre de 2022].

COMISIÓN DE SISTEMAS DE JUSTICIA (2022b): “Indicación 817 (presentada por CÉSPEDES et al.), 1 de febrero de 2022”. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/iniciativas-normas/>, [visitado el 21 de diciembre de 2022].

COMISIÓN DE SISTEMAS DE JUSTICIA (2022c): “Indicación 880 (presentada por AMPUERO et al.), 1 de febrero de 2022”. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/iniciativas-normas/>, [visitado el 21 de diciembre de 2022].

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL (2022): “Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 4 de julio 2022”. Disponible en <https://www.chileconvencion.cl/normas-aprobadas-pleno/> [visitado el 21 de diciembre de 2022].

EPPING, VOLKER (2019): *Grundrechte*, 8ª edición (Berlin, Springer).

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR (1981): “The Writ of Amparo in Latin America” en: 13 U. Miami Inter-Am. L. Rev. (Vol. 13, Nº 3), pp. 361-391.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR (1988): “La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano”, en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (Nº 8), pp. 7-64.

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS; BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS Y CAZOR ALISTE, KAMEL (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en: *Revista de Derecho, Universidad Austral* (Vol. XIV), pp. 67-81.

FORSTHOFF, ERNST (1994): “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes” en: Barion, Hans; Forsthoff, Ernst; Weber, Werner ( Eds.), *Festschrift für Carl Schmitt*, 3ª edición (Berlin, Dunker & Humblot), pp. 35-62.

GÓMEZ BERNALES, GASTÓN (2005): *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones UDP Facultad de Derecho).

HAU, WOLFGANG (2008): “Was versteht man unter Zulässigkeit und Begründetheit, und wie verhält sich das eine zum anderen?”, en: *Zeitschrift für das juristische Studium* (Nº 1/2008), pp. 33-40.

HERNÁNDEZ RAMOS, MARIO (2010): “El Tribunal Constitucional Federal alemán aún en la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 88), pp. 83-130.

KLEIN, OLIVER Y SENNEKAMP, CHRISTOPH (2007): “Aktuelle Zulässigkeitsprobleme der Verfassungsbeschwerde”, en: *Neue Juristische Wochenschrift* (Vol. 60, Nº 14), pp. 945-956.

LARROUCAU TORRES, JORGE (2020): “La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 47, Nº 2), pp. 479-511.

LARROUCAU TORRES, JORGE (2021): *La tutela judicial de los derechos fundamentales* (Santiago, DER Ediciones).

MOTZER, STEPHAN (1978): *Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG* (Münster, Dissertation).

NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO (2007): “El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano” en: *Ius et Praxis* (Vol. 13, Nº 1), pp. 75-134.

- PALOMO VELÉZ, DIEGO (2003): “Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado” en: *Ius et Praxis* (Vol. 9, N° 2), pp. 133-159.
- RENNERT, DOMINIK (2014): “Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung – Zu „Lüth“ und den Eigenheiten Bundesrepublikanischer Grundrechtstheorie“, en: *Der Staat* (Vol. 53, N° 1), pp. 31-59.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO (1982): “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (N° 4), pp. 35-67.
- SCHERZBERG, ARNO (2009): “Individualverfassungsbeschwerde”, en: Ehlers, Dirk y Schoch, Friedrich (Eds.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht* (Berlin, De Gruyter), pp. 271-342.
- SCHLAICH, KLAUS Y KORIOTH, STEFAN (2021): *Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidung*, 12ª edición (München, C.H.Beck).
- SCHUPPERT, GUNNER FOLKE Y BUMKE, CHRISTIAN (2000): *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung – Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts* (Baden Baden, Nomos).
- TARUFFO, MICHELE (2005): *El vértice ambiguo - Ensayos sobre la Casación civil* (Traducc. Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez, Lima, Palestra Editores).
- VON BÜLOW, OSCAR (1868): *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen* (Gießen, Verlag von Emil Roth).
- WARMKE, REINHARD (1993): *Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde* (Berlin, Duncker & Humblot).
- WIENBRACK, MIKE (2013): *Einführung in die Grundrechte* (Wiesbaden, Springer Gabler).
- ZACHER, HANS F. (1976): “Die Selektion der Verfassungsbeschwerden - Die Siebfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers” en: Starck, Christian (Ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Tübingen, J.C.B.Mohr), pp. 397-431.
- ZUCK, HOLGER Y EISELE, REINER (2022): *Das Recht der Verfassungsbeschwerde* (München, C.H.Beck).
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2007): “El recurso de protección y sus límites. A propósito de las ‘cuestiones técnicas’”, en: *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte* (Año 14, N° 2), pp. 131-157.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- TCF, 1 BvR 400/51, 15 de enero de 1958.
- TCF, 1 BvR 475/78, 10 de octubre de 1978.
- TCF, 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/7, de 1 de marzo de 1979.
- TCF, 1 BvR 385/77, de 20 de diciembre de 1979.
- TCF, 1 BvR 1494/78, 20 de junio de 1984.
- TCF, 1 BvR 547/89, 18 de febrero de 1991.
- TCF, 1 BvR 2116/94, 18 de enero de 1996.
- TCF, 2 BvR 817/90, 30 de abril de 1997.
- TCF, 1 BvR 1613/94 27 de abril de 1999.

TCF, 1 BvR 256/97, 27 de abril de 2000.

TCF, 1 BvR 1712/01, 7 de octubre de 2003.

TCF, 1 BvR 3080/09, 11 de abril de 2018.

CONFEDERACIÓN NACIONAL DE FUNCIONARIOS CON TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019): Corte Suprema 7 de octubre de 2019 (Recurso de Protección), Rol N° 21027-2019, en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>.

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. Bundesgesetzblatt, 23 de mayo de 1949.

GESETZ ÜBER DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Bundesgesetzblatt, 11 de agosto de 1993.

DECRETO 778, promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos adoptado por la Asamblea General de la Organizacion de las Naciones Unidas por resolucion N° 2.200, 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Diario Oficial, 29 de abril de 1989.

DECRETO 873, aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Diario Oficial, 5 de enero de 1991.

DECRETO 100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

LEY 18971, establece recurso especial que indica. Diario Oficial, 10 de marzo de 1990.