

**ANTE SITUACIONES GRAVES Y URGENTES:
¿ES EL RECURSO DE PROTECCIÓN UNA HERRAMIENTA CAUTELAR IDÓNEA?***

Semillero “Sociedad de Debate”
Universidad de Antofagasta**

Juan Alcapio Vilche, Lisette Castillo Geraldo, Nolvia Collao Collao, Liliana González Cortés, Josué López Guerra, Jeann López Mohamed, Álvaro Quaas Rojas, César Quiroga Miranda, Nicolás Pérez Castro y Paula Vásquez Magalhaes.

Director: Enrique Letelier Loyola¹

RESUMEN:

Hemos fijado como objetivo de este trabajo responder a la pregunta: ¿existe en el ordenamiento jurídico chileno un mecanismo idóneo para garantizar las pretensiones de los justiciables? Y para ello hemos investigado la evolución de las medidas cautelares, que han cambiado desde un concepto meramente patrimonial hacia uno mucho más amplio. Luego, hemos intentado identificar las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva y como esta se relaciona con las medidas cautelares. Por otro lado, hemos analizado la institución que en Chile es la llamada a lidiar con la gran mayoría de las situaciones de vulneración de los derechos fundamentales, el Recurso de Protección, señalando si cumple con estándares internacionales y si se manifiestan los elementos y presupuestos de las medidas cautelares, para esto hemos utilizado jurisprudencia nacional, comparada e internacional además de las diversas normas *pacticias* sobre la materia, asimismo las opiniones consultivas que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para luego formular las críticas que nos merece este mecanismo en cuanto a su estructura, elementos y tramitación, para

* Artículo inédito. Recibido

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Antofagasta (Chile).

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Antofagasta (Chile).

finalizar señalando propuestas para asegurar en Chile el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la tutela cautelar.

Palabras claves: medidas cautelares – tutela judicial efectiva – Recurso de protección – poder cautelar genérico

ABSTRACT:

We have settled of this paper to answer the question does exist in the Chilean legal system an ideal mechanism to guarantee the claim of litigants? And in order to do so, we have researched the evolution of interim measures, which had changed from a mere patrimonial concept to a broader one. Then, we have tried to identify the expressions of the right to an effective remedy and how this is related to interim measures. On the other hand, we have analyzed the institution in Chile that is in charged to deal with the situation of violation of fundamental rights, is the Remedy of Protection, highlighting if this mechanism meets international standards and if the interim measures elements and assumptions are stated, for this purpose we have used national, comparative and international jurisprudence and also many convention-based rules and the Interamerican Court of Human Rights advisory opinions. Furthermore we intend to criticize this mechanism in terms of structure, elements and proceeding, to finally point out proposals to ensure in Chile the right to an effective remedy in the context of interim relief.

Key words: interim measures- effective remedy- Remedy of protection – generic interim protection

ABREVIATURAS:

AA (Auto Acordado); art. /artt. (artículo/ artículos); inc. (inciso); CA (Corte de Apelaciones); CADH (Convención Americana de Derechos Humanos); CENC (Comisión de Estudios para la Nueva Constitución de Chile); CGP (Código General del Proceso); CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos); CorteIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos); CPC (Código de Procedimiento Civil); CPR (Constitución Política de la República de Chile); CS (Corte Suprema de Chile); CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina); PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); PNCPC (Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil); STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); TC (Tribunal Constitucional)

1. EVOLUCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR: HACIA LA NECESIDAD DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Aun cuando hace años el hombre optó por la heterocomposición en lugar de la autotutela, destacando la intervención de un tercero imparcial en la solución del conflicto, es útil cuestionarse sobre qué ocurre con el acceso al proceso. Si el este derecho al proceso no se encuentra reconocido de forma expresa en la CPR chilena, así como lo está en otros ordenamientos jurídicos¹, se puede extraer de una interpretación sistemática de los artt. 5 inc. 2, 19 N° 3 inc. 1 y 19 N° 14 y del texto constitucional.² No obstante, estas disposiciones no garantizan, al menos expresamente, el derecho a una *tutela útil e idónea*.³

A fines de la década de los ochenta y comienzos de los años noventa, como consecuencia del término de las dictaduras en Latinoamérica, se introdujeron varias reformas constitucionales que incorporaron una serie de derechos sociales, como el derecho a salud, la educación y la tutela medioambiental, los cuales aunque están positivados no se encuentra *efectivamente* garantizados.⁴ Esto genera un problema a los justiciables, por lo que algunos autores plantean como solución establecer algunos mecanismos procesales diversos, como la tutela judicial diferenciada, que consiste en una restricción al juicio de lato conocimiento por motivos de celeridad procesal y para un efectivo conocimiento de la causa, ya que muchos de estos derechos son derechos materiales privilegiados, es decir son mercedores de un trato preferencial pues, por su naturaleza, constituyen la base del Estado Derecho.⁵

Así, la relativización de algunos principios del proceso se hace necesaria para asegurar óptimamente los llamados *derechos de tercera generación*.⁶ Los tribunales responden ante los justiciables con el ejercicio de la función jurisdiccional, conociendo, resolviendo y haciendo ejecutar lo juzgado, como prescribe nuestra Carta Fundamental⁷, pero la función jurisdiccional no se agota ahí, ya que “subyace una

¹ Artículo 24.1 de la Constitución Española: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Artículo 24 de la Constitución Italiana. “Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos que esté expresamente prevista por convenciones internacionales. Queda prohibida toda extradición por delitos políticos”

² Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 141.

³ Morello, Mario. *Anticipación de la Tutela*. Editorial Platense, La Plata, 1996, p. 6

⁴ OC 8/87, de 30 de enero de 1987, “El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías”, solicitada a la CIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁵ Véase Berizonce, Roberto. *Tutela Procesales Diferenciadas*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁶ Duran Ribera, Willman Ruperto. “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional”. *Ius et Praxis*, Talca, v. 8, n. 2, p. 177-194, 2002. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-00122002000200006&lng=es&nrm=iso>.

⁷ Artículo 76 CPR: «La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas

manifestación del poder-deber jurisdiccional que no recibió explícita consagración: se trata de la potestad cautelar, manifestación de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero con carácter provisional e instrumental a la verdadera y propia función jurisdiccional predicable del proceso de fondo que no empaña tal carácter.”⁸

1.1. Tutela judicial efectiva

La posibilidad de contar con un *recurso sencillo, rápido y eficaz* frente a la vulneración de los derechos del individuo no es una problemática de hoy, sino que se arrastra a lo largo del tiempo⁹. Expresaba Couture que la tutela jurídica “consiste en que, en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen que sinceramente la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y las ejecuten positivamente.”¹⁰ Pero este concepto clásico, ante las necesidades que se originan en la evolución del sistema procesal, no describe una herramienta capaz de satisfacer los requerimientos actuales en el acceso a la justicia y la eficacia de las resoluciones judiciales, además de confundir las nociones de *tutela judicial efectiva* y *debido proceso*.¹¹

Tal confusión no es solo doctrinaria, sino que se ha manifestado en diversos fallos del TC chileno¹², pero la doctrina moderna los distingue claramente, señalando que “estamos en presencia de dos derechos fundamentales diferentes que entran en contacto pero cada uno en su ámbito”¹³, los que tienen objetivos y elementos característicos. El debido proceso, tiene por objetivo garantizar una respuesta jurisdiccional oportuna, cumplimiento del estándar de imparcialidad en sentido amplio y la bilateralidad de la audiencia, y su contenido contempla entre otros: a) el derecho al juez natural, b) el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, c) la igualdad de

pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.»

⁸ Tavolari, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, p. 141.

En este mismo sentido Bordalí Salamanca, Andrés. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. En *Revista de Derecho*. Vol. 19, N° 2, Valdivia, diciembre, 2006, p. 213, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art10.pdf>

⁹ Sobre el recurso rápido y sencillo, ver el art. 25.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁰ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 484.

¹¹ Véase Berizonce, ob cit, p. 20 y ss.

¹² SSTC de 22 de octubre de 1996, rol N° 248 (voto de minoría del abogado integrante Eduardo Soto Kloss); de 17 de noviembre de 2006, Rol N° 546; de 28 de enero de 2010, Rol 1535; y de 22 de junio de 2010, Rol 1373.

¹³ Bordalí Salamanca, Andrés. “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 38, N° 2, 2011, p. 335, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v38n2/art06.pdf>

partes, d) el derecho a la prueba y e) el derecho a la defensa. Por su parte el estándar de la tutela judicial efectiva tiene por objetivo garantizar el acceso a la función jurisdiccional y su alcance es el siguiente: a) el derecho de acceso a la justicia; b) el derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho; c) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (derecho que incluye entre sus contenidos la invariabilidad de las resoluciones judiciales o respeto de la cosa juzgada, el derecho a disponer de medidas cautelares y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales) y d) el derecho al recurso legalmente previsto¹⁴.

Por su parte, la jurisprudencia actual ratifica las nociones señaladas, entendiendo que “el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales de una resolución motivada, no permitiéndose el que por parte de éstas se pueda sufrir indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades legalmente reconocidas”¹⁵.

Dentro de las facultades que tienen los justiciables para resguardar su derecho a la tutela judicial existe el poder cautelar genérico, que para la profesora uruguaya Selva Klett “Constituye un poder implícito que deriva de los caracteres propios de la tutela judicial efectiva, al establecer el poder-deber del órgano judicial de decidir, en un tiempo razonable, acerca de la pretensión planteada, declarando el derecho de los litigantes. Pues bien, para que la tutela sea efectiva se requiere además que la jurisdicción incluya la decisión de lo principal, sino y fundamentalmente la protección accesoria, de precaución, de prevención, de seguridad a través de la dictación de medidas cautelares de todo tipo. Es decir, la potestad de instrumentar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la ejecución de la sentencia o la protección inmediata de algún derecho vulnerado.”¹⁶ Si bien está estrechamente vinculado al concepto de jurisdicción, autónomamente el poder cautelar podemos entenderlo como un derecho del Estado, fundado en la necesidad general de la tutela del Derecho. Como consecuencia de lo anterior y para evitar un riesgo que se traduce en la posibilidad de que la parte vencedora resulte burlada o frustrada en su pretensión de resarcimiento, se invocan las medidas cautelares o preventivas.

1.2. Medidas Cautelares

Las medidas cautelares han sufrido un cambio de paradigma en cuanto a su finalidad, la que ha transitado desde una concepción *conservativa – patrimonial* a una *asegurativa* planteada en términos amplios, que se denomina poder cautelar genérico.

¹⁴ Bordalí, *ibídem*, p. 329.

¹⁵ Véase en España las SSTC 32/1982 de 7 de junio; 57/1984, 8 de mayo; 102/1984, de 12 de noviembre y 117/1986, de 13 de octubre, entre otras.

¹⁶ Klett Fernández, Selva, “Las medidas cautelares innominadas en el código general del proceso de la república oriental del Uruguay”. En *actas del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013, p. 999.

Podemos entender las medidas cautelares con finalidades conservativas como aquellas que sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma.”¹⁷ Esta noción proviene de un sentido restringido de jurisdicción, que obliga al juez a intervenir solo cuando exista un daño o se declare por una sentencia constitutiva o declarativa, respondiendo a los valores jurídicos imperantes en una época, propios de un Estado de derecho de matriz liberal.¹⁸ Siguiendo esta lógica, podemos afirmar que los pilares en los que se sustenta la concepción clásica de las medidas cautelares son: a) la finalidad de asegurar el fin práctico de la acción, b) su patrimonialidad, asegurando uno o más bienes. Muestra de ello es la existencia, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, de instituciones jurídicas tendientes a la conservación y aseguramiento de bienes¹⁹. Pero en la actualidad no basta la custodia de una cosa o asegurar la ejecución forzada de una pretensión, como plantea la visión clásica o patrimonial, sino que además se exige el resguardo de nuevos derechos sociales, lo que se traduce en el incremento de las facultades del juez, conllevando importantes consecuencias procesales como son la implementación de *medidas inovativas y autosatisfactivas*.²⁰

1.3. Medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno

En nuestro ordenamiento jurídico la tutela cautelar se construye siguiendo los lineamientos anteriormente señalados, tanto para asegurar el resultado de la pretensión, como su patrimonialidad²¹. Así el CPC, vigente desde 1903, contempla como medidas cautelares el secuestro de la cosa, el nombramiento de uno o más

¹⁷ Calamandrei, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares*. Editorial “El Foro”, Buenos Aires, 1996, p. 56.

¹⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. “La Evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil”. En actas del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013, p. 977 y ss.

¹⁹ Así, destacan entre éstas, como las más comunes, el embargo preventivo y el secuestro, con extenso desarrollo y análisis en Satta, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil*. Tomo II, Editorial EJE, Buenos Aires, 1971, pp. 214-226; Fernández, Miguel Ángel. *Derecho procesal civil*. Tomo III, 4ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, pp. 412-432; Podetti, Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. 2ª ed., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1969, pp. 215-285; Couture, Eduardo. *Estudios del Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Editorial EDIAR, Buenos Aires, pp. 252-258, entre otros.

²⁰ Alvarado Velloso, Adolfo. “El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión”. En actas del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013, p. 868.

²¹ En este sentido, para Juan Carlos Marín “Dos son las ideas matrices que destacan de esta construcción: (i) en primer lugar, las medidas cautelares sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor. (ii) En segundo término, las medidas cautelares son esencialmente patrimoniales, esto es, pretenden asegurar uno o más bienes en pos de una futura ejecución forzosa”. Marín González, Juan Carlos. “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: Su tratamiento en algunas leyes especiales”. En *Revista de estudios de la justicia*, N° 8, 2006, p. 13, disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15100/15513>

interventores, retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, entre otras²², figuras que hallan su origen en el *Código de las Siete Partidas* y la *Novísima Recopilación* (1805) y que tienen por finalidad resguardar el estado de la cosas hasta la resolución del caso.

Sin perjuicio de lo anterior, en el art. 298 inciso segundo del CPC se halla la norma de apertura para configurar un poder cautelar genérico, que a pesar de sus términos, es una *norma durmiente* de escasa utilización.²³ Explicando este su desuso, Raúl Tavolari arguye que existe una desconfianza recíproca entre jueces y juristas; los primeros miran con recelo esta norma debido a su amplitud y falta de criterios en su otorgamiento, por lo que evitan su aplicación, y por esto, los abogados ante la práctica pretoriana se abstienen de solicitarla.²⁴

Con el correr de los años el estatuto cautelar chileno, siguiendo la tendencia procesal moderna, ha intentado evolucionar hacia una concepción anticipativa en la satisfacción de la pretensión.²⁵ Parte de esta evolución se ha manifestado en la dictación de leyes reguladoras de procesos especiales, destacando las reformas en materia de derecho de familia y de derecho del trabajo. Así, el artículo 22 inciso 1° de la ley 19.968 prescribe: «Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, *podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes*. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar» (destacado nuestro).

En este punto destaca el hecho que el legislador haya dispuesto medidas cautelares *innovativas* que podrá decretar el Juez de Familia, ya que éstas permiten acceder a una tutela *satisfactiva*; entre ellas se pueden considerar las medidas anticipativas y además *autosatisfactivas*, pudiéndose incorporar el otorgamiento de alimentos provisorios en el juicio de alimentos.

Por su parte, dentro del procedimiento laboral, el artículo 444 inciso 1° del Código del Trabajo dispone:

²² Instituciones que encuentran su regulación en el título V, libro II, bajo el epígrafe “Las Medidas Precautorias” del CPC chileno.

²³ Art. 298 inc. 2° CPC: «Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.»

²⁴ Tavolari, ob. cit., p. 164.

²⁵ En este sentido, podemos apreciar en derecho de familia, la medida que obliga a entregar alimentos provisorios; y en derecho del trabajo, la inmediata reincorporación de los trabajadores, durante los juicios de nulidad o despido indebido, improcedente y justificado.

Sin embargo esa tendencia anticipatoria de la tutela, no ha estado exenta de críticas (Véase Alvarado Velloso, ob. cit., pp. 861-885)

«En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.»

En este precepto se aprecia una noción amplia de la medida cautelar, alejándose de la noción clásica patrimonial y acercándose al reconocimiento expreso de una potestad cautelar genérica del juez en nuestro ordenamiento jurídico²⁶, al contemplar entre sus finalidades la protección de los derechos de los trabajadores, lo que implícitamente significa ampliar el catálogo de medidas cautelares con efectos que exceden lo meramente patrimonial.

Por otro lado, con fecha 12 de marzo de 2012 ingresó al Congreso Nacional el proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil (actualmente en tramitación), donde se regulan sistemáticamente las medidas cautelares anticipatorias e innominadas, estableciéndose un procedimiento de tramitación incidental.²⁷

1.4. Estándar internacional del poder cautelar

Para ir entendiendo este estándar, es necesario analizar algunos cuerpos normativos modernos que han incorporado nuevos criterios sobre las medidas cautelares.

El proyecto chileno en tramitación sigue la tendencia de los códigos procesales latinoamericanos más recientes, dentro de los que se reconocen medidas cautelares anticipatorias e innovativas, las que se adecuan a la urgencia de satisfacer o tutelar eficazmente los derechos fundamentales. Así ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos procesales civiles de Colombia, Uruguay y Brasil.²⁸

²⁶ Marín González, ob. cit., p. 33.

²⁷ El PNCPC (boletín N° 8197-07 de 13 de marzo de 2012) innova agregando a las medidas cautelares tradicionales, las medidas cautelares innovativas (artículo 188) y las medidas cautelares conservativas no contempladas en la ley (artículo 187).

²⁸ Art. 590 CGP Colombia: «Cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.»

Art. 312 CGP Uruguay: «Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La insistencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberá justificarse sumariamente.»

Art. 273 1° CPC Brasil (código vigente): «El juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar total, o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que existiendo prueba inequívoca se convenza de la verisimilitud de la alegación y; haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o que quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.»

En el ámbito de la competencia de la CIDH el mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 de su Reglamento, destacándose que para decretar medidas cautelares las situaciones que representen un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de petición o caso pendiente ante los órganos del sistema interamericano, han de ser *graves y urgentes*.²⁹

Además de los requisitos antes mencionados, para conformar el estándar internacional lo señalado en el artículo 25.1 de la CADH, que garantiza el derecho a un recurso rápido y efectivo (*effective remedy*) deben considerarse los estándares sobre la necesidad de eficacia y efectividad de los mecanismos de aseguramiento de una pretensión.

En Chile, el mecanismo más rápido y eficaz que regula el ordenamiento jurídico es el Recurso de Protección, que tiene por finalidad garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales.

2. EL RECURSO DE PROTECCIÓN

Es importante preguntarse si en esta institución cautelar de carácter constitucional se encuentra reconocido jurídicamente un poder cautelar genérico, pues si bien desde sus orígenes cumplió la función de ser “una verdadera llave maestra del estado de derecho chileno, la única vía que permitía obtener una oportuna y efectiva tutela judicial para prácticamente toda posición jurídica subjetiva de los ciudadanos”³⁰, esta herramienta ha sido cuestionada según se verá.

2.1. Naturaleza jurídica del recurso de protección

El recurso de protección es una institución que se regula en el artículo 20 de la CPR y que tiene por objetivo obtener que el tribunal competente tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneran algunos derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de la misma Carta Fundamental:

Véase también el Cap. II del Tít. II del Libro V del nuevo *Código de Proceso Civil* brasileño, sancionado por la ley n° 13.105 de marzo de 2015.

²⁹ La gravedad es definida por la Comisión como «el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano», mientras que la urgencia como «la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar.» Art. 25.1 y 2 a) y b), Reglamento de la CIDH, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>

³⁰ Bordalí, Andrés. “El Recurso de Protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. En *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N° 2, diciembre, 2006, p. 206.

«El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.» (art. 20 CPR)

De acuerdo con ese contenido, el recurso de protección chileno es similar a la acción constitucional que en Argentina y otros países latinoamericanos se conoce como *Recurso de Amparo*, en el sentido que ambas acciones tienen por finalidad la tutela de derechos fundamentales vulnerados, considerándose especialmente los ya mencionados derechos de cuarta generación.

Las dos fuentes jurídicas más relevantes que reconoce esta acción constitucional en Chile son el art. 20 ya citado y *el Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales* (CS 24 de junio de 1992, modificado el 8 de junio del 2007)³¹.

A pesar de la denominación que le atribuye el artículo 20 de la Constitución, cierto es que el recurso de protección no es un recurso, sino una acción constitucional. No es un recurso por cuanto no busca modificar, revocar o anular una sentencia judicial, sino provocar la intervención jurisdiccional en resguardo de la observancia y tutela de los derechos fundamentales. Con todo, el AA que lo regula hace sinónimas ambas expresiones en su artículo 1º al disponer: «El recurso o acción de protección...»

El recurso de protección chileno es una acción específica de emergencia, con un procedimiento rápido e informal. Se ha dicho, en este sentido, que se trata de una “acción cautelar” o de una “acción cautelar inmediata”, toda vez que tiene por finalidad garantizar el debido resguardo de un derecho constitucional amenazado o conculcado. Es por esto que la CS ha resuelto la necesidad que el derecho que se dice vulnerado sea *legítimo*, es decir, “que se funde en claras situaciones de facto que permitan por este especial procedimiento restablecer el imperio del derecho; pero es

³¹ Entre la fecha de presentación de esta ponencia y su envío para publicación la CS modificó nuevamente el AA sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, por medio del auto acordado de 28 de agosto de 2015.

improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo, que son de lato conocimiento”³².

Lo anterior ha llevado a la CS a entender que el recurso de protección es una acción de naturaleza cautelar. Y además se entiende que debe tratarse de una tutela expedita, rápida y eficaz donde se “cautele” el derecho, sin perjuicio de que el asunto pueda ser visto por un juez de merito, si se lleva nuevamente a la jurisdicción.

Ahondando sobre la naturaleza jurídica del recurso de protección chileno, se ha sostenido que correspondería a una “acción cautelar”, aserto que se basa en las expresiones del comisionado señor Ortúzar durante la sesión n° 214 de la CENC, quien expresó: “De manera que este es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, *restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado.*” (destacado nuestro). Esta declaración ha llevado a algunos autores a sostener que el recurso de protección es una acción cautelar³³.

Se ha sostenido por la jurisprudencia que el recurso de protección en ningún caso puede tener por objeto la declaración o constitución de derechos, desde que “fue establecido con el fin de servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a manifiestas violaciones de los derechos amparados por el mismo y está concebido para dar respuesta inmediata a situaciones de hecho que, constituyendo actos u omisiones arbitrarios o ilegales, amagan o vulneran el ejercicio de algunas de las garantías individuales que señala el artículo 20 de la Constitución”³⁴.

En la misma línea, se ha declarado que “la acción o recurso de protección es una medida cautelar de rango constitucional (...)”, por lo que existiendo un juicio ordinario para demandar con los caracteres de “un proceso que ofrezca las debidas garantías de ser racional y justo, permitiendo la contradictoriedad y la posibilidad de rendir pruebas, garantía que se configura naturalmente en los juicios de lato conocimiento y no en la sede de protección, que tiene por objeto servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a manifiestas violaciones de estos derechos y a restablecer de manera inmediata el imperio del derecho (...)”, el recurso de protección no puede prosperar.³⁵

En suma la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha declarado reiteradamente que el recurso de protección es una *acción constitucional de carácter cautelar*, que tiene por finalidad amparar el legítimo ejercicio de *derechos indiscutidos* y

³² CS, recurso de protección, sentencia de 22 de junio 1992.

³³ Vargas Miranda, Rafael. *Instituciones de Derecho Ambiental. El Recurso de Protección Ambiental*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2007, p. 71.

³⁴ Expresiones vertidas por el Contralor General de la República en Sesión ordinaria 4ª del senado (11 de octubre de 1994) [disponible en www.senado.cl/appsenado/index]

³⁵ CA San Miguel, Rol 178-2007 (sentencia de 31 diciembre 2007)

preexistentes, adoptándose providencias para poner remedio a un acto u omisión arbitrario o ilegal que afecte a ese ejercicio, pero que por su naturaleza cautelar no es posible que esa vía pueda utilizarse para declarar o constituir situaciones jurídicas nuevas.

Con todo, hay un sector de la doctrina chilena, encabezado por Raúl Tavolari que considera errada dicha calificación, porque al recurso de protección le falta el requisito de la *accesoriedad* propia de la actividad cautelar, por cuanto toda acción busca al final la protección o garantía de un derecho. Lo que sí resulta muchas veces cautelar en el recurso de protección, es la sentencia que lo acoge, por cuanto dispone medidas tendientes a “asegurar o garantizar al favorecido el ejercicio de un derecho. Tal mandato será cautelar.”³⁶

2.2. El recurso de protección a la luz de los presupuestos y estándares procesales de la tutela cautelar y su manifestación jurisprudencial.

2.2.1. *Periculum in mora*

El *periculum in mora* constituye uno de los presupuestos clásicos de la tutela cautelar. Si bien en la actualidad se ha confundido con la urgencia, no ha de olvidarse lo señalado por Calamandrei, para quien “lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz.”³⁷ Ahondando en esta idea, explica el mismo autor que “el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito.”³⁸

Este presupuesto se reconoce en la jurisprudencia nacional. En la sentencia dictada por la CA de Copiapó en el conocido caso denominado “Pascualama”, en el que distintas comunidades indígenas de la etnia diaguita recurrieron de protección en contra de la Compañía Minera Nevada SpA, por haber incumplido las medidas de mitigación comprometidas por ésta al realizar los estudios de impacto medioambiental necesarios para la realización del proyecto minero ubicado en valle del Huasco, región de Atacama. En particular, se esgrimió que la empresa no habría cumplido, entre otros, con el modelo matemático de dispersión de emisiones de polvo, junto a la realización de otras actividades sin las autorizaciones administrativas respectivas. Por lo anterior, y en consideración a las pruebas presentadas, la Corte declaró que “Minera Nevada

³⁶ Vide y cf. Tavolari, Raúl. *El Proceso en Acción*. Editorial Libromar, Santiago, 2000, pp. 462 y 463.

³⁷ Cf. Calamandrei, ob. cit., p. 71.

³⁸ *Ibidem*, p. 72.

SpA ha incurrido en deficiencias en la implementación de las medidas de mitigación y control de material particulado, derivado de la no humectación de los caminos cercanos a los glaciares, advirtiendo que los cuerpos de hielo Toro 1 y Esperanza mantienen una capa de material articulado de algunos centímetros de espesor, lo que a su vez, según la RCA *se traduce en una eventual afectación a aquellos recursos naturales y en consecuencia en un riesgo de daño ambiental que debe cesar en aras a no generar más perjuicios a los bienes jurídicos tutelados, tanto en el orden nacional como internacional.*” (cursivas nuestras).³⁹

El mismo tribunal estimó que, dado el incumplimiento de las medidas de mitigación comprometidas, el daño causado era de tal envergadura, que la actividad minera “debía cesar en aras a no generar más perjuicios”. Con esto la Corte buscó evitar el daño irreparable que la polución ocasionaría a los glaciares si se continuaba con la actividad minera sin que se adoptasen las medidas ordenadas por la Resolución de Calificación Ambiental.⁴⁰

La CS se ha manifestado respecto a los criterios preventivos a seguir en materia medioambiental. En una sentencia reciente ha declarado “Que en armonía con lo anterior surge el principio preventivo que informa la normativa ambiental. En tal perspectiva, cuando una actividad económica represente riesgos para el medio ambiente, *aun cuando no exista certeza de los mismos*, deben adoptarse las medidas que permitan resguardar el ambiente, pues su degradación afecta a toda la comunidad al impactar en el medio y la calidad de vida en la cual todos compartimos y nos desarrollamos...” (cursivas nuestras).⁴¹

2.2.2. *Fumus bonis iuris*

El segundo presupuesto esencial de la actividad cautelar lo constituye la “aparición de buen derecho” o *fumus boni iuris*. Para Tavolari “se trata de un grado de convicción del juez acerca de la posibilidad de dictarse, en definitiva, una resolución sobre el fondo, favorable al sujeto que impetra la tutela jurisdiccional.”⁴² Así también lo sostiene Juan Carlos Marín, para quien “lo que en este estadio procesal se debe acreditar es similar a lo que los ingleses denominan *a good arguable case*, es decir, se debe acreditar en una primera aproximación y en sede provisional, que razonablemente hay probabilidades de obtener una sentencia favorable.” Agrega que “no se trata de acreditar de un modo fehaciente que efectivamente se tendrá éxito en la

³⁹ CA Copiapó, Rol 300-2012, sentencia de 15 de Julio de 2013, considerando 8º, pf. 3º.

⁴⁰ El tribunal resolvió “1. Mantener paralizada construcción del proyecto minero en cuestión hasta que se adopten todas las medidas contempladas en la RCA para el adecuado funcionamiento del sistema de manejo de aguas, así como las medidas urgentes y transitorias que ha ordenado la Superintendencia de Medio Ambiente, previa verificación por parte de la mencionada autoridad medioambiental.” (*ibidem*).

⁴¹ CS, Rol 3918-2012, sentencia de 2 de mayo de 2013, considerando 16º (reclamo de ilegalidad deducido en contra de la Municipalidad de Concón)

⁴² Ob. cit. (1994), pp. 146 y ss.

reclamación final, supuesto en el cual estaríamos anticipando en sede provisional lo que sólo se exige al final del juicio. Estamos en una zona intermedia entre la convicción (que sólo se producirá en la sentencia definitiva) y la mera afirmación de un derecho.”⁴³

Así también lo ha sostenido la CorteIDH en el conocido caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, declarando, en la resolución sobre medidas provisionales, que “Se está ante una apariencia razonable de riesgo de violación de los derechos alegados por los peticionarios (*fumus boni iuris*) si se ejecuta la sentencia, por lo que se reúne el requisito de extrema gravedad en la amenaza a la libertad de expresión de las presuntas víctimas”⁴⁴. En este caso la Corte consideró la existencia de apariencia de buen derecho al estimar que, de procederse a la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, que condenaba a Mauricio Herrera Ulloa por cuatro delitos penales, significaba afectar el derecho de reclamante a la libertad de expresión, además de provocar una alteración a su *status quo*. Por esta razón la Corte ordenó al Estado de Costa Rica, como medida cautelar, dejar sin efecto provisionalmente la sentencia.

En el mismo caso, la Corte sostuvo que “en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.”⁴⁵

Si bien, no se trata de importar acríticamente al proceso de tutela constitucional las categorías del juicio declarativo civil, como las de *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, puesto que el debate es distinto y los efectos de las sentencia diferentes, no es menos cierto que tratándose especialmente de la apariencia de buen derecho, lo que la CA debe apreciar es que hay una fuerte y grave probabilidad que existan, en perjuicio de una persona, acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que produzcan los efecto de privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de alguno de los derechos y garantías reconocidos en el catálogo del art. 19 CPR. Tanto la doctrina como la jurisprudencia advierten que el debate en sede del recurso de protección es una primera aproximación y tutela a una situación desventajosa y que atentatoria, mas no impide que luego, en un juicio de lato conocimiento se discuta sobre la existencia del derecho que el reclamante alega vulneración (en particular cuando el recurso es denegado). De esta forma, la

⁴³ Marín, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2004, p. 251 y ss.

⁴⁴ CorteIDH, causa *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, resolución de 23 de mayo de 2001, pf. 3.d.

⁴⁵ CorteIDH, resolución sobre medidas provisionales, de 6 de diciembre de 2001, considerando 4°.

sentencia que se dicte en el recurso de amparo produciría, bajo algunos supuestos, sólo *cosa juzgada formal*.⁴⁶

2.2.3. Eficacia

Un carácter relevante de la tutela cautelar es su *eficacia*, ya que de nada serviría que el ordenamiento jurídico esté dotado de un sinnúmero de mecanismos y herramientas procesales, si éstas no son eficaces en su implementación. Lo mismo opina la CorteIDH, la que ha fijado ese estándar en diversos fallos sometidos a su conocimiento.

La Corte lo ha declarado expresamente a propósito de los recursos judiciales. Así, en el caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica* señaló que “el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior, procure la corrección de decisiones jurisdicciones contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo.”⁴⁷ En *Las Palmeras contra Colombia*, entendió que “... no basta con la exigencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención.”⁴⁸

Entendemos que la eficacia es un criterio exigido transversalmente para todos aquellos medios o herramientas procesales, que busquen el resguardo y la protección de los derechos humanos de los justiciables.

2.2.4. Urgencia

Otro elemento importante de la tutela cautelar es la *urgencia*, ya que de nada serviría que se impusiera un sin número de mecanismos si estos no están implementados de forma urgente para intervenir en el momento necesario. Este elemento está esencialmente relacionado al temor del *periculum in mora*, ya que ante el peligro de daño jurídico derivado del retardo de la producción de la providencia definitiva, el tiempo es un factor determinante. En este sentido y siguiendo lo planteado por Mario Morello, quien señala que “Ante este eminente peligro se requiere que la providencia cautelar tenga el carácter de urgente, es decir, que el juez tenga que dictarlo sin retardo”⁴⁹. Esta urgencia está determinada por la tardanza que potencia la

⁴⁶ Con las limitaciones y prevenciones que explica Raúl Tavolari, ob. cit. (2000), pp. 526 y sig.

⁴⁷ CorteIDH, *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, pf. 161.

⁴⁸ CorteIDH, *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001, pf. 58.

⁴⁹ Morello, Mario Augusto y Vécovi, Enrique. “Medidas Provisionales y Medidas Cautelares”. En Rey Cantor, Ernesto, Rey Anaya, Ángela. *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>

consumación del riesgo, no solo por la habitual dilación del resultado final sino, en esencia, por la necesidad casi siempre imperiosa de anticipar, aunque sea provisional, el bien tutelado por un derecho fundamental, cuando aquella vulneración signifique un daño irreparable para su titular.

La *urgencia*, se puede percibir en dos aspectos determinantes, el primero de ellos es que la urgencia tiene una vinculación natural con el tiempo en que la problemática es resuelta, con el fin de que la protección resulte exitosa y efectiva, que responde esencialmente al principio “*al menor tiempo, mayor es la eficacia*”. Esta es una característica definitoria, dado que todos los actores buscan que sus derechos sean satisfechos en menor tiempo. Y en segundo lugar se relaciona con la inminencia del daño, por la imperiosidad del derecho a cautelar. Así queda de manifiesto con la positivización de los elementos de urgencia y gravedad en el artículo 299 del CPC chileno.⁵⁰

La CSJN en el caso “Defensor del pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (providencia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, el que buscaba el restablecimiento de servicios básicos de agua y alimentos a comunidades indígenas, con fecha de 18 de septiembre de 2007⁵¹, sentencia que: “A fin de que se los condene a que adopten las medidas necesarias para modificar las actuales condiciones de vida de las poblaciones indígenas (...). Que la gravedad y *urgencia* de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional...”.⁵² Con motivo de lo anterior, el máximo tribunal argentino sentenció “Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios.”⁵³

⁵⁰ Art. 299 inc. 1° del CPC «En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten...»

⁵² CSJN, D. 578. XLIII. Originario, 18-9-2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nac. Y otra (Prov. De Chaco) s/Proceso de conocimiento”, disponible en: <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/07/Fallo-Chaco-defensor-del-pueblo.pdf>. Considerando 3°.

⁵³ *Ibíd.*, III decisión resolutive.

De esta forma, podemos apreciar que a consecuencia de las necesidades imperiosas de las comunidades indígenas de Argentina, se logra que el poder judicial de aquella nación, dada la importancia de los derechos a tutelar, le impute el carácter de *urgente* a la pretensión para que se materialicen las medidas necesarias en un período de tiempo determinado y así cumplir con las necesidades básicas de las comunidades, estableciéndose, como la vía más idónea para evitar que aquellas omisiones a estos puedan causar un mal mayor en la población.

2.2.5. Idoneidad

Otro de los elementos que se ha considerado esencial de la tutela cautelar es la *idoneidad*. Es definido por Raúl Tavolari como “la aptitud precisa de la actuación cautelar, para caucionar el fin que se busca y no otro u otros”⁵⁴, dado que la medida cautelar debe ser idónea para asegurar la futura ejecución de la sentencia. Este criterio es primordial al momento de solicitar u otorgar una medida cautelar, ya que el otorgamiento de medidas cautelares que no sean adecuadas y óptimas para el caso particular, podrían devenir en daños injustos o la obtención de transacciones no equitativas.

En este sentido, la CorteIDH en respuesta a la solicitud de la CIDH de otorgar “las medidas de protección idóneas”⁵⁵ para el señor Danilo Rueda, frente al riesgo de haber sido amenazado de muerte en forma reiterada y objeto de al menos tres eventos que afectaren su vida o integridad física; resolvió “... requerir al Estado que mantenga las medidas que estuviere implementando, así como también adopte, de forma inmediata e individualizada, las necesarias y efectivas medidas complementarias que resulten a partir de la evaluación de la situación particular de riesgo del señor Rueda, a fin de evitar daños irreparables a su vida e integridad personal, de conformidad con los Considerandos 9 a 16 de esta Resolución.”⁵⁶ Por tanto, la Corte respondió a la idoneidad de las medidas provisionales al requerir al Estado de Colombia que adopte las medidas inmediatas y *personalizadas*, necesarias y *efectivas* para evitar daños irreparables a la vida e integridad personal de la víctima.

2.3. Críticas al recurso de protección Chileno

El hecho de que la CA posea la facultad de declarar inadmisibile el recurso de protección en los casos en que este se interponga de forma extemporánea o no cumpla

⁵⁴ Cfr. Tavolari, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Editorial Jurídico, 1994, p. 145.

⁵⁵ “Establecer un mecanismo rápido y efectivo de evaluación del riesgo del señor Danilo Rueda, que permita identificar cualitativamente las fuentes actuales de riesgo y, consecuentemente, las medidas de protección idóneas frente a las mismas” CorteIDH, sentencia de 28 de mayo de 2014, caso *Danilo Rueda*, párrafo 4.b, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/rueda_se_02.pdf

⁵⁶ CorteIDH, sentencia de 28 de mayo de 2014, caso *Danilo Rueda*, parte resolutive, párrafo 1.

con el requisito de real vulneración de los derechos fundamentales, tal como lo dispone el número 2 del AA dictado por la CS para la tramitación de este recurso, implica una afectación inminente y directa al derecho a la tutela judicial efectiva, al verse restringida y limitada la posibilidad de acceso y tutela del pretendido derecho.

Por otro lado señalamos que el recurso de protección altera la organización jurídica del Estado. En este sentido nos referimos principalmente a dos problemas. En primer lugar, la lesión al derecho fundamental del justiciable de solicitar tutela al tribunal más cercano territorialmente –la viejísima garantía del acudir ante el *juez de la tierra*–, lo que no se concreta en el caso de esta acción constitucional, puesto que el conocimiento en primera instancia se le encomienda a la CA respectiva que, por lo general, se encuentra en la capital de la región, habiendo un total de 17 Cortes para 15 regiones a del país. De este modo, no se satisface el derecho al *juez natural* por los extensos recorridos que desde ciertas localidades deben realizar los justiciables para obtener tutela. Este problema también se presenta en segunda instancia, y de manera agravada, ya que el tribunal conocedor es la CS, ubicada en la capital de Chile. En segundo lugar, debido a la importancia que posee el recurso de protección, el conocimiento de éste debe realizarse de forma rápida, lo cual se ha transformado en un problema, ya que la gran cantidad de recursos de protección que se someten al conocimiento de los órganos competentes provoca que tanto la CA como la CS se distraigan de su labor principal. En este sentido el Bordalí sostiene que "la experiencia en nuestro país indica que las Cortes dedican mucho tiempo a la protecciones descuidando el conocimiento oportuno y adecuado de las apelaciones. Pero hay más. Tenemos a nuestra Corte Suprema fallando una enorme cantidad de apelaciones en materia de protección dejando a un lado su tarea principal cual es fijar la correcta interpretación de la ley a través del Recursos de Casación en el Fondo."⁵⁷ Según la información proporcionada por la Corporación Administrativa del Poder Judicial durante el año 2011 ingresaron a las Cortes de apelaciones del país un total de 32.045 recursos de protección.

Por tanto, producto de los requisitos del recurso de protección y el problema de la organización territorial, aumentan los costos del acceso a la justicia, ya que tenemos por un lado las grandes distancias que deben recorrer los justiciables hacia las CA y por otro, la necesidad de acudir con representante, condiciones que atentan directamente contra la garantía de un recurso sencillo, contenida en diversos tratados internacionales, como el mencionado art. 25.1 de la CADH, volviendo a éste un recurso inaccesible para la población mas vulnerable de país .

Y en este orden de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en algunas sentencias que la configuración actual del recurso de protección infringe el artículo 25.1 de CADH y 8.1 del mismo pacto. En este sentido en el Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones

⁵⁷ Bordalí, Andrés. "El Recurso de Protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica". En *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N° 2, diciembre, 2006, pp. 206-207.

y Costas) que en sus considerando 131 señalaba. (“Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad...”⁵⁸), y considerando 143. “...la Corte concluye que la referida decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que declaró inadmisibles el recurso de protección no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención.”⁵⁹

El recurso de protección utilizado como instrumento cautelar afecta la seguridad jurídica de los justiciables. El hecho de que esta acción constitucional no produzca la cualidad de cosa juzgada material, trae como consecuencia la posibilidad de ventilar el asunto en un juicio posterior de lato conocimiento. En este sentido, las partes no tienen claridad ni certeza de que lo resuelto por el tribunal concedor del recurso, se consolidará como definitivo. Otro aspecto criticable es la imposibilidad de generar una dogmática constitucional consistente en materia de derechos fundamentales, pues la CS por un lado y el TC por otro, dan contenido a los derechos de manera paralela, produciéndose una dicotomía en cuanto a qué se entiende por cada derecho subjetivo esencial. Quien recurre de protección no tiene certeza respecto al contenido del derecho a utilizar por el respectivo tribunal.

2.3.1. Críticas en cuanto a la regulación normativa e implementación del recurso de protección

Además de su consagración constitucional, en el art. 20 CPR, el recurso de protección está regulado en el AA del 24 de junio de 1992 “Sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales”. Esta norma emana de las facultades económicas de la CS, que le permiten adoptar todas las providencias necesarias para una realización expedita del engranaje jurisdiccional. Sin embargo, al AA pueden formularse fuertes reparos de constitucionalidad, pues vulnera el principio de reserva legal en materia de procedimientos, consagrado en el artículo 63 n° 3 de la CPR, y también en el artículo 19 n° 6 del mismo cuerpo normativo.

En fin, al momento de analizar la tramitación del recurso de protección, podemos advertir una vulneración al derecho fundamental del debido proceso, ya que el referido AA no admite término probatorio dentro de éste, afectando de este modo el derecho a la prueba que tienen los justiciables, en conformidad a las normas del debido proceso que se encuentran establecidas en el artículo 19 n° 3 de la C.P.R y complementadas con las normas pacticias, de acuerdo al artículo 14.1 del PIDCIP y el artículo 8.1 de la CADH.

⁵⁸ Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 2, párr. 192; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 2, párr. 144; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 93, párr. 213.

⁵⁹ CorteIDH, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso *Claude Reyes*, parte resolutive.

CONCLUSIONES:

1. Aquellas herramientas procesales, conocidas como medidas cautelares, han ido evolucionando. Desde su concepción clásica, que las hace aplicables sólo como un medio para asegurar el resultado práctico de una pretensión, recayendo siempre en bienes patrimoniales, hacia un cometido amplio más amplia, que garantiza no tan solo la ejecución de la pretensión satisfecha en juicio, sino que también asegura una tutela judicial efectiva.
2. A lo largo de la investigación hemos señalado que la potestad cautelar se desprende de un aspecto de la jurisdicción, que faculta al juez para adoptar las medidas adecuadas en orden a garantizar una determinada pretensión. Esta potestad se materializa en el ordenamiento patrio desde la publicación del vigente CPC en el año 1903, el cual establece el poder cautelar genérico. Sin embargo, este no ha sido suficiente para superar la desconfianza de los operadores jurídicos para impetrar solicitudes de tutela cautelar o bien imponerlas amparadas en esta facultad, situación que ha llevado a un exiguo desarrollo jurisprudencial de esta herramienta.
3. De acuerdo a lo anterior, se hace necesario superar la desconfianza existente entre el legislador y los jueces, para así dotar a estos últimos de amplios poderes cautelares. Dicha situación se ha ido atenuando, en el sentido que el legislador ha ido incorporando en ciertos procedimientos especiales medidas cautelares innominadas y anticipatorias, como ocurre en los procedimientos laborales y de familia. Un ejemplo de aquello es lo que ocurre en materia comercial con la ley 18.092 sobre letra de cambio y pagaré, estableciendo en el art. 94 una medida cautelar anticipatoria, en que el juez puede decretar la suspensión provisional de la aceptación y el pago cuando se trate de una solicitud de extravío de una letra de cambio o pagaré.
4. Al no haber un desarrollo jurisprudencial sobre las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, que en buenas cuentas permitan la obtención de una tutela judicial adecuada, se han buscado soluciones alternativas, como la acción constitucional *cautelar* de protección, la que se ha convertido en una institución supletoria frente a la ausencia de otro mecanismo idóneo para el efecto.
5. El Recurso de Protección chileno es una acción constitucional cautelar, pensada como una herramienta de fácil acceso y rápida tramitación, para aquellas situaciones en que se hayan producido vulneraciones de derechos fundamentales contemplados en el catálogo de los derechos que ampara. Concebimos a este mecanismo como uno que posibilita el acceso de los justiciables al sistema judicial, es decir, al tiempo que se otorga tutela cautelar, se configura la tutela judicial efectiva.
6. En cuanto al examen del Recurso de Protección, utilizando los estándares de la tutela cautelar referidos a la idoneidad, eficacia y urgencia, convenimos en que este

proceso constitucional autónomo no es satisfactorio ya que, originalmente, ésta vía tenía por finalidad el resguardo del derecho de propiedad ante el posible abuso del poder estatal administrativo, por lo que no podemos señalar que sea el medio más idóneo, ya que más allá de ser una vía orientada a garantizar la satisfacción de los derechos, terminó desvirtuándose y actuando como vía de escape ante la escasez de medios que garanticen eficazmente la protección de los derechos fundamentales.

7. En cuanto a la eficacia y urgencia, aún cuando el AA sobre tramitación del recurso de protección permita conocer y resolver dentro de breve plazo; éste no es suficiente y eficaz, dado que esta vía constitucional no es accesible, ya que no se encuentra al alcance de los justiciables por encontrarse con variadas complejidades que han hecho difícil su utilización como, por ejemplo, la distancia física existente entre el tribunal competente y las comunas periféricas. Otra complejidad viene dada por la existencia de medios de impugnación que impiden ejecutar provisoriamente la sentencia, herramienta muchas veces utilizada como forma de dilatar sus efectos.

8. Si asimilamos al Recurso de Protección a un *effective remedy*, es necesario que éste cumpla con los estándares que se han fijado para ello: eficacia, idoneidad y rapidez. Sin embargo, debido al excesivo uso y el aumento del ámbito de aplicación de la acción de protección, no siempre se cumple con dichos parámetros, por lo que debiera fortalecerse la cualidad de remedio efectivo en tanto resguarde y tutele derechos fundamentales en situaciones de gravedad y urgencia, sustrayendo de la esfera de aplicación del recurso de protección aquellas situaciones que podrían perfectamente tutelarse a través de una vía civil.

9. La utilización del recurso de protección ha sido desvirtuada, lo que ha provocado que gran parte de la carga de los tribunales sea el conocimiento de recursos de protección (los cuáles prevalecen en su conocimiento al resto de las causas, en virtud de su urgencia), en perjuicio del resto de las causas sometidas a su decisión de acuerdo a su competencia natural. Por lo anterior, creemos necesario que una medida de naturaleza cautelar similar al recurso de protección se radique en tribunales de primera instancia y con presencia en todas las comunas y territorios del país, acercando el acceso a la tutela de los derechos fundamentales a los justiciables, más allá de su ubicación geográfica y situación socioeconómica.

10. Finalmente y sin perjuicio de la reforma que se está llevando a cabo en el congreso nacional chileno que, entre otras materias, establece expresamente las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, creemos que no se tiende a erradicar la desconfianza al momento de solicitar y otorgar este tipo de medidas cautelares, porque no se establece un sistema de valoración de los presupuestos y elementos que componen estas medidas como una herramienta necesaria que le permita al juez fijar criterios de aplicación al momento de pronunciarse sobre ésta.

BIBLIOGRAFÍA:

Alvarado Velloso, Adolfo (2013). “El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión”. En *actas XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre.

Berizonce, Roberto (2009). *Tutela Procesales Diferenciadas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni

Bordalí Salamanca, Andrés. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. En *Revista de Derecho*. Vol. 19, N° 2. Valdivia, diciembre, 2006. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art10.pdf>

-----“Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 38, N° 2, 2011, p. 335, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v38n2/art06.pdf>

Calamandrei, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares*. Editorial “El Foro”, Buenos Aires, 1996.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958.

-----*Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I, 4ª ed., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2003.

Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II. 3ª. Edit. Jurídica, Santiago de Chile, 2004.

Fernández, Miguel Ángel. *Derecho procesal civil*. Tomo III, 4ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.

Klett Fernández, Selva, “Las medidas cautelares innominadas en el código general del proceso de la república oriental del Uruguay”. En *actas XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013.

Marín, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

“Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: Su tratamiento en algunas leyes especiales”. En *Revista de estudios de la justicia*, N° 8, 2006, p. 13, disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15100/15513>

Marinoni, Luiz Guilherme. “La Evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil”. En actas *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013.

Morello, Mario. *Anticipación de la Tutela*. Edit. Platense, La Plata, 1996.

Podetti, Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. 2ª ed., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1969.

Satta, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1971.

Tavolari Oliveros, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Edit. Jurídica, Santiago de Chile, 1994.

El Proceso en Acción. Editorial Libromar, Santiago, 2000.

Vargas Miranda, Rafael. *Instituciones de Derecho Ambiental. El Recurso de Protección Ambiental*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2007.