

VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA: RECURSO DE PROTECCIÓN Y DE AMPARO ESPAÑOL. UN ANÁLISIS COMPARADO

Diego Palomo Vélez (*)

RESUMEN

En este trabajo se aborda uno de los puntos más problemáticos que presenta el recurso de protección chileno: La cuestión de los tribunales de justicia como sujeto pasivo de la acción constitucional de protección. La perspectiva que se toma es comparada y liga con el recurso de amparo constitucional español, donde a partir de la identificación de las diferencias se arriba a conclusiones, que sólo permiten admitir la vía del recurso de protección en casos derechamente excepcionales que escapen de la eficacia del sistema de recursos normal que contempla el ordenamiento procesal. I.- Presentación; II.- Planteamiento general; III.- Estado de la discusión en el caso chileno; IV.- Estado de la cuestión en el caso español (a propósito de su recurso de amparo constitucional); V.- Encuadre. Nuestra tesis. VI.- Conclusiones.

(*) Instructor de Derecho Procesal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. El trabajo forma parte de un proyecto de investigación titulado "La acción de protección chilena y el recurso de amparo español como instrumentos procesales de garantía reforzada de ciertos derechos y libertades fundamentales: Un estudio comparado". Coinvestigadores del proyecto son los profesores Humberto Nogueira A., de la Universidad de Talca, y Raúl Canosa U., de la Universidad Complutense de Madrid. Financiamiento del mismo corresponde a la Dirección de Investigación y Asistencia Técnica de la Universidad de Talca (DIAT). Resolución N° 625, de 24 de diciembre de 2002.

Artículo recibido el 11 de septiembre de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 10 de octubre de 2003.
Correo electrónico: dpalomo@utalca.cl.

Derecho procesal constitucional, recurso de protección, recurso de amparo español, derechos fundamentales, legitimación pasiva.

ABSTRACT

This paper tackles one of the most problematic aspects of the Chilean appeal for the protection of constitutional rights, namely, whether the appeal can be filed against court decisions. The Chilean appeal is compared to a Spanish similar recourse, and from the identification of the differences in this point between Chilean and Spanish a thesis is advanced according to which the appeal for the protection of constitutional rights can be filed against judicial decisions only in exceptional cases.

Constitutional procedural law, appeal for the protection of constitutional rights (Chile), appeal for the protection of constitutional rights (Spain), constitutional rights, grounds for appeals.

I. PRESENTACIÓN

El tema que se aborda en las siguientes líneas corresponde a uno de aquéllos que ofrecen más discusión en lo que se refiere a la acción de protección chilena¹. Me refiero a la cuestión que se suscita a propósito de la procedencia o improcedencia del recurso de protección **contra resoluciones judiciales**.

Más claramente, el presente trabajo liga con aquella discusión que discurre en torno a los jueces y tribunales de justicia como posibles sujetos pasivos de la referida acción constitucional del artículo 20 de la Constitución Política chilena (CCh) que aporta lo suyo al no discriminar expresamente en cuanto al tipo de autoridad pública contra la cual puede dirigirse el recurso². En otras palabras, me referiré al debate - abierto en conjunto con la creación de la acción de protección - sobre la opción de que las violaciones a los

¹ No se crea que trata de una discusión meramente doctrinal que se brinda sólo en el confortable plano de las ideas. Trátase (de allí su notable importancia) de un debate que se sostiene permanentemente en el terreno forense, donde el correlato que ofrece la jurisprudencia de los tribunales de protección es parte muy importante del análisis que se quiera realizar del tema.

² Se señala que si la Constitución nada dice al respecto es porque el perturbador o violador de los derechos y libertades fundamentales puede ser cualquier autoridad u otro particular.

derechos fundamentales que provengan de los **tribunales de justicia** sean susceptibles de ser recurridas a través de la privilegiada vía de la protección.

Ahora bien, intentando superar la visión algo autorreferente que ha caracterizado el tratamiento del recurso de protección en Chile, situamos el análisis del tema en un plano comparado. En esta perspectiva comparada, estimo, es posible lograr algunas luces que la doctrina nacional no ha logrado obtener³.

La mira se apunta al sistema jurídico español y **su recurso de amparo constitucional**, símil (con importantes diferencias por cierto) de nuestro recurso de protección. Ambos comparten la misma naturaleza fundamental, cual es, ser instrumentos procesales de tutela reforzada frente a la violación de derechos y libertades fundamentales.

La opción en este estudio por la acción de amparo español se justifica en que a su respecto, como se revisará, resulta indiscutible la procedencia con relación a lesiones de derechos fundamentales de contenido procesal provenientes de los tribunales de justicia. Interesa, entonces, averiguar dónde se sustentan las diferencias que permiten sostener la afirmativa en el modelo español y mantener inmensas dudas en lo que se relaciona con el modelo de protección chileno.

A partir de este análisis comparado se extraen algunas conclusiones que aspiran aportar a la discusión local un nuevo punto de vista.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

La cuestión que abordamos se vincula con un punto absolutamente esencial, cual es, la necesidad de tutela jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales⁴. Con razón se ha señalado que el valor real de los derechos, su eficacia vinculante, se

³ Mención honrosa en: Paillas, Enrique. 1990. **El recurso de protección ante el derecho comparado**. Santiago: Ed. Jurídica de Chile. Con todo, su estudio no alcanza a vincular los problemas del recurso de protección chileno con soluciones provenientes desde el derecho comparado.

⁴ Algunos hablan, incluso, de la “nueva edad” de las garantías jurisdiccionales, o “amor” por ellas, lo que postulan como verdadero nuevo paradigma Véase: Morello, Augusto. 2001. **El proceso civil moderno**. La Plata: Librería Editora Platense, p. 40. Morello, Augusto, 1998. **Constitución y Proceso, la nueva edad de las garantías jurisdiccionales**. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, p. XV. Ferrajoli, Luigi. 1999. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Madrid: Ed. Trotta.

mide precisamente por la extensión e idoneidad de sus garantías y no por la mayor o menor solemnidad con que se proclaman⁵.

Y la tutela que se les reserva no es cualquiera. Es una **supertutela**, también denominada por la doctrina como protección reforzada o privilegiada. De hecho, uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar el significado real de los derechos fundamentales es el gozar de un régimen de protección jurídica reforzada⁶.

Pues bien, esta situación a que hago referencia tiene su correlato normativo constitucional básico y fundamental en los artículos 20 y 53.2 de las Constituciones chilena y española (CE) respectivamente. En efecto, sabemos que el artículo 20 en comento recoge la acción de protección nacional. A su turno, el artículo 53.2 (en relación con los artículos 161.1, letra b) y 162.1, letra b) de la CE contempla al recurso de amparo español.

Reconociendo la importancia de la materia, y constatando que tanto el sistema chileno como el español consagran sendos instrumentos de amparo para hacer frente a las violaciones de derechos o libertades fundamentales, cabe plantear en general la cuestión que amerita estas líneas.

Con este propósito, corresponde realizar la primera puntualización. De entrada, señalar que ambos sistemas dan cuenta (especialmente el chileno), en lo que se refiere a sus acciones de amparo, de **legitimaciones**⁷ bastante amplias (salvo algunas excepciones cuyo tratamiento no es factible ni corresponde abordar en este

⁵ Bilbao, Juan. 1997. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 40.

⁶ Pérez, Antonio. 1995. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Ed. Tecnos, Sexta edición, p. 65.

⁷ La legitimación, en el orden procesal, necesariamente se relaciona con el concepto de acción. De hecho, no se concibe acción sin legitimación activa y pasiva o, lo que es lo mismo, sin sujetos activo y pasivo. La legitimación se configura como el reconocimiento que el derecho hace a una persona de la posibilidad de ejercitar y mantener con eficacia una pretensión procesal determinada, o de resistirse a ella eficazmente. Véase: Chiovenda, Giuseppe (Traducción de Emilio Gómez O.). 1948. **Instituciones de Derecho procesal civil**. Madrid. Revista de Derecho Privado: Tomo I, pp. 19-20. Calamandrei, Piero (Traducción de la segunda edición italiana de Santiago Sentís M.). 1962. **Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código**. Buenos Aires. EJE: Tomo I, pp. 259 y 261-268. Interesantes notas sobre la legitimación en: Córdón, Faustino. 1998. "Sobre la legitimación en Derecho procesal". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, N° 2, pp. 357-385.

trabajo⁸), tanto en lo que se relaciona con la dimensión activa como pasiva de las mismas.

Pero más allá de esta regla general que puede levantarse respecto de estos instrumentos procesales de garantía reforzada, me interesa centrar la atención en nuestro sistema nacional en un punto que siempre ha causado conflictos⁹ y que se vincula con la legitimación pasiva en el recurso de protección. ¿Procede la acción de protección en contra de las acciones u omisiones de los órganos jurisdiccionales que vulneren derechos fundamentales de contenido procesal?

Y la cuestión no resulta para nada simple, a pesar del marcado entusiasmo de algunos autores¹⁰. No se trata, como se ha pretendido presentar la cuestión, de estar o no de acuerdo con la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales garantizadas constitucionalmente. Tampoco se trata de negar, de entrada, la procedencia de estas especialísimas acciones constitucionales, por el sólo hecho de tratarse de violaciones o lesiones provenientes de los tribunales de justicia.

Al contrario, me sostengo - en lo que en adelante viene - en la necesidad del control privilegiado que supone el ejercicio correcto de estos recursos. Es esa nuestra carta de navegación, pero ello no puede impedir analizar con **rigurosidad** la efectiva posibilidad de procedencia de la acción de tutela chilena en las hipótesis enunciadas. Más aún,

⁸ En lo que se relaciona con el sistema chileno, desde un comienzo ha sido pacífica la exclusión del legislador como sujeto pasivo de la acción de protección. Tratándose de la ley, se señala, existe el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Y en lo que se vincula con el sistema jurídico español, la discusión con relación a la procedencia de la acción de amparo constitucional respecto de violaciones provenientes de simples particulares. Sólo corresponde señalar que se ha planteado una vía indirecta por la cual se permite recurrir en contra de tales violaciones al imputar a los tribunales de justicia la lesión causada originariamente por los particulares. Véase, entre muchos otros: Cascajo, José; Gimeno, Vicente. 1988. **El recurso de amparo**. Madrid: Ed. Tecnos, Segunda edición, pp. 130-132; Ferrer, Eduardo. 2002. **La acción constitucional de amparo en México y España**. México D.F.: Ed. Porrúa, Tercera edición, pp. 213 y ss; Fernández, Germán. 1994. **El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional**. Madrid, Ed. Marcial Pons, p. 41; Córdón, Faustino. 1992. **El proceso de amparo constitucional**. Madrid: Ed La Ley, segunda edición actualizada, pp. 146 y ss. Extensamente: Bilbao, Juan. **La eficacia de los derechos (...)**. Op. Cit., pp. 135 y ss.

⁹ Lo reconoce el propio Soto señalando a éste como uno de los temas en protección que más ha demorado en afinarse y adquirir homogeneidad. Soto, Eduardo. 1999. "Comentario: Recurso de protección ante resoluciones judiciales, embargabilidad de bienes municipales y protección de los derechos de funcionarios públicos". *Revista Ius Publicum*. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás. N° 2, p. 235.

¹⁰ Me refiero aquí a la doctrina más citada: Soto, Eduardo. 1982. **El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia**. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, pp. 333-363.

cuando las conclusiones a las cuales se puede arribar en esta materia son delicadas y pueden contribuir con el proceso de desgaste y desperfilamiento que actualmente afecta al recurso de protección.

III. ESTADO DE LA DISCUSIÓN EN EL CASO CHILENO

Ya algo hemos adelantado. El tema de la procedencia o improcedencia del recurso de protección en contra de resoluciones judiciales se alza como **uno de los principales puntos de desencuentro** en lo que respecta al tratamiento doctrinal y jurisprudencial realizado en torno a la citada acción de amparo nacional.

No sólo causa recelo y aprehensión (principalmente de tipo corporativo) el considerar como sujetos pasivos a los jueces o tribunales de justicia. Complican también las alteraciones y trastornos que podrían causarse en el mecanismo de las instituciones de nuestro sistema procesal y judicial. Específicamente, en lo que se refiere a nuestro sistema de impugnaciones o recursos procesales. En este entendido, una parte importante de la doctrina nacional ve con bastante **cautela** la posibilidad de empleo del recurso de protección en estos casos. Lo propio acontece en la **jurisprudencia** emanada de los tribunales de protección.

En efecto, se ha fallado variadamente que las resoluciones judiciales no están incluidas en la expresión “actos” a que se refiere el artículo 20 de la CCh, que ya se ha producido respecto de ellas el efecto de la cosa juzgada, que el recurso de protección constituye una vía extraordinaria y de aplicación estricta sólo en aquéllas situaciones que reúnen los requisitos de la norma constitucional, que siendo un procedimiento de emergencia no fue diseñado como un medio específico de impugnación, que admitir tal posibilidad implicaría alterar las reglas de competencia, y que el asunto ya se encuentra bajo el imperio del Derecho¹¹. Tales razones o fundamentos han servido a los tribunales tanto para declarar la inadmisibilidad de los recursos como, derechamente, su improcedencia, según el caso.

Quizá el argumento más recurrido sea aquel de que transformar al recurso de protección en un medio de impugnación de resoluciones dictadas en un proceso judicial

¹¹ Una recopilación de jurisprudencia respecto de estos puntos en: Pérez, Myriam; Riquelme, Marcela. 1998. “El recurso de protección ante agravios producidos por las resoluciones judiciales: Análisis jurisprudencial”. *Memoria de grado*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

que opera por el imperio del Derecho no hace otra cosa que trastornar el mecanismo propio de las instituciones jurídicas de nuestro sistema procesal. Y, peor aún, desgasta la acción constitucional de amparo en escenarios que no le empecen y para los cuales no está, por regla, llamada a participar.

Empero, se agrega, lo anterior no implica negar su procedencia en casos directamente límites, **de extraordinaria gravedad**. Así lo han fallado los tribunales, por ejemplo, acogiendo recursos de protección en la convicción de que “una resolución judicial es manifiestamente ilegal por exceder la atribución normativa que la habilita para actuar y que afecta con ello derechos de terceros”¹², o “en ciertos casos límites en que la ilegalidad o arbitrariedad es manifiesta y las consecuencias que ella produce no se pueden superar por otros remedios procesales”¹³. Lo propio ha acontecido “cuando conduzca a una denegación o dilación de justicia, o a un agravio irreparable”¹⁴.

Más aún, en aquellos casos donde el recurso de protección se intenta por quien no ha sido parte en el proceso judicial respectivo no merece dudas la procedencia. No corresponde hacer soportar el imperio jurisdiccional a quien no ha sido parte del pleito en que se dictó la sentencia, por lo que en dichos casos procede también la acción de protección, siempre que la ilegalidad o arbitrariedad concurren.

Otra parte de la doctrina (y parte de la jurisprudencia) asumen que el recurso de protección resulta **plenamente procedente** en contra de resoluciones judiciales que vulneren derechos o libertades fundamentales. Como principal apoyo a su tesis señalan que la norma del artículo 20 de la Carta fundamental **nada señala expresamente** en torno a la improcedencia de la acción constitucional en contra de actuaciones u omisiones cometidas por los jueces o tribunales de justicia en el curso de la tramitación de un proceso. De hecho, el precepto constitucional no formula tal discriminación, sino que habla en general de acciones u omisiones, sin especificar si provienen de autoridades públicas o de personas privadas, lo que en ningún caso autorizaría a excluir a la autoridad judicial como sujeto pasivo de la acción de tutela.

¹² C. Concepción, 08.03.84, RDJ, t. LXXX, N° 2, p. 52; C.S., 26.06.86, RDJ, t. LXXXIII, N° 2, p. 123; C.S., 05.05.87, RDJ, t. LXXXIV, N° 2, p. 181.

¹³ C. Santiago, 08.04.86, RGJ, N° 70, p. 51.

¹⁴ C.S., 16.04.86, RFM, N° 329, p. 115.

Además, se agrega que no es cierto que los jueces o tribunales de justicia no puedan incurrir en ilegalidades o incluso arbitrariedades, debiendo recordarse que la propia CCh se pone en esa posibilidad y establece un derecho a indemnización del afectado en el proceso penal por errores judiciales (artículo 19 N°7, letra i).

A lo anterior suman la siguiente idea. No siempre es posible obtener la reparación oportuna y efectiva del menoscabo de las garantías constitucionales del proceso por la vía de los recursos en el propio proceso judicial en que se ha producido la violación, por lo que no es exacto tampoco que tales actuaciones se encuentren bajo el imperio del Derecho y sean siempre susceptibles de ser remediadas y corregidas a través de ellas.

Pues bien, la jurisprudencia nacional ha tenido **vaivenes** en la materia, lo que no le ha impedido - en el último tiempo - pronunciarse a favor de la procedencia del recurso de protección en contra de resoluciones judiciales, pero siempre tratándose de casos de manifiesta vulneración de derechos. Con todo, algunos autores nacionales abogan porque la vía de la acción de protección también se expanda y consolide en estas materias. Entre ellos SOTO¹⁵ y CAROCCA¹⁶.

IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL CASO ESPAÑOL (A PROPÓSITO DE SU RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL)

Nuestro análisis es comparado, lo adelanté. Para ello, recorro a un sistema jurídico constitucional que no obstante poseer una vigencia similar al nuestro (la CE es de 1978) ha mostrado y demostrado un desarrollo inmensamente superior, especialmente en lo que dice relación con la tutela o protección reforzada de derechos y libertades

¹⁵ Soto, Eduardo. 2003. "La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia, 1977/2002)". *Revista Ius Publicum*, Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás. N° 10, pp. 76-77.

¹⁶ Carocca, Alex. 1997. **Derechos humanos y Derecho civil: perspectiva procesal**. Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Nacional: Corporación de Promoción Universitaria, Proyecto Apoyo al mejoramiento de la justicia, pp. 85 y ss. Este autor, lejos de cerrarse a esta vía, insta por su apertura. Si se estima que ello puede provocar una explosión de recursos de protección, lo que debe hacerse, argumenta, es procurar restringir que se sigan ventilando en esa sede cuestiones contenciosas administrativas, en que invariablemente el derecho alegado es el de propiedad, que como derecho fundamental a veces da origen a cuestiones de menor urgencia que las que puedan derivarse de la violación de otros, incluyendo los procesales, procurando que se reconduzcan a procedimientos de lato conocimiento.

fundamentales¹⁷. Me refiero al sistema de justicia constitucional español.

1) Amparo ordinario y recurso de amparo constitucional. Explicación necesaria.

De entrada, lo primero que debemos anotar en torno a la tutela de los derechos fundamentales en el sistema español, es que dicha protección se encuentra encomendada - **con carácter general y previo** - a la jurisdicción ordinaria, vale decir, a los tribunales ordinarios de justicia.

Efectivamente, así lo dispone el artículo 53.2 de la CE que prescribe que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”. Sólo “en su caso” procede el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC).

De la citada norma se colige la existencia de dos tipos o clases de amparo en el sistema jurídico español. Uno ordinario y el otro extraordinario, por así denominarlos. El primero tiene lugar ante los órdenes jurisdiccionales distintos de la jurisdicción constitucional (jurisdicción ordinaria); el segundo se desempeña ante el TC, recibiendo la denominación de recurso de amparo (artículo 53.2 CE) o recurso de amparo constitucional (Ley orgánica del TC, o LOTC). Es precisamente este último el punto de comparación que se busca.

Complementando lo anterior y muy vinculado a la norma del artículo 53.2 se encuentra el artículo 161 letra b) de la CE que junto con declarar que el TC tiene jurisdicción en todo el territorio español, prescribe que éste es competente para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la CE, “en los casos y en las formas que la ley establezca”.

Algo debe quedar claro. La tutela de los derechos y libertades fundamentales se encarga, **en forma primaria**¹⁸, a los tribunales ordinarios a quienes se reconoce como

¹⁷ Mucho tiene que ver en esto la configuración y diseño del tribunal de protección en uno y en otro sistema. En otro trabajo, próximo a publicarse, me hago cargo de las dificultades que ha aparejado la ausencia de un órgano de cierre que se alce como máximo guardián o custodio de la Constitución.

¹⁸ De hecho, se defiende a la jurisdicción ordinaria como sede natural (habitual) de la tutela de los derechos fundamentales. Carrillo, Marc. 2001. “La jurisdicción constitucional española y el caso chileno”. *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*. Valdivia. Vol. XII, Agosto, pp. 84 y ss.

los **primeros garantes** de los mismos¹⁹. Como lo ha señalado el propio TC, se trata de la **primera línea de defensa** de los derechos y libertades fundamentales²⁰. La CE precisa que dicha tutela se materializará mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad²¹, procedimiento aún no desarrollado por lo que se ha entendido que la vía judicial previa se configura a través del proceso contencioso-administrativo ordinario previsto en la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 1956, o del proceso configurado en la Sección segunda de la Ley 62/1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Ambos amparos, ordinario y extraordinario, se articulan - no sin problemas en el plano práctico - bajo el **principio de subsidiariedad**²². Es ese el sentido que cabe dar a las expresiones “en su caso” del artículo 53.2 y “en los modos y formas que la ley establezca” del artículo 162 de la CE. Conviene anotar que el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional supone que en prácticamente todos los supuestos sobre los cuales el TC deba pronunciarse ya existe una sentencia previa de otro órgano jurisdiccional.

El agotamiento de la vía judicial previa se alza, entonces, como un presupuesto procesal que, por regla, se establece como un elemento insalvable para quien pretenda interponer el recurso de amparo constitucional²³. Existe alguna hipótesis de excepción, que no analizaremos en este trabajo, donde el acceso es derechamente directo.

¹⁹ Así lo reconoce en forma prácticamente unánime la doctrina española. Véase, a modo de ejemplo: Jiménez, Javier. 1999. **Derechos fundamentales: Concepto y garantías**. Madrid: Ed. Trotta, pp. 90 y ss; Ramos, Francisco. 1995. **El sistema procesal español**. Barcelona: Ed. Bosch, pp. 126-128; Cascajo, José; Gimeno, Vicente. 1988. **El recurso de (...)**. Op. Cit., 158 y ss.; Carrillo, Marc. 1995. **La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, pp. 45 y ss.

²⁰ STC 134/1995, de 25 de septiembre.

²¹ Véase: Carrillo, Marc. **La tutela de los (...)**. Op. Cit., pp. 49 y ss.; Carrillo, Marc. 1992. “La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario (La Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona)”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 11, pp. 83 y ss.

²² No existe, en el caso chileno, esta articulación sucesiva y escalonada de las jurisdicciones ordinaria y constitucional que se observa en España en punto a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

²³ Debe el ciudadano acudir en primer lugar al juez legal ordinario en procura de la protección o tutela; sólo una vez que no la obtenga en aquella sede estará habilitado y facultado para recabarla del TC, precisamente a través del recurso de amparo constitucional. González, Juan. 2001. **Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español: 1981-2000**. Madrid: Ed. Civitas, p. 216.

2) Legitimación pasiva de los jueces o tribunales de justicia en el recurso de amparo constitucional

¿Contra quién se dirige la acción constitucional de amparo? Trátase, al igual que nuestra acción de protección²⁴, de un proceso constitucional que se forma por dos partes, y el tribunal (TC) que resuelve, al igual que lo que acontece en todo proceso. El recurso de amparo constitucional se dirige, en principio, contra los poderes públicos, sean estatales, autonómicos, o locales. Más claramente, el recurso de amparo protege a los ciudadanos frente a vulneraciones de derechos y libertades fundamentales imputables a los **poderes públicos** (legislativo, ejecutivo y judicial)²⁵.

Especial interés reviste para los efectos de este trabajo la solución que se brinda a las **violaciones provenientes de los jueces o tribunales de justicia**. Si bien la CE guarda silencio en estas materias, es la LOTC la que precisa el punto.

Primero señala que el recurso de amparo procede frente a violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado (artículo 41.2 LOTC).

Ahora bien, en lo que se relaciona concretamente con las lesiones provenientes del Poder judicial, la LOTC se hace cargo de modo expreso de la hipótesis en su **artículo 44**. La norma alude a las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión²⁶ judicial. Se trata de violaciones producidas **dentro del proceso** por jueces o tribunales. He aquí el dato decisivo y fundamental que singulariza la previsión del artículo 44. El órgano al que se imputa la acción u omisión lesiva (presuntamente lesiva para ser más precisos) del derecho o libertad fundamental es un órgano judicial²⁷.

²⁴ Seguimos aquí la posición minoritaria: Bordalí, Andrés. 1999. "El proceso de protección". *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*. Valdivia. Vol. X, Diciembre, pp. 43 y ss.

²⁵ Fernández, Germán. **El recurso de amparo** (...). Op. Cit., p. 40. El autor da cuenta de numerosa jurisprudencia en este sentido.

²⁶ La doctrina española resalta el hecho que para la hipótesis de lesiones provenientes del Poder judicial se abra la posibilidad de recurrir de amparo en contra de omisiones, lo que no acontece en el resto de los casos donde la acción de amparo queda reservada para los actos.

²⁷ Fernández, Germán. **El recurso de amparo** (...). Op. Cit., p. 159.

Se destaca el origen inmediato y directo que debe tener la vulneración del derecho o libertad en un acto u omisión de un órgano judicial. Sin embargo, a través de una interpretación jurisprudencial bastante amplia, se ha posibilitado que este cauce procesal del artículo 44 se abra para cobijar el amparo constitucional frente a vulneraciones o conculcaciones producidas inicialmente por particulares²⁸.

Pues bien, la hipótesis que se comenta no está ajena al **principio de subsidiariedad** sobre el cual se afirma la tutela jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales en el sistema de justicia constitucional español²⁹. Al contrario, en ella radica la versión más fuerte del mencionado principio.

Antes de seguir, una aclaración importante. El proceso de amparo ante el TC no se configura como una continuación del proceso incoado ante la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción constitucional de amparo no es una tercera instancia judicial; tampoco se trata de una especie de recurso de casación o revisión. De hecho, no le corresponde al TC revisar con carácter general los hechos declarados probados ni tampoco el derecho aplicado en la resolución judicial que haya sido objeto de la impugnación. Su función se circunscribe al enjuiciamiento de la existencia o no de violaciones de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente garantizadas. Su naturaleza es, por tanto, autónoma, independiente y diferente respecto del proceso que le antecede.

Al igual que nuestro recurso de protección, tratase de una **vía especial y extraordinaria**. Basta atender a su particular objeto: la tutela o protección de los ciudadanos frente a violaciones a sus derechos o libertades fundamentales.

Señalé que el carácter subsidiario del recurso de amparo español posee un claro y fuerte correlato normativo en lo que liga con las lesiones provenientes del poder judicial. Así se lee de la LOTC (artículo 44). Veamos.

²⁸ Nos remitimos a lo dicho en nota 10.

²⁹ Entre muchos otros: Pérez, Antonio. **Los derechos** (...). Op. Cit., p. 91; Rubio, Francisco. 1995. **Derechos fundamentales y principios constitucionales: Doctrina jurisprudencial**. Barcelona: Ed. Ariel, pp. 727 y ss.; Carrillo, Marc. **La tutela de los derechos** (...). Op. Cit., pp. 75 y ss.; López, Luis. 2000. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Boletín Oficial del Estado, Segunda edición, pp. 91 y ss; Córdón, Faustino. **El proceso de** (...). Op. Cit., pp. 62 y ss.

a) La exigencia de plantear en el proceso seguido ante el tribunal de la jurisdicción ordinaria (tan pronto como hubiere lugar a ello) la cuestión relativa a la supuesta vulneración de los derechos constitucionales que la motiven.

Es lo que se denomina la **invocación formal del derecho constitucional vulnerado**. Es el requisito que se contempla en la letra c) del artículo 44.

Lo que nos plantea esta exigencia de invocación formal del derecho constitucional vulnerado no es otra cosa que asegurar a los tribunales de justicia la **oportunidad** de argumentar y pronunciarse sobre lo que luego constituye el motivo y fundamento del amparo. De esta manera se hace posible el respeto y restablecimiento del derecho o libertad fundamental en sede jurisdiccional ordinaria³⁰.

b) Exigencia del agotamiento de la vía judicial previa y los recursos procedentes.

En la misma dirección apunta esta exigencia impuesta en la LOTC (artículo 44, letra a). No sólo es la vía judicial previa una exigencia que se alza como presupuesto del recurso de amparo constitucional. Se agrega a ella otro requisito: que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de esa vía judicial.

Junto a la exigencia anterior, ésta también persigue asegurar una **oportunidad** a los tribunales ordinarios para **subsana**r sus propios errores violatorios de derechos y libertades fundamentales.

Por estas razones se ha dicho por la doctrina española que la subsidiariedad del recurso de amparo es plena cuando la violación al derecho o libertad fundamental se ha concretado en sede jurisdiccional ordinaria³¹. En efecto, cuando el recurrente de amparo accede al TC obviando lo dispuesto en el artículo 44 de la LOTC está olvidando que este recurso no configura una vía de acceso directo y está excluyendo fases procesales no disponibles ni opcionales. En tal situación, el TC tiene vedado entrar a conocer del recurso.

³⁰ STC 11/1982, de 29 de marzo; 17/1982, de 30 de abril. Entre otras sentencias del TC.

³¹ Carrillo, Marc. **La tutela de los (...)**. Op. Cit., pp. 83 y ss.

El TC ha declarado que el espíritu que anima al artículo 44 (también al artículo 43) de su Ley orgánica es que no se produzca *per saltum* el acceso al proceso de amparo constitucional³².

El mismo TC ha precisado los alcances de la exigencia de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. En general, ha intentado evitar absurdos. Por ejemplo, ha determinado que no cae dentro de la exigencia el agotamiento de todos los recursos imaginables, toda vez que el requisito se limita a aquéllos que puedan poseer utilidad práctica y conduzcan a la enmienda y reparación de la violación de derechos o libertades fundamentales causada por el órgano judicial³³. En similar sentido, ha señalado que no será exigible este agotamiento cuando no procedan recursos, o su procedencia sea dudosa³⁴, que el agotamiento dice relación con los recursos “que estén establecidos dentro del proceso judicial”³⁵.

En el plano de las normas, esta subsidiariedad aparece como clara y sin problemas. Sin embargo, en el terreno de la realidad el panorama se complica. En efecto, cabe señalar que la justiciabilidad de los actos y omisiones judiciales significa (cuantitativamente) la mayoría de los recursos de amparo dirigidos al TC. Mucho que ver tiene en aquello la (demasiado) generosa interpretación que se ha dado al **derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE**³⁶.

Esta situación devela que el principio de subsidiariedad no ha funcionado del todo bien. Las finalidades que se pretendían con la normativa contenida en el artículo 44 de la LOTC no se han cumplido en gran parte de los casos. Resultado de ello ha sido la avalancha de recursos de amparo que ha motivado fuertes polémicas en torno al papel que debe cumplir el recurso de amparo en el sistema jurídico español.

³² STC 48/1989, de 21 de febrero.

³³ STC 73/1982, de 2 de diciembre.

³⁴ STC 81/1983, de 10 de octubre; 188/1990, de 26 de noviembre; 373/1987, de 25 de marzo. Entre varias más.

³⁵ Recuerda un autor: “(...) los recursos que caben contra una resolución judicial son distintos según la manifestación de la jurisdicción de que se trate y, dentro de ella, según el proceso concreto en que se produzca la lesión”. Cordon, Faustino. **El proceso de (...)**. Op. Cit., p. 93.

³⁶ En España, las infracciones que más se denuncian y reparan son las cometidas por los jueces o tribunales ordinarios con motivo de la tramitación de toda clase de procesos.

Pues bien, la lluvia incontenible de recursos tiene una explicación, cual es, la complejidad que ha aparejado la relación entre el TC y los tribunales ordinarios. CANOSA lo explica bien al señalar que por la vía del amparo, el TC “revisa la actividad tanto *in procedendo* como *in iudicando* y, si percibe vulneración de algún derecho fundamental, anula la acción judicial impugnada. Naturalmente, algunos derechos fundamentales centran, casi en exclusiva, las lesiones procedentes de los órganos judiciales; y al poder revisar la actividad de los tribunales, el TC se ha convertido en garante de que la actividad de todos los órganos del Poder judicial sea, cuando aplican las normas procesales, respetuosa de los derechos fundamentales”³⁷.

La LOTC no desconoce el problema. De hecho, en su artículo 44 letra b), junto con exigir que la violación sea imputable en forma directa e inmediata a la acción u omisión del Poder judicial, dispone que el TC no podrá entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron. Ratifica así que no se trata el TC de un tribunal de la instancia. Su tarea está encaminada y circunscrita a comprobar si el órgano judicial vulneró o no algún derecho o libertad fundamental garantizado por la CE.

Asimismo, el artículo 54 de la LOTC señala que cuando el TC conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los jueces y tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales. Se trata, como se ha señalado, “de acotar los espacios de los tribunales ordinarios frente al TC” aplicando los principios de máxima conservación de los actos de los tribunales ordinarios y de mínima intervención de su autoridad³⁸.

Aún así, los problemas están presentes y concentran la atención de los autores españoles especialistas en la materia.

V. ENCUADRE. NUESTRA TESIS

El propósito de las líneas que anteceden ha sido el siguiente. Primero, dar cuenta del estado de la cuestión en dos sistemas de justicia constitucional que difieren en las

³⁷ Canosa, Raúl. 1998. “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta”. *Revista Ius et Praxis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca*. Año 4, N° 1, p. 28.

³⁸ Canosa, Raúl. “Jurisdicción constitucional (...)”. Op. Cit., p. 29.

soluciones normativas sobre el particular. Por un lado, el recurso de protección y el silencio de la CCh en torno a la procedencia o improcedencia de la acción respecto de lesiones provenientes de los propios tribunales de justicia. Del otro, el recurso de amparo español y la expresa contemplación y regulación en la LOTC de un cauce procesal para el caso de lesiones o vulneraciones causadas por jueces o tribunales.

Pero más relevante aún, una vez constatadas las diversas soluciones, aspirar a comprender el porqué de las **diferentes soluciones** que, a mi parecer, no siendo antojadizas ni caprichosas, deben entenderse correctamente para no caer en comparaciones erróneas. Y digo diferentes soluciones, pues postulo que la norma constitucional chilena **no incluye** las hipótesis de lesiones que han sido objeto de este trabajo.

En lo que respecta al sistema de justicia constitucional español se destacó suficientemente su sustento en el **principio de subsidiariedad** que, al menos en el plano de las normas, permite articular y relacionar la jurisdicción constitucional del TC con la jurisdicción ordinaria. El dato de la subsidiariedad aparece como decisivo y fundamental a la hora de entender la mecánica del referido sistema. De hecho, gran parte de la justificación de la procedencia del recurso de amparo constitucional se entiende justamente a partir del principio de subsidiariedad. De allí la necesidad de agotar la vía judicial previa y, más aún, de allí la necesidad de agotar los recursos procedentes del proceso respectivo (artículo 44 LOTC).

Otro tanto viene dado por la inclusión del **derecho a la tutela judicial efectiva** del artículo 24 de la CE dentro del catálogo de derechos y libertades que son susceptibles de recurrirse vía amparo constitucional. Su tutela reforzada hacía necesario contemplar un cauce procesal específico que diera precisa cuenta de las lesiones que pueden cometerse dentro de un proceso judicial.

Precisamente los problemas en el sistema español han surgido cuando los límites entre una jurisdicción y otra se han relajado³⁹. En otras palabras, cuando a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva se han planteado **cuestiones de mera legalidad** (procesal) en una sede donde el debate debe estar centrado y circunscrito en cuestiones de constitucionalidad.

³⁹ Véase: Canosa, Raúl. "Jurisdicción constitucional (...)". Op. Cit.,

Pues bien, dicha solución - a pesar de las sugerencias de algunos autores⁴⁰ - no resulta extrapolable a nuestro recurso de protección. Para ello basta con destacar el carácter original de la acción de protección, junto con recordar que se trata de una acción principal y no subsidiaria. No existe en el caso de Chile, esa articulación sucesiva y escalonada - por decirlo de alguna manera - de las jurisdicciones ordinaria y constitucional que se observa en España en punto a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

La tentación de recoger la experiencia comparada en estas materias es fuerte. Y en ocasiones incluso es sana para salir de la especie de autorreferencia que marca el tratamiento de los problemas jurídicos por parte de muchos autores nacionales. Empero, esa misma experiencia comparada nos sirve también para descartar la aplicación de instituciones a determinadas hipótesis por no compadecerse con su propia naturaleza esencial.

Justamente eso es lo que sucede a propósito de la polémica planteada con relación a la posibilidad de recurrir de protección en contra de resoluciones judiciales, en otras palabras, de posibilitar que los jueces y tribunales de justicia sean sujetos pasivos de la acción constitucional.

Entonces, derechamente ¿Procede el recurso de protección contra las resoluciones judiciales, esto es, contra actos de órganos jurisdiccionales?. La respuesta debe ser negativa. Y por varias razones.

En los países en que se admite expresamente el empleo del instrumento de tutela reforzada en contra de lesiones provenientes del Poder judicial (como acontece en España) se asegura - a través del principio de subsidiariedad - que la lesión sea reparada primero en sede de la jurisdicción ordinaria. Sólo ante un resultado adverso en aquella sede, se habilita la vía del amparo jurisdiccional para el ciudadano. Esta solución pretende evitar los problemas (bastante predecibles por lo demás) que puede acarrear un acceso directo al instrumento de tutela constitucional.

En lo que dice relación con nuestro sistema, el silencio normativo del artículo 20 de la CCH no puede interpretarse, de buenas a primeras, como una vía de entrada a los actos del

⁴⁰ Carocca, Alex. **Derechos humanos (...)**. Op. Cit., p. 86.

Poder judicial, concretamente a los actos jurisdiccionales. Muy por el contrario, las decisiones judiciales **deben quedar fuera**, por regla, del sistema protector diseñado por el constituyente. La ilegalidad o arbitrariedad de los actos jurisdiccionales deben encontrar remedio en los recursos procesales previstos en las leyes. Más claro aún, debe ser el sistema normal de recursos el medio para impugnar la violación de derechos fundamentales de contenido procesal.

La actividad judicial debe quedar fuera del campo abarcado por el instituto de protección chileno. En otras palabras, la actividad jurisdiccional del Estado, impartida a través de los jueces, no puede ni debe controlarse a través del recurso de protección. Así queda ratificado por la jurisprudencia de los tribunales, que han resuelto mayoritariamente con sentido negativo los intentos que se han planteado contra actos del Poder judicial.

Similar conclusión se puede extraer al concebir el recurso de protección como un proceso (BORDALÍ)⁴¹ en que existe un contradictorio entre dos sujetos: el titular de un derecho fundamental y otra persona o autoridad que vulnera o lesiona ese derecho fundamental. En efecto, si se va a considerar la interposición del recurso de protección en contra de decisiones judiciales, entonces estamos pensando en una pretensión que se dirige contra un órgano jurisdiccional como sujeto pasivo, lo que desnaturaliza todo el orden jurídico procesal. Equivaldría a decir que en el recurso de protección que se tramita ante una Corte de Apelaciones figurará un sujeto activo titular de un derecho fundamental de contenido procesal y un tribunal como demandado⁴².

Además de la anterior explicación, existen otras razones muy importantes que confirman la negativa a la tesis expansiva que sostienen algunos. Entre otras: a) El valor seguridad y el orden de las competencias podrían ser gravemente afectados si se permitiese la interferencia de un tribunal judicial (la Corte de Apelaciones) sobre otro; b) El recurso de protección no fue previsto para reemplazar las vías procesales que no fueron empleadas por el interesado; c) No es el medio idóneo para cuestionar actos jurisdiccionales; d) Todo cuestionamiento a lo resuelto judicialmente debe ser articulado ante el tribunal de la causa. Lo propio parece haber estado en la mente del constituyente que, a pesar de haber empleado

⁴¹ El hecho que sea un especial proceso de urgencia (cautelar o autónomo) no niega que en él exista una pretensión de un sujeto respecto de otro, que no puede ser este último (como se acostumbra señalar entre nosotros) la Corte de Apelaciones respectiva. Véase: Bordalí, Andrés. 2003. **Temas de Derecho Procesal Constitucional**. Santiago: Ed. Fallos del Mes, Universidad Austral de Chile, pp. 119 y ss.

⁴² Mis agradecimientos en este punto al profesor Dr. **A. Bordalí**, siempre generoso en sus comentarios y aportes.

un aparente criterio amplio en la materia, en definitiva, la ley y las resoluciones judiciales terminaron por ser marginadas del ámbito de acción del recurso⁴³.

Por lo demás, el acto judicial, sometido en general a un sistema impugnativo, básicamente con efecto suspensivo, y al principio del juez natural, no puede generar actos lesivos ni amenazas concretas hasta que no queden firmes, y para evitarlo, precisamente, están los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el sistema procesal⁴⁴.

Si a lo señalado se suma que el constituyente desestimó la procedencia del recurso de protección tratándose de los principales derechos y garantías procesales establecidas en el **numeral 3° del artículo 19 de la CCh**, la negativa se refuerza y afirma. El artículo 20 es claro en ese sentido y no permite la interposición de un recurso de protección para la tutela de derechos fundamentales de contenido procesal, **salvo** en lo que dice relación con el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales. De hecho, la justificación de excluir el principal contenido del citado numeral de la tutela de la vía privilegiada constituida por la protección estuvo en que aquellas hipótesis estaban amparadas por los recursos procesales ordinarios o extraordinarios. Diametralmente distinta es la situación en España, donde el derecho a la tutela judicial efectiva está expresamente garantizado a través del recurso de amparo, siendo en la práctica el derecho más invocado y protegido por las sentencias del TC.

Ahora bien, no pueden excluirse **situaciones derechamente excepcionales que escapan a la eficacia de los sistemas recursivos⁴⁵** donde la vía del recurso de

⁴³ Mohor, Salvador. 1984. "El recurso de protección". *Revista Gaceta Jurídica*, N° 44, p. 21. El autor recuerda que Silva Bascuñán advirtió, desde un comienzo, que la ley y las resoluciones judiciales parecían quedar excluidas de las expresiones "actos u omisiones arbitrarios o ilegales". Ello parecía natural pues frente a los eventuales vicios de las resoluciones judiciales están los recursos procesales ordinarios. Si bien el presidente de la Comisión (Ortúzar) instó por una amplitud en la cobertura del recurso, con el avance de las sesiones se fue afinando la discusión, dando paso a criterios más restrictivos. De hecho, los ejemplos aportados en el tratamiento de la cuestión ligan con lesiones provocadas por una resolución judicial, pero fuera del proceso, donde era imposible hacer uso de los recursos. Una situación completamente excepcional por donde se le mire. Véase también: Fiamma, Gustavo. 1978. "El recurso de protección". *Revista Gaceta Jurídica*, N° 16, p. 5.

⁴⁴ Rivas, Adolfo. 2003. **El amparo**. Buenos Aires: Ed. La Rocca, Tercera edición actualizada, p. 346.

⁴⁵ Si el sistema de recursos no permite impugnar una resolución cuando se vulnera un derecho fundamental de contenido procesal, como el derecho de acción o el debido proceso, cabe pensar también en que es el legislador el que debe crear los instrumentos necesarios para brindar tutela a tales derechos, como lo ha hecho, por ejemplo, el legislador procesal penal con el recurso de nulidad que garantiza el debido proceso penal. Lo mismo debería existir en el orden procesal civil y en los demás órdenes procesales. Una solución es la que ha dado el derecho español con el recurso de amparo constitucional, donde procede contra resoluciones judiciales, pero no se considera al tribunal a quo como demandado o sujeto pasivo, puesto que éste emplaza a quienes fueron parte en el procedimiento precedente para que puedan comparecer como coadyuvantes o demandados al proceso constitucional de amparo en un plazo de 10 días (Bordalí).

protección sea la única vía que le permita al ciudadano reparar la lesión en forma efectiva. Con esta concesión excepcional no se afecta la tesis principal en torno a la improcedencia de la acción de protección frente a violaciones o conculcaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia. No se relativiza nuestra respuesta al problema, menos aún cuando se atiende a lo dispuesto por el **artículo 5° inciso 2°** de la propia Carta fundamental que obliga a los jueces (y por cierto a los ministros de Corte de Apelaciones) a tutelar los derechos fundamentales, siendo los jueces ordinarios en definitiva los órganos públicos de **tutela última** de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno; por lo mismo, deben dar en tales casos la protección requerida. La fuerza de la respuesta negativa se mantiene, sustentando las únicas excepciones en la norma citada. En tales casos, además, los males y riesgos que atribuyo a la procedencia de la acción tutelar no se presentan, pues es el sistema de recursos contemplado en el sistema procesal el que no cubre o posibilita la reparación de la lesión. Nos remitimos a los ejemplos ya anotados.

Nuestra tesis, entonces, se sostiene en las especiales características del sistema de justicia constitucional chileno, específicamente en el sistema que da vida al recurso de protección, una acción constitucional directamente original, principal y no subsidiaria, improcedente, por regla, frente a violaciones de derechos de contenido procesal causadas dentro del proceso, provenientes de los jueces o tribunales, hipótesis que deberán corregirse a través del **sistema recursivo normal** que el ordenamiento procesal contemple.

VI. CONCLUSIONES

Corresponde cerrar estas líneas. Nuestro recurso de protección se enmarca en un sistema de justicia constitucional diverso al que rige en España. Eso no se pone en duda; por el contrario, forma parte integrante del análisis realizado.

No existe, pues, en el caso de Chile, esa articulación sucesiva y escalonada de las jurisdicciones ordinaria y constitucional que se observa en España en punto a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y libertades fundamentales. Dicho de otro modo: a diferencia del caso español, la tutela de los derechos y libertades fundamentales no es de la incumbencia del Tribunal Constitucional chileno, cuyas funciones se ven así limitadas básicamente al control de constitucionalidad. La competencia queda

radicada - en exclusiva - en las Cortes de Apelaciones⁴⁶ existentes en el país que, en el caso concreto, actúan como jueces constitucionales.

Lo anterior **no impide**, ni mucho menos, efectuar un estudio comparado, desde el momento en que ambos instrumentos comparten la especial característica de servir a la tutela reforzada de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente garantizadas. Más aún, si se trata de analizar las soluciones normativas y jurisprudenciales que el sistema jurídico español (mucho más desarrollado que el nuestro) ha dado a un problema que ha dividido a la doctrina y jurisprudencia locales, como es la cuestión que se suscita a propósito de las violaciones o lesiones a los derechos y libertades fundamentales provenientes, ni más ni menos, de los propios jueces.

De lo tratado en este trabajo, podemos recoger **algunas conclusiones** que pueden reorientar el contenido del debate en esta materia. Me permito enumerarlas:

1) No se ha intentado poner en duda la posibilidad de que los jueces o tribunales de justicia puedan causar lesiones a los derechos o libertades fundamentales que la Constitución garantiza y tutela de manera especial (reforzada o privilegiada).

2) La discusión ha radicado en **otro extremo**. La pregunta ha estado dirigida a averiguar si el recurso de protección (mecanismo de tutela de emergencia⁴⁷) es un instrumento que deba emplearse siempre y en todo caso ante este tipo de violaciones o conculcaciones causadas dentro de un proceso.

3) Ninguna de las Constituciones analizadas aporta soluciones expresas al respecto. La diferencia normativa se percibe en el plano legal, específicamente a través de la LOTC española donde se contempla expresamente la hipótesis que en nuestro medio se discute. Además, por cierto, de la **diferencia sistémica** que destacamos en el curso de este trabajo que permite entender las diferencias de solución ante un problema aparentemente similar.

4) No obstante lo anterior, en principio, el silencio de la CCh podría llevar al lector

⁴⁶ Sin perjuicio, por cierto, de la competencia en segunda instancia de la Corte Suprema, tal cual da cuenta el artículo 5 del Auto acordado de 1998.

⁴⁷ Así se ha reconocido, hasta el cansancio, por la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia nacional. De allí su calificativo de remedio procesal de urgencia que persigue la tutela inmediata y provisional del afectado.

a pensar en torno a la abierta procedencia de la acción de protección para el caso de violaciones provenientes de los tribunales; sin embargo, un análisis (comparado) más detenido indica y demuestra las prevenciones que el sistema de justicia constitucional español ha adoptado en la materia a fin de evitar colapsos y traslapes de competencias entre lo que es la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

5) Los problemas que evidencia el recurso de amparo español, que ligán con una catarata de recursos de amparo que hacen peligrar el correcto y adecuado trabajo del TC, se relacionan justamente con las “flexibles y amplias” interpretaciones efectuadas en esta materia. La flexibilidad ha sido, por decirlo de alguna forma, mala consejera, provocando que - por lejos - el cauce procesal más empleado por los españoles para recurrir de amparo sea el contenido en el artículo 44 de la LOTC, invocando el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

6) Lo anterior ha acarreado serios **problemas de limitación de campos de acción y operación entre ambas jurisdicciones**, cayéndose muchas veces en la resolución de casos que involucran cuestiones de mera legalidad que poco y nada dicen relación con las cuestiones de constitucionalidad, vale decir, de verdaderos problemas de lesiones a derechos y libertades fundamentales. Basta con revisar la jurisprudencia del TC con relación al derecho a la tutela judicial efectiva.

7) En nuestro país ya existe una marcada y peligrosa tendencia a constitucionalizar los problemas jurídicos por la vía de protección, lo que no pasa - sin embargo - de los términos **puramente procesales**⁴⁸. Vale decir, se invoca el texto constitucional sólo con el objeto de acceder a una vía procedimental más rápida y expedita. Dan cuenta de aquello los problemas a propósito de la utilización del instrumento de protección como paliativo en materia contencioso- administrativa⁴⁹ y la elefantiasis generada a partir de la doctrina de la propietarización de los derechos, lo que ha provocado una reacción de la Corte Suprema (legisladora en estas materias) que a través del AA de 1998 ha

⁴⁸ Ya lo advertía un autor. Peña, Carlos. 1996. “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el Ordenamiento Jurídico interno”, en: Medina, Cecilia; Mera, Jorge (Coordinadores). *Sistema jurídico y Derechos Humanos: El Derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Serie Publicaciones Especiales, N° 6, p. 668.

⁴⁹ Véase al respecto: Ferrada, Juan; Bordini, Andrés y; Kamel, Carlos. 2003. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*. Valdivia. Vol. XIV, julio.

incorporado normas que persiguen aliviar la carga constitucional que el constituyente les impuso. Ellas se relacionan con la inadmisibilidad *in limine* y se recogen en el artículo 2 del referido cuerpo normativo⁵⁰.

8) Si se pone la debida atención, la solución que ofrece el sistema jurídico español - correctamente entendida en su sistema - puede servir para contener a los entusiastas expansivos que ponen en riesgo la operatividad del recurso de protección, arriesgando su desgaste y desperfilamiento. En efecto, la LOTC reconoce importantes limitaciones (bajo la forma de requisitos) a la procedencia del recurso de amparo en el caso de lesiones provenientes de los jueces o tribunales de justicia. Recuérdese lo señalado en torno a la necesidad de invocación formal del derecho constitucional supuestamente vulnerado y respecto de la exigencia de agotamiento de todos los recursos procedentes. La justificación de tales limitaciones se encuentra en el aseguramiento a la jurisdicción ordinaria de posibilidades reales de brindar la tutela requerida, pero más relevante aún, de subsanar los errores lesivos a los derechos y libertades que pudieren haberse cometido.

9) Es cierto que el recurso de protección chileno constituye no una vía subsidiaria, sino principal. De hecho, se le ha calificado como una versión radicalizada de los recursos de amparo existentes en otros países, incluyendo España. Empero, soy del parecer que las mismas razones predicables en el modelo normativo español, lo son respecto de nuestra acción de tutela⁵¹, más aún si lo que se quiere es evitar el colapso, desgaste y desfiguración de la misma. Lo propio respecto a los trastornos que traería un acceso abierto e irrestricto a la vía de protección por las violaciones provenientes de jueces o tribunales de justicia. Especialmente, en el sistema de impugnaciones o recursos que contempla nuestro sistema procesal.

10) En definitiva, mi convencimiento apunta a la necesidad de **cuidar la acción de protección chilena**. No por compartir la necesidad del control jurisdiccional de los

⁵⁰ Reconozco en esta norma una lectura errada de los problemas que aquejan a la acción de protección chilena. Si bien no es éste el momento de tratar el punto, es necesario subrayar que urge reconducir el instrumento de tutela hacia cauces que - de verdad - se relacionen con el amparo de derechos y libertades fundamentales.

⁵¹ Baste tomar nota de lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución dónde expresamente se señala que sus preceptos obligan a los órganos del Estado, a sus titulares e integrantes y a toda persona, institución o grupo. Se incluyen, por tanto, los tribunales de justicia y los jueces, quienes tienen la obligación someter su acción a la Constitución y, por tanto, respetar los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente garantizados

derechos y libertades fundamentales vamos a caer en soluciones que se apartan de los propósitos y naturaleza de la acción de amparo criolla. En este sentido, no comparto las posiciones de autores que pretenden abrir - de manera irrestricta - la vía de protección también para las especiales hipótesis que en este trabajo se comentaron.

Con todo, como lo advirtiéramos, lo anterior no implica negar la procedencia del instrumento de emergencia en **casos derechamente excepcionales o límites**⁵² como los que reseñamos en alguna parte de este trabajo y que ligan, en general, con casos en donde el sistema recursivo no existe o no resulta eficaz, y concretamente (según lo ha sentenciado la jurisprudencia de los tribunales) con resoluciones judiciales manifiestamente ilegales por exceder la atribución normativa que la habilita para actuar y que afecta derechos de terceros, o con ciertos casos límites en que la ilegalidad o arbitrariedad ha sido manifiesta y las consecuencias que ella produce no se pueden superar por otros remedios procesales. La justificación de esta excepción debe entenderse desde lo preceptuado por el **artículo 5° inciso 2°** de la propia Norma fundamental. La explicación ya la dimos.

Lo propio ha acontecido cuando se conduce a una denegación o dilación de justicia, o a un agravio irreparable. Más aún, en aquellos casos donde el recurso se intenta por quien no ha sido parte en el proceso judicial respectivo no nos merece dudas la procedencia. No corresponde hacer soportar el imperio jurisdiccional a quien no ha sido parte del pleito en que se dictó la sentencia, por lo que en dichos casos creemos procede también la acción de protección, siempre que la ilegalidad o arbitrariedad concurren. En tales casos, el sistema de recursos no está disponible o no resulta eficaz para remediar la lesión. De allí la justificación de la procedencia del recurso.

Empero, de allí a abrir una puerta indiscriminada a la vía de protección en contra de las resoluciones judiciales hay bastante trecho, que no creemos recomendable recorrer en el esquema actual de estructuración de nuestra justicia constitucional. De hecho, no resulta fácil concebir el control y posterior declaración de la violación de una garantía constitucional cometida en el curso de un proceso por un tribunal, que incluso podría llegar a ser la propia Corte Suprema, por parte de una Corte de Apelaciones.

⁵² En similar sentido: Salas, Julio, 1990. "El recurso de protección y las decisiones judiciales: Comentario de jurisprudencia". *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 187, año LVIII, p. 95.

En definitiva, salvo casos excepcionalísimos como los citados (que cubren, si se fija bien el lector, las hipótesis concretas en las cuales se piensa al instar por la aplicación de la acción constitucional en estos supuestos), las resoluciones judiciales deben quedar al margen del recurso de protección, instrumento procesal de tutela marcado por la emergencia y la urgencia que, por su naturaleza y finalidades, no está llamado a intervenir frente a supuestas violaciones a derechos fundamentales de contenido procesal. Las supuestas lesiones a derechos fundamentales que allí puedan producirse deberán ser remediadas a través del sistema recursivo normal que el ordenamiento jurídico procesal establece.

BIBLIOGRAFÍA

- Bilbao, Juan. 1997. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bordalí, Andrés. 1999. "El proceso de protección", *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*, Valdivia, Vol. X, Diciembre.
- Calamandrei, Piero. 1962. **Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código**. Buenos Aires. EJE: Tomo I.
- Canosa, Raúl. 1998. "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta". *Revista Ius et Praxis* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Año 4, N° 1.
- Carocca, Alex. 1997. **Derechos humanos y derecho civil: perspectiva procesal**. Santiago: Centro de Desarrollo Jurídico Nacional. CPU.
- Carrillo, Marc. 1992. "La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario (La Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas)". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Boletín Oficial del Estado.
- Carrillo, Marc. 1995. **La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Boletín Oficial del Estado.

- Carrillo, Marc. 2001. "La jurisdicción constitucional española y el caso chileno". *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*. Valdivia. Vol. XII, agosto.
- Cascajo, José; Gimeno, Vicente. 1988. **El recurso de amparo**. Madrid: Ed. Tecnos, Segunda edición.
- Córdón, Faustino. 1992. **El proceso de amparo constitucional**. Madrid: Ed. La Ley, Segunda edición actualizada.
- Córdón, Faustino. 1998. "Sobre la legitimación en Derecho procesal". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, N° 2.
- Chioyenda, Giuseppe. 1948. **Instituciones de derecho procesal civil**. Madrid: Revista de Derecho Privado, Tomo I.
- Fernández, Germán. 1994. **El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional**. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Ferrada, Juan; Bordalí, Andrés; Kamel, Carlos. 2003. "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativo: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo". *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*. Valdivia. Vol. XIV, julio.
- Ferrer, Eduardo. 2001. **La acción constitucional de amparo en México y España**. México D.F.: Ed. Porrúa, Tercera edición.
- Fiamma, Gustavo. 1978. "El recurso de protección". *Revista Gaceta Jurídica*, N° 16.
- González, Juan. 2001. **Estudios legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español: 1981-2000**. Madrid: Ed. Civitas.
- Jiménez, Javier. 1999. **Derechos fundamentales: Concepto y garantías**. Madrid: Ed. Trotta.
- López, Luis. 2000. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Boletín Oficial del Estado, Segunda edición.
- Mohor, Salvador. 1984. "El recurso de protección". *Revista Gaceta Jurídica*, N° 44.
- Morello, Augusto. 1998. **Constitución y Proceso, la nueva edad de las garantías jurisdiccionales**. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

- Morello, Augusto. 2001. **El proceso civil moderno**. La Plata: Librería Editora Platense.
- Paillas, Enrique. 1990. **El recurso de protección ante el derecho comparado**. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Peña, Carlos. 1996. "La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el Ordenamiento Jurídico interno", en: Medina, Cecilia; Mera, Jorge (Coordinadores). *Sistema jurídico y Derechos Humanos: El Derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Serie Publicaciones especiales, N° 6.
- Pérez, Antonio. 1995. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Ed. Tecnos, Sexta edición.
- Pérez, Myriam; Riquelme, Marcela. 1998. "El recurso de protección ante agravios producidos por las resoluciones judiciales: Análisis jurisprudencial". *Memoria de grado*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.
- Ramos, Francisco. 1995. **El sistema procesal español**. Barcelona: Ed. Bosch.
- Rivas, Adolfo. 2003. **El amparo**. Buenos Aires: Ed. La Rocca, Tercera edición actualizada.
- Rubio, Francisco. 1995. **Derechos fundamentales y principios constitucionales: Doctrina jurisprudencial**. Barcelona: Ed. Ariel.
- Salas, Julio. 1990. "El recurso de protección y las decisiones judiciales: Comentario de jurisprudencia". *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 187, año LVIII.
- Soto, Eduardo. 1982. **El recurso de protección: Orígenes, doctrina y jurisprudencia**. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Soto, Eduardo. 1999. "Comentario: Recurso de protección ante resoluciones judiciales, embargabilidad de bienes municipales y protección de los derechos de funcionarios públicos". *Revista Ius Publicum*. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás. N° 2.
- Soto, Eduardo. 2003. "La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (25 años de jurisprudencia, 1977/2002)". *Revista Ius Publicum*. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás. N° 10.