

**LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO DE TUTELA
SUPRAINDIVIDUAL. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA.**

Pablo I. Méndez Ortiz *

RESUMEN: En el presente trabajo se propone una nueva visión del recurso de protección, en el sentido de considerar a dicho instituto como una herramienta idónea para reclamar tutelas de carácter colectivo de las diversas garantías señaladas en el art. 20 de la C. Pol. Para la consecución de este fin, se examinan los elementos dogmáticos que permiten sostener lo anterior. Así, desde la perspectiva de su legitimación, se analiza de un modo especial, las clases de legitimación y el requisito de la determinación del perjudicado; asimismo, se trata la eficacia de la sentencia de protección y de la posibilidad de su extensión sobre terceros, todo ello a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, para finalmente derivar en algunas apreciaciones personales.

Palabras clave: Intereses supraindividuales, Recurso de protección, Acciones colectivas

ABSTRACT: The following paper develops a new perspective about the constitutional action so-called *Recurso de protección*, in the sense to considering it as a class action. In order to attain the purpose above, a very precise analysis of the dogmatic elements that support the present thesis is made. Thus, from the view of it *locus standi*, it is analyzed in special way, the classes of *locus standi* and the requirement of the determination of the injured party are analyzed. Likewise, it

* Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad de Valparaíso.

Este trabajo corresponde a una versión ampliada, y ojala mejorada, de la ponencia presentada en el "III Congreso de Derecho y Teoría Constitucional", organizado por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y realizado en Santiago entre los días 21 y 24 de agosto de 2007. Agradezco a los profesores Ricardo Salas y Claudio Meneses por sus útiles comentarios a una versión preliminar de este artículo. He aprovechado, además, las observaciones hechas por los académicos Nicolás Espejo y Ricardo García Manrique como comentaristas, así como por los demás asistentes, en dicha jornada. Como no siempre he seguido sus opiniones, ellos no tienen responsabilidad por lo dicho aquí.

deals with the efficacy of the judgment and the possibility of its extension on third persons, all in the light of the doctrine and the judicial precedent.

Keywords: Supraindividual interest, *Recurso de Protección*, Class actions

INTRODUCCIÓN AL TEMA

En este trabajo deseo debatir acerca del recurso de protección, de aquel instituto de carácter procesal y constitucional instaurado en el art. 20 de nuestra Constitución Política, que tiene por objeto hacer frente a determinadas situaciones arbitrarias o ilegales que alteran ciertos derechos tasados por el constituyente. En concreto, plantearé la posibilidad de considerar a esta acción como una herramienta idónea para solicitar tutela de intereses supraindividuales ante nuestros tribunales de justicia, es decir, defenderé la posibilidad de provocar peticiones de protección colectiva de las diversas garantías constitucionales señaladas en esta norma. Sin embargo, esta es una cuestión que puede resultar un tanto extraña en un principio por un par de consideraciones que es necesario señalar.

En primer término, por la circunstancia de que en el art. 19 C.Pol. no se señalan “intereses” sino sólo “derechos”, que corresponden a la clásica figura bajo la cual el derecho como sistema normativo garantizó a los individuos ciertos valores o bienes preciados. Si consideramos, en efecto, que dentro de nuestra cultura jurídica la palabra “interés” denota algo de mucho menor valor jurídico que los “derechos”, y que además de ello, nuestro constituyente no utilizó esta palabra en el estatuto de las garantías constitucionales, entonces, no parece muy posible el que se tutelen “intereses” —por muy jurídicos que sean— mediante el recurso de protección, ni mucho menos intereses “supraindividuales”.

Amén de lo anterior, en segundo lugar, no debe perderse de vista que desde la inclusión del recurso de protección a nuestro ordenamiento, la práctica ha demostrado que siempre se han protegido derechos individualmente considerados. Cuando los tribunales de justicia han fallado en favor de un recurso de protección, lo han hecho siempre pensando en una persona determinada, que tiene existencia concreta y que sufre por sí misma una

vulneración en su garantía constitucional. De acuerdo a este pensamiento, si el recurso se interpone en favor de una comunidad de sujetos, debe ser rechazado.

Todo este ambiente expuesto no es sino el resultado de una consolidación en nuestros tribunales de justicia de una interpretación restrictiva de los términos usados por el art. 20 C.Pol, en orden a que la legitimación activa de esta acción está siempre referida a la persona expresamente determinada, sea natural, sea jurídica. Más allá de estos dos obstáculos, empero, efectuaré un análisis de los elementos dogmáticos que, en mi opinión, permiten postular la tesis de que esta acción constitucional sí permite tutelar intereses de carácter supraindividual que son detentados por un grupo de personas.¹ Para ello, voy a distinguir, en primer lugar, (i) un acercamiento a los conceptos de interés difuso, interés colectivo, e interés individual homogéneo, estableciendo su potencial relación con la gama de derechos constitucionales que pueden ser tutelados por vía del recurso de protección; (ii) la legitimación extraordinaria consagrada por el constituyente en el art. 20 C.Pol., y; (iii) la posibilidad de una eficacia *ultra partes* de la sentencia dictada por el tribunal, acogiendo la protección impetrada. Con esta base dogmática luego analizaré la (iv) sentencia de 30 de agosto de 2001 dictada por nuestra Corte Suprema en el caso de la “píldora del día después”, que ha sido enunciada por la doctrina nacional como *el* caso en que se ha concedido tutela supraindividual, para terminar con (v) algunas apreciaciones finales.

I. (EL RECURSO DE) PROTECCIÓN (EN FAVOR) DE LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

¹ La tesis de este trabajo parte del supuesto de que los intereses supraindividuales corresponden a una realidad relevante y necesaria. Una defensa de la justificación y la legitimidad de estas categorías en el ámbito moral, sustancial y adjetivo en PÉREZ RAGONE, Álvaro, *¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos*, en *Revista de Derecho Procesal* 1 (2005), pp. 611-671.

1. Aproximación al concepto de interés difuso, colectivo e individual homogéneo

Es sabido que en el ámbito de la ciencia del derecho, el rol de “categoría jurídica” más importante fue jugado durante siglos por la figura del derecho subjetivo.² Era un lugar común sostener que todo acto antijurídico importaba necesariamente contrariedad a una facultad y que, por tanto, el titular de esa facultad podía acudir a los tribunales de justicia para solicitar el reestablecimiento de su derecho. Tal vez ello fue así porque el reconocimiento de derechos subjetivos supone, a su vez, una fundamental opción por la autonomía y la responsabilidad de la persona en su ámbito de vida más inmediato. Lo importante en todo caso, es que la ciencia (y la práctica) jurídica viajó de la mano de los conceptos de derecho y acción durante épocas: si el Derecho amparaba a A, luego, A tenía un derecho subjetivo; y si B o C pasaban a llevar ese derecho, A podía denunciarlos ante los tribunales de justicia ejerciendo una acción.³

Sin embargo, el concepto de derecho subjetivo como señorío absoluto de la voluntad humana, que atribuye a su titular ilimitadas posibilidades de actuación sin otros límites que las establecidas (de manera excepcional) por la ley, entra en crisis durante su evolución como consecuencia del cambio de circunstancias sociales, económicas y jurídicas. Ello acarrea como corolario la aparición de nuevas figuras jurídicas que van refinando el catálogo existente. A raíz de esto, hubo un cambio de postura y comenzó a sostenerse dos tesis centrales por parte de quienes se hallaban ligados al derecho: (i) que ya no todos los intereses jurídicos revisten la forma de derecho subjetivo y; (ii) que determinados intereses son objetivados por una norma jurídica como dignos de tutela sin necesidad de responder a la satisfacción de un derecho subjetivo absoluto.⁴ Fue así como el *interés legítimo* pasó a formar parte del menú de institutos jurídicos fundamentales.⁵

² Al respecto, debe tenerse presente la clásica discusión histórica y filosófica de la noción de derecho subjetivo de M. VILLEY. Cfr. *Las instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo*, y *La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam*, en su *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), pp. 70-99 y 149-190 respectivamente.

³ Según KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho* (Bs. As, Eudeba, 2006), pp. 95-96, el derecho subjetivo es una manera, entre otras, de concebir el derecho como orden normativo. Esto se manifiesta en la pretensión de que los derechos subjetivos comprenderían un ámbito de autodeterminación que antecedería al derecho objetivo, que sólo se limitaría a reconocerlo. Por esto mismo, la idea de los derechos subjetivos no es neutra moralmente, al contrario, es ideológica.

⁴ Sobre la diferencia entre interés jurídico y derecho subjetivo, cfr. MORENO, Pablo, *El interés de grupo como interés jurídicamente tutelado* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002), pp. 29-33; GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* (Navarra, Aranzadi,

Pero uno de los caracteres que gana la sociedad en su camino a la contemporaneidad, fue el ser una sociedad de masas. Ello implicó como correlato en el ámbito jurídico, el surgimiento de situaciones y relaciones de derecho en que intervenían agrupaciones de diverso tipo, o bien, simples individuos afectados por infracciones antijurídicas de relevancia colectiva. Como puede suponerse, el ya expandido catálogo de categorías jurídicas no fue suficiente para comprender estos nuevos cambios; y empezó a hablarse en la doctrina de intereses que reunían dos características especiales: (i) eran *supraindividuales*, esto es, encontraban su referente no ya en un único individuo, sino que existían en relación a agrupaciones de personas y; (ii) eran *indivisibles*, es decir, los interesados se encontraban en una especie de unión por el hecho de que la satisfacción de uno solo de ellos, importaba necesariamente la satisfacción de todos. En consecuencia, se definió a estas nuevas categorías como intereses que eran detentados por grupos de personas unidas por un vínculo (que podía ser de hecho o de derecho), de modo tal que la lesión a uno de los miembros del grupo, provocaba de inmediato la lesión de todos ellos.

El origen de esta clase de intereses se encuentra en los sistemas del *Common Law*, en especial, el de las *class actions* del ordenamiento norteamericano⁶. Por su parte, el primer acercamiento al fenómeno de los *intereses supraindividuales* por parte de los sistemas de *Civil Law* se remite a Italia, década del setenta del siglo pasado. Allí, el desarrollo de este tema encontró su inicio en las teorías de Mauro CAPPELLETTI⁷, quien, junto con Michelle TARUFFO y Vincenzo VIGORITTI, comenzó el estudio de las acciones colectivas

1999), pp. 45-53. Con todo, hay quienes opinan que la distinción pierde importancia en el momento preciso en que un simple interés pasa a ser tutelado por el ordenamiento jurídico, puesto que allí desaparece cualquier razón práctica o teórica que los diferencie. Cfr. GIDI, Antonio, *Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos* en GIDI, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (editores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (México, Porrúa, 2003), pp. 26, 29 y 30.

⁵ Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia rol N° 634 (9 de agosto de 2007) ha dejado en claro que el interés es algo distinto al derecho subjetivo, y que corresponde a una categoría “para la protección de bienes jurídicos que no pueden ampararse de la misma forma que los derechos subjetivos tradicionales”. Así, el interés legítimo sería un “interés que es posible de concretar y relevante para el derecho en la medida que la motivación que lo explica resulta acorde con los valores y principios de la Constitución” (C° 19).

⁶ Sobre el funcionamiento de las *class actions* en la realidad norteamericana y un análisis de la *Federal Rule 23*, GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en GIDI, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (editores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (México, Porrúa, 2003), pp. 1-25. Una relación entre las acciones de clase y el desarrollo político durante la historia norteamericana en FISS, Owen, *The political theory of the class action*, en *Washington & Lee Law Review* 53 (1996), pp. 21-31.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro, *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 83 (1978), pp. 1-40.

norteamericanas en artículos, seminarios y libros.⁸ En Latinoamérica, por último, fue el ordenamiento brasileño –aceptando las ideas de la tradición italiana— el primero en incorporar esta clase de tutela mediante la reforma de la Ley de acción popular; posteriormente, se introdujo esta figura en la ley de 1985 sobre “acción civil pública” y en 1990 fue perfeccionada en el Código de Defensa del Consumidor. Lo importante del asunto es que a nivel global, a partir de entonces, esta realidad jurídica ha adquirido cada vez más importancia en la legislación, sobre todo en lo referente al derecho de los consumidores, publicidad engañosa y medio ambiente⁹.

A pesar de todo esto, en la actualidad este es un asunto no pacífico en la doctrina, ya que sobre esta cuestión existe una falta de claridad que va desde su simple denominación hasta su posible existencia o autonomía. Pero más allá de la divergencia en la opinión de los autores y para lo que aquí nos interesa, lo que caracteriza a esta clase de intereses es que se trata de categorías jurídicas que trascienden la esfera de lo meramente individual, para ser compartidas por un grupo de personas con relación hacia un mismo bien. En términos generales, se trata de intereses que sin llegar a tratarse de “públicos”, tampoco pueden subsumirse dentro del ámbito privado; pertenecen a una comunidad de sujetos que se encuentran en un mismo estado, tienen una aspiración semejante frente a la existencia de una situación jurídica o a la realización de una determinada conducta.

En otras palabras, nos encontramos ante un gran cúmulo de nuevas situaciones que, sin formar parte de ni uno ni otro ámbito, pasan a ser referidas a grupos intermedios, ya sea de hecho o de derecho, grupos que, en definitiva, están formados por personas que tienen aspiraciones comunes. Es por esto que adquieren una relevancia superior que se distingue del interés privado, pero sin alcanzar a la comunidad general (como la formada por todos los ciudadanos miembros de una sociedad o unidad política). Es por ello que se mantienen en una dimensión propia, que puede denominarse social.¹⁰

⁸ GIDI, Antonio, *Acciones de grupo y ‘amparo colectivo’ en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional* (México, Porrúa, 2001), pp. 973-1031, en especial, 982-989.

⁹ Cfr. ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2006), I, pp. 18 y ss.

¹⁰ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *Derecho procesal constitucional y protección de los intereses difusos y colectivos*, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional* (México, Porrúa, 2001), pp. 1123 y 1124. Cabe agregar que el origen de la protección de estos intereses está en la Constitución, toda vez que se reconocen algunos derechos que pueden tener trascendencia como intereses de grupo, como el derecho a la salud o el derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Su dimensión social está reconocida en el art. 1º C.Pol., que se refiere a los llamados “grupos intermedios”.

En nuestro derecho, esta categoría de intereses ha tenido reconocimiento, por ejemplo, en los procedimientos que contempla la Ley N° 19.496 sobre protección al consumidor (arts. 50 y ss.), en la Ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente (arts. 53 y 54) y en nuestra Constitución, que consagra en su art. 19 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (N° 8).¹¹

Una vez decantada esta idea de los intereses supraindividuales, comenzó a hablarse en la doctrina de una clasificación de éstos en intereses colectivos, intereses difusos e intereses individuales homogéneos.

En un afán de precisar unos y otros¹², se ha dicho que *intereses colectivos* son aquellos que pertenecen a un grupo determinado de personas ligadas unas a otras, o a la contraparte, por una relación jurídica previa. Por tanto, esta categoría jurídica supone cierta organización del colectivo, como quiera que descansa en una base de derecho. Encontramos violaciones a este tipo de intereses, por ejemplo, cuando un banco cobra intereses excesivos o ilegales a sus clientes, o una empresa de seguro médico rehúsa dar tratamiento médico en el caso de ciertas enfermedades.

Son *intereses difusos*, en contraste, aquellos que pertenecen a una colectividad indeterminada o indeterminable, sin vínculos previos, que solamente están ligados entre sí por acontecimientos específicos, como por ejemplo, el habitar en una determinada localidad. Así, esta clase de intereses se esparce por todo el grupo social, de manera que es imposible identificar con claridad su titular, de ahí su nombre: intereses difusos. Los casos más claros de este tipo de aspiraciones se encuentran en el ámbito del medio ambiente y la protección al consumidor (*i.e.*, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, o el derecho a la veracidad en la información).

El factor determinante para establecer una diferenciación entre ambas clases de intereses es, por consiguiente, la determinación de los sujetos interesados. Efectivamente,

¹¹ Para un panorama general en nuestro ordenamiento, y en especial, un análisis de la situación en la Ley de Protección al Consumidor, cfr. MENESES PACHECO, Claudio, *Legitimación y cosa juzgada en la tutela procesal de derechos e intereses colectivos, en el ordenamiento chileno*, en *Revista de Direito Processual Civil* 39 (2006), pp. 230-266.

¹² Sobre estas conceptualizaciones, cfr. entre muchos, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*, en *RChD* 33 N° 1 (2006), pp. 69-91; GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales en Brasil* (trad. L. Cabrera Acevedo, UNAM, México, 2004), pp. 57 y ss.; del mismo autor, *Derechos...*, cit. (n.4), pp. 25 y ss.; GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *La tutela...*, cit. (n.4), pp. 99 y ss.; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El acceso a la justicia de los intereses de grupo (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)*, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional* (México, Porrúa, 2001), pp. 219-221; MORENO, Pablo, cit. (n.4), pp. 13-73; PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*, en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio* (México, UNAM-IIJ, 1988), III, pp. 2328 y ss.

mientras que la comunidad de referencia del interés colectivo está caracterizada por una mayor permanencia, en atención a que su composición es determinada o determinable por la existencia de la relación base; la del interés difuso, en cambio, lo está más por las notas de mutabilidad u ocasionalidad, puesto que su nacimiento descansa en un acontecimiento específico. Con todo, ambas especies de intereses no reconocen diferencias esenciales u ontológicas; hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico, a un mismo tipo de situaciones jurídicas. Son situaciones que revisten una misma naturaleza y estructura, y que comportan similares problemas jurídicos y procesales.¹³

Pero además de ello, la teoría del derecho ha conocido de otra clase de intereses: los *intereses individuales homogéneos*, que son aquellos de naturaleza individual y exclusiva, pero que tienen un origen fáctico común. Son intereses esencialmente individuales, pero que de manera ficticia reciben un tratamiento colectivo con el fin de facilitar su protección jurisdiccional. Sin esta previsión, la posibilidad de su defensa estaría vetada por el ordenamiento jurídico. La gran diferencia con los intereses difusos y colectivos radica en que esta clase de intereses en que son verdaderamente intereses individuales, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un sustantivo homogéneo¹⁴.

En todo caso, ambas especies de intereses están relacionadas, toda vez que por regla general, la violación de intereses supraindividuales (difusos o colectivos) puede acarrear, y en general acarrea, daños a la esfera individual, esto es, intereses individuales homogéneos. Así por ejemplo, es muy probable que el daño al medio ambiente provocado por gases tóxicos provoque a su turno daños a los habitantes vecinos a la industria.¹⁵

Por todo lo antes dicho, podría afirmarse al día de hoy que esta clase de intereses, si bien es cierto se encuentran aún en formación, ya han alcanzado un grado de autonomía suficiente como para ser considerados como categorías jurídicas. Los problemas se presentan ahora en otros ámbitos, concretamente, en el relativo a su tutela jurisdiccional. De ahí que el acceso a la justicia de estas categorías jurídicas sea uno de los temas más importantes dentro de la procesalística contemporánea¹⁶.

2. La acción de protección como mecanismo de tutela supraindividual

¹³ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *La tutela...*, cit. (n.4), p. 109. En el mismo sentido, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, cit. (n.12), p. 87; GIDI, Antonio, *Derechos...*, cit. (n.4), p. 35.

¹⁴ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, cit. (n.12), p. 88; GIDI, Antonio, *Derechos...*, cit. (n.4), pp. 35 y ss.

¹⁵ Cfr. GIDI, Antonio, *Derechos...*, cit. (n.4), p. 32, 33 y 38.

¹⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, cit. (n.12), pp. 217-218.

En materia de acción de protección, en la práctica, lo normal es que el afectado o cualquiera a su nombre, ocurra ante la Corte de Apelaciones respectiva con el objeto de obtener el debido resguardo de un derecho constitucional conculcado. En tal caso estamos frente a una tutela de carácter individual, el perjudicado en sus derechos es una o más personas perfectamente individualizadas y, en consecuencia, la sentencia definitiva que acoge la acción dispone medidas de protección sólo en favor de esas personas.

Sin perjuicio de lo anterior, creo que el recurso de protección podría servir como una herramienta para tutelar la clase de intereses antes vistos¹⁷. En otros términos, me refiero a la posibilidad de accionar de protección en favor de un grupo de la sociedad o de cientos de sujetos para obtener el debido resguardo de las garantías tasadas en el art. 20 C.Pol. En los hechos, esto se traduciría en la posibilidad concreta de interponer el recurso no en favor de una o más personas —naturales o jurídicas— perfectamente individualizadas (como se ha acostumbrado a hacer por los recurrentes), sino más bien, en favor de grupos indeterminados de sujetos, como podrían ser por ejemplo, “los habitantes de una cierta localidad”, “los usuarios de un determinado servicio” o “quienes desarrollen una misma actividad económica”.

No obstante lo dicho, la afirmación anterior requiere algunos matices, puesto que en mi opinión, la tutela de un interés supraindividual mediante la protección puede lograrse de diversas vías, a saber:

(1) en primer lugar, hay un interés difuso que se encuentra recogido expresamente por el art. 19 C.Pol. Tal es el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación¹⁸. En consecuencia, cada vez que una persona interpone una protección con

¹⁷ En iguales términos, ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La incorporación de las acciones para la tutela del interés difuso y colectivo de la Ley de Protección al Consumidor*, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* VII, N° 7 (2003), p. 298.

¹⁸ GIDI, Antonio, *Acciones...*, cit (n.8), pp.1003-1004. Esta idea es el principal punto de partida de PALOMO VÉLEZ, Diego, *Tutela del medio ambiente: Abandono del paradigma de la litis individual*, en *Revista de Derecho* 14 (Universidad Austral, 2003), pp. 187-201, cuando invita a repensar el paradigma de la litigación individual aplicada a las materias propias del medio ambiente.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Tutela jurisdiccional del medio ambiente* (Santiago, Edit. Fallos del Mes, 2004), p. 83-89 sostiene que es posible hablar de un “derecho fundamental”, y de un “interés legítimo” a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, según sea la relación que se da entre la necesidad del hombre y el bien apto para satisfacerla. De todas formas, esta idea había sido anticipada en BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Jurisprudencia: Empresa Forestal Trillium Limitada*, en *Revista de Derecho* 8 N°1 (Universidad Austral, 1997), pp. 123-150. Según BERTELSEN REPETTO, Raúl, *El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia*, en *RCbD* 25 N° 1 (1998), pp. 140 y ss., en cambio, este derecho presenta una doble perspectiva: es un derecho público subjetivo y un derecho social. El

el objeto de reestablecer el ejercicio de este derecho¹⁹ —y supuesto que esa acción sea fructífera—, se satisface *ipso facto* el interés de todas las personas que habitan en dicho lugar;

(2) una segunda manera de tutelar intereses supraindividuales (difusos o colectivos) está dada por la circunstancia de que, por regla general, la lesión esta clase de intereses importa, a su turno, la lesión correlativa de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en las Cartas Constitucionales. Por ejemplo, los cobros ilegales o excesivos por parte de una empresa de servicios que deriva en definitiva en un daño a la propiedad de cada uno de los usuarios de ese servicio. En esta clase de hipótesis, satisfecha a través de la justicia constitucional la garantía conculcada, se van a ver beneficiadas otras personas producto de la indivisibilidad del interés supraindividual y de la consecencial eficacia refleja que va a provocar la sentencia de protección.

Pero la tutela constitucional de intereses supraindividuales por medio de la acción de protección puede asumir una última forma diferente:

(3) que los derechos mencionados en el art. 20 se comporten como intereses individuales homogéneos, es decir, que la vulneración que sufren varias personas respecto de una garantía constitucional cierta (*i.e.* el derecho a la vida o a la libertad de información) emane de una misma acción u omisión ilegal o arbitraria.

Como puede deducirse, en las hipótesis (1) y (2) basta con que el perjudicado interponga el recurso de protección a su propio nombre para que la sentencia aproveche a otras personas mediante una *eficacia refleja*; de esta forma, no se hace necesario ningún específico resorte del proceso jurisdiccional. Ello se debe únicamente al carácter indivisible de los intereses que están en juego, y que permiten que satisfecha una persona del grupo, se vea satisfecho el grupo entero que detenta el interés. Por lo demás, el recurso de protección

primero de estos ámbitos se manifiesta en la obligación que pesa sobre toda persona o autoridad de no incurrir en conductas contaminantes, y por lo mismo, este ámbito tiene protección jurisdiccional. El segundo de ellos, fundamenta los derechos del Estado de velar por la tutela de este derecho, la preservación de la naturaleza y la legislación protectora del medio ambiente. Por lo mismo, esta dimensión está desprovista de tutela jurisdiccional.

¹⁹ Sobre el antiguo recurso de protección como acción de protección medioambiental, cfr. BERTELSEN REPETTO, Raúl, *El recurso...*, cit. (n.18), pp. 139-174; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2006), pp. 795-797; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Tutela...*, cit. (n.18), pp. 340-368; CEA EGANA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1988), pp. 323-359; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación*, en RCHD 20 N°s 2-3, t. III, pp. 595-601. Un análisis del mecanismo después de la reforma constitucional de 2005 en BERMUDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007), pp. 96-105.

ya ha funcionado de esta manera desde hace bastante tiempo, pero en contadas ocasiones. A esto me referiré más adelante²⁰.

Las líneas que siguen, por tanto, estarán dedicadas principalmente a defender la idea (3). Esto supone, como está especificado un par de párrafos más arriba, que se accione en provecho de un grupo más o menos indeterminado de sujetos, por ejemplo, los habitantes de un determinado lugar, o los usuarios de un determinado servicio.²¹ En consonancia con esto, la sentencia definitiva desplegaría sus efectos respecto de toda esa masa de personas que, claro está, no han sido partes en el juicio, pero en cuyo favor, no obstante, se ha ejercido la acción de protección. Por consiguiente, las medidas destinadas al restablecimiento del derecho y la debida protección de los afectados dispuestas por la sentencia aprovecharían a cientos de personas, alcanzando así una eficacia *ultra partes*.

En este estado de cosas, dos parecen ser los obstáculos para inclinarse por la negativa y oponerse a la idea de que esta acción sirva como un medio operativo en la tutela colectiva (de intereses individuales homogéneos), a saber²²:

(i) En primer lugar, un problema relativo a la *legitimación*, puesto que nuestra jurisprudencia —basándose en una interpretación restrictiva de la expresión gramatical “El que”— niega toda posibilidad de accionar en favor de los meros entes de hecho, es decir, simples grupos de personas, al entender que el requisito de la determinación del perjudicado se traduce en una necesidad de individualizar concreta y específicamente a la persona por quien se impetra la protección.²³

(ii) *La eficacia relativa de las sentencias*, es decir, la clásica prohibición que existe para que las resoluciones desplieguen su eficacia respecto de sujetos que no han participado en el proceso en que se dictan. En nuestro ordenamiento, tal prohibición recibe consagración

²⁰ Cfr. *infra* punto III. 2 y 3.

²¹ En contra de lo que pudiere pensarse, esta no es una idea tan disparatada. Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurre con la Ley del Consumidor, en sus arts. 51 y ss. que contemplan el procedimiento especial para protección del interés difuso o colectivo de los consumidores. Este procedimiento consta de dos fases. La primera, una etapa en donde se declara la existencia de la infracción a las normas que protegen intereses supraindividuales; y la segunda, una fase de carácter reparatorio. Es precisamente en esta fase cuando se tiene conocimiento preciso de los afectados, es decir, de los miembros del grupo que detenta el interés supraindividual. Al respecto, cfr. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *El procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la Ley 19.496*, en BARAHONA, Jorge y LAGOS, Osvaldo, *La protección de los derechos de los consumidores en Chile* (Santiago, Universidad de los Andes, 2006), pp. 143-173, en especial, 158 y ss.

²² Este tratamiento del tema encuentra su fundamento en la circunstancia de que los dos son los puntos más sensibles en materia de tutela supraindividual son, precisamente la eficacia del fallo y la especial legitimación, sin perjuicio de la tensión que provocan estas nuevas categorías jurídicas en otros conceptos procesales, como por ejemplo, el de acción, pretensión y sentencia. Cfr. GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *Derecho...*, cit. (n.10), pp. 1113-1114. En nuestro medio, en similares términos, PALOMO VÉLEZ, Diego, cit. (n. 18), p. 198, n. 44.

²³ Sobre esto volveré más adelante, cfr. punto II.3.

legal en el art. 3 del Código Civil. En doctrina, en cambio, se fundamenta este principio principalmente en la bilateralidad de la audiencia, pues son únicamente las partes las que deciden qué se debate, las que formulan las alegaciones pertinentes y presentan las pruebas para hacer valer sus pretensiones.

II. UN PROBLEMA DE LEGITIMACIÓN

La legitimación —junto a la accionabilidad y la causa de pedir— es uno de los elementos constitutivos del derecho de acción, un presupuesto de fondo que hace referencia a la especial relación que tiene el sujeto con la situación jurídico-material deducida en el juicio²⁴. En pocas palabras, este elemento sirve para determinar quiénes tienen la calidad de “justa parte”, o sea, legítimos contradictores para discutir sobre el objeto del proceso en una determinada relación procesal²⁵. De esta forma, la sentencia que se pronuncia sobre la falta de legitimación es una resolución sobre el fondo del asunto, con eficacia de cosa juzgada.

En la mayoría de los casos esta relación se traduce en su titularidad, es decir, quien ejerce la acción es a la vez el titular de la situación sustancial legitimante. Sin embargo, en ocasiones especiales este axioma clásico se quiebra, y el ordenamiento, con fundamento en un interés que considera prevalente, legitima a una persona para reclamar en juicio un derecho ajeno. De ahí que se sostenga por la doctrina procesal que la legitimación, en atención a su naturaleza, puede ser clasificada en ordinaria y extraordinaria.

1. Legitimación en la acción de protección

²⁴ Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, *Sobre la legitimación en derecho procesal*, en RChD 25 N° 2 (1998), pp. 357-385; GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *La tutela...*, cit. (n.4), p. 169.

²⁵ Cfr. ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso...*, cit. (n.9), p. 23.

Desde el punto de vista de su legitimación, esta acción constitucional, de conformidad con el art. 20 del Código Político, puede ser ejercida de las dos maneras antes vistas.

Se concibe en dicha norma, en efecto, una legitimación de tipo *ordinaria*, que permite al afectado impetrar por sí mismo la acción de protección, toda vez que la norma pertinente establece la posibilidad de que “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza (...) podrá ocurrir por sí...”. En tal caso quien ventila la situación sustancial en el proceso es quien, a su vez, ejerce la acción.

Pero además de ello, es posible que la protección la inste cualquiera persona a nombre del afectado. En este caso nos encontramos frente a una legitimación *extraordinaria*, por cuanto supone el ejercicio de una acción por una persona diversa del titular del derecho: quien impetra la protección es alguien distinto del afectado por el acto u omisión que se denuncia. En este supuesto, claro está, será necesario —para la efectividad de la protección— determinar el perjudicado, o mejor aun, la persona en nombre de quien se deduzca dicha acción.

Pues bien, sería este tipo de legitimación la que permitiría intentar una defensa plural frente a los actos u omisiones arbitrarias o ilegales que causen una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías expresamente indicadas en el art. 20 C.Pol. Esto en gran parte se debe al verdadero sentido de la fórmula gramatical “El que”, adoptada por el constituyente a la hora de consagrar este mecanismo en nuestra Carta Fundamental.

Al efecto, es una cuestión que no admite incertidumbre, el que quedan amparadas por la protección las personas naturales y las personas jurídicas. En el caso de las primeras, ello es concebible respecto de todas las garantías enunciadas en el mismo art. 20; respecto de las segundas, en cambio, la protección está referida —por cuestiones obvias— a sólo algunos derechos, como la igualdad ante los tributos o el derecho de propiedad, entre otros.

Bajo la expresión antedicha, empero, se comprende no sólo a la persona natural o jurídica sino también a los simples entes de hecho, es decir, a grupos de personas naturales sin entidad jurídica²⁶. Lo anterior, no responde sino a una interpretación finalista de los

²⁶ En esta misma línea, TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva jurisprudencial del recurso de protección*, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Procesal* (Valparaíso, Edeval, 1990), p. 27; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Edit. Fallos del Mes, 2002), p. 176-177; BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Informe en Derecho: Facultades de CONAF y contaminación de aguas de un lago*, en RCHD 19 N°3 (1992), pp.549-573, en especial, pp. 565-566.

términos utilizados por nuestro Código Político en la instauración del mecanismo procesal del recurso de protección: conceder una tutela urgente de los diversos derechos en dicha norma contemplados. Pero además de ello, no parece nada extraño contemplar dentro de esta hipótesis, a aquellas acciones u omisiones ilegales o arbitrarias cometidas en contra de meros entes de hecho, si consideramos que nuestra misma Carta Fundamental establece el deber del Estado de reconocer y amparar a los grupos intermedios, y a garantizarles, además, una adecuada autonomía.

Podría pensarse, en contra, que la expresión “El que” tiene un sentido literal que invita a dispensar de protección a los grupos o colectivos fácticos que se encuentran en una misma situación frente a una acción u omisión. El grave problema de sostener esto en materia de interpretación constitucional, como señala ALDUNATE, es que “la mera referencia al tenor literal no puede admitirse sin al menos someterla a un examen desde el punto de vista de otros elementos de interpretación”²⁷. Ello, por cuanto “el argumento de interpretación sobre la base del tenor literal es siempre tautológico, en la medida en que se sustenta en una paráfrasis del mismo, sin aportar elementos adicionales”. Usando este mecanismo interpretativo, el sentenciador se libera de la carga argumental, en la medida que la referencia a dicho sentido no explica por qué se le asigna a la misma tal o cual significado, sino que se le remite a una reformulación de la misma sobre la competencia lingüística del propio intérprete²⁸.

Volviendo al punto central, si permitimos que una persona cualquiera pueda accionar en nombre de un grupo de sujetos que se encuentran en una misma situación o estado, es decir, que se han visto privadas, perturbadas, o amenazadas en el ejercicio de una garantía o derecho constitucional por un mismo acto u omisión; entonces, estaríamos cumpliendo con uno de los supuestos principales en materia de tutela supraindividual: proteger derechos o intereses que trascienden la esfera de lo meramente individual para pasar a pertenecer a una comunidad amorfa, fluida o flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica.

Esto no significa, en caso alguno, sostener que a través de la acción de protección se ha consagrado por el constituyente una acción popular. Y ello, por cuanto caracteriza a la acción popular el hecho de que la “titularidad sustancial es compartida, por tener cada cual personal y directo interés en los resultados favorables que se persiguen”²⁹. En consecuencia, atendido que la situación jurídico material es compartida por todos, en estos casos cualquiera persona puede reclamar tutela a nombre propio, es decir, el ejercicio de la

²⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La protección al accebo: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XX (1999), p. 235.

²⁸ *Ibid*, p. 234.

²⁹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Habeas corpus* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1995), p. 112.

acción compete a cualquier sujeto por mandato expreso del legislador, como acontece por ejemplo, en el caso del recurso de amparo económico y en el de la acción que emana del art. 948 del C. Civil.

En el caso de la acción de protección, en cambio, ello no ocurre así. Por el contrario, una persona cualquiera impetra la protección a nombre del afectado —o sea, ventila la situación sustancial de éste a nombre del mismo— con el objeto de solicitar ante la Corte de Apelaciones respectiva el debido restablecimiento del derecho. Finalmente, en base a ello, las medidas de protección benefician sólo al perjudicado. Por tanto, no se trata de una acción de carácter popular, sino más bien —insisto— en una *legitimación extraordinaria* contemplada por el constituyente en atención a la naturaleza de la pretensión formulada: la protección inmediata de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y que se ha visto afectado en su ejercicio.

2. La determinación del perjudicado

El perjudicado por la acción u omisión ilegal o arbitraria es el primer legitimado para recurrir de protección; pero además de él, también puede ejercer la protección *extraordinariamente* cualquiera otra persona. En este último caso, es patente la necesidad de determinar con claridad la persona por quien se impetra esta acción. La pregunta consiste, luego, en dilucidar qué debe entenderse por el requisito de la determinación del perjudicado, en el supuesto que la protección se deduzca por otro a nombre de este.

Este es un tema que a lo largo de los años ha presentado respuestas contradictorias por parte de la jurisprudencia, cuestión que en gran parte se debe a la inexistencia de una consagración referida a este asunto en las normas positivas. Con todo, básicamente se ha resuelto por nuestros Tribunales que

para ser deducido el recurso de protección por cualquiera en nombre del afectado, resulta indiscutible que el que así recurre, deberá expresar en forma precisa y determinada a nombre de quien o quienes solicita la protección³⁰.

³⁰ C. de Ap. de Santiago, 22 de agosto de 1982. CS, 6 de septiembre de 1982. *RDJ*, t. LXXIX, sec. 5ª, p. 224.

En otras palabras, para nuestra jurisprudencia, el requisito de la determinación se traduce siempre en una necesidad de individualizar concretamente a la persona en favor de quien se acciona. A este resultado se ha llegado aplicando sobre el particular las normas relativas al contenido de la demanda que se encuentran en nuestro Código de Procedimiento Civil, en concreto, el art. 254, N° 2.

Ahora bien, si frente al intento de otorgar defensa a los derechos de una sola persona, la limitación jurisprudencial parece adecuada, el tema presenta contornos diferentes, en los casos en que la protección se impetra en favor de tantos que no es posible individualizarlos.³¹

En efecto, es clara la necesidad de individualizar la persona del afectado cuando la protección se deduce en favor de una o más personas, sean naturales, sean jurídicas; de otro modo, no se entiende cómo podría operar eficazmente el mecanismo del recurso de protección, pero la restricción de nuestras Cortes no encuentra razón alguna cuando opera respecto de las personas morales que, como sabemos, sí se encuentran comprendidas dentro del art. 20 de nuestra Constitución.

Cuando se impetre la protección en favor esta última clase de personas, esto es, meros entes de hecho sin personalidad jurídica y que se encuentran agrupados por acontecimientos específicos, bastará con determinar al colectivo en beneficio del cual se acciona. En otros términos, el requisito de la determinación en el caso de los meros entes de hecho se satisface, por tanto, mediante una referencia que permita diferenciar al grupo de personas en favor del cual se acciona -y que se han visto privadas, perturbadas o amenazadas por un mismo hecho- de otros grupos. Solicitar una individualización específica y concreta de los miembros de tal personalidad, sería equivalente a reducir la legitimación de esta acción a las personas naturales y jurídicas, negando con ello, toda posibilidad de tutela de los intereses que asisten a estos grupos fácticos que carecen de juridicidad.

Sostener esto no atenta de modo alguno en contra de la efectividad de la protección para tutelar nuestras garantías constitucionales. Muy por el contrario, esta idea fortalece el rol que juega este mecanismo procesal en la protección de los derechos fundamentales. Por lo demás, los verdaderos afectados en sus derechos se determinarán con claridad al momento en que las medidas de protección se pongan en aplicación. Es allí cuando se

³¹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tramitación de la acción constitucional chilena de protección*, en EL MISMO, *El proceso en acción* (Santiago, Edit. Libromar, 2000), p. 498.

definirán con precisión los límites del grupo social, como sucede en el caso de la protección impetrada en favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Por consiguiente, cuando la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores solicita, en todo caso y sin admitir excepción alguna, la enunciación en forma precisa y determinada del nombre de la o las personas por quien se acciona, está desconociendo consecuentemente la legitimación consagrada en favor de los grupos o colectividades de personas, y demostrando con ello la ignorancia³² acerca de la problemática de los intereses difusos y colectivos que de largo se viene presentando en nuestra sociedad y que el derecho comparado ya ha reconocido y tutelado³³. Esto es lo que examinaré a continuación.

3. Estado actual de la jurisprudencia

En un examen general, nuestra jurisprudencia del recurso de protección no ha incursionado en materia de intereses colectivos y difusos, puesto que, como se dijo, en nuestros jueces constitucionales campea la idea de que el recurso de protección tiene como finalidad la tutela de derechos individualmente considerados. En relación con ello, a la hora de acoger este tipo de acciones se han exigido altos criterios en materia de legitimación activa.

³² En todo caso, los jueces no son los únicos que demuestran ignorancia de este tema. Este problema también afecta al legislador, como quedó demostrado con la incorporación del art. 111 en el Código Procesal Penal que contempla la víctima colectiva. En efecto, el Proyecto de Código trataba en dicha norma una modalidad de accionar procesalmente, en sede penal, en amparo de intereses difusos y colectivos. Sin embargo, dicho artículo fue modificado durante el debate parlamentario, siendo su producto el que se conoce hoy en día, que claramente es de menor calidad al propuesto en el antedicho Proyecto (Al respecto, TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2005), pp. 314-317).

³³ En Argentina, la jurisprudencia de los tribunales superiores redujo los obstáculos al acceso a la tutela de esta clase de intereses gracias al elemento de la legitimación de obrar. Actualmente, gracias a la reforma de 1994, el art. 43 de la Constitución Nacional, contempla expresamente el amparo constitucional para proteger intereses supraindividuales. En la Carta Política de Brasil, en cambio, se contiene el *mandato de segurança coletivo*, para tutelar intereses difusos y colectivos frente a los actos ilegales o abusivos de funcionarios del gobierno. Sobre el desarrollo de estos instrumentos en la realidad latinoamericana, y en países como Venezuela, Ecuador, México y Colombia, cfr. entre otros, MORELLO, Augusto, *La legitimación de obrar como elemento facilitador, en la Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos*, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Procesal* (Bs. As, Abeledo-Perrot, 1998), pp. 47-60; GIDI, Antonio, *Acciones...*, cit. (n.8), pp. 973-1029; GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *Derecho*, cit. (n.10), pp. 1109-1168, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, cit. (n.12).

Los tribunales superiores se han identificado con la idea de que la legitimación de esta acción constitucional es siempre individual, referida a personas concretas, puntualizando que en ningún caso es una acción popular y rechazando con ello la posibilidad de accionar en favor de grupos indeterminados de personas³⁴. Así, se ha dicho que “el recurrente debe expresar en forma precisa en nombre de quien recurre, toda vez que es indispensable para que prospere la acción determinar quiénes son objeto del acto arbitrario o ilegal del recurrido”³⁵, descartándose, atendido los términos del art. 20 C.Pol, “toda posibilidad de accionar en nombre de la sociedad toda o de los miles de personas supuestamente afectadas, pues ni las una ni los otros –tomados como un todo— son titulares de la acción”³⁶.

Descansando sobre estas ideas, por ejemplo, se dictó en 1985 el fallo que desestimó por la Corte de Apelaciones de Santiago la acción entablada en favor de la “salud de los consumidores”, por cuanto los comparecientes “no están legitimados para actuar por los hipotéticos afectados”³⁷. En otras ocasiones, paradójicamente, se ha negado lugar a la protección impetrada, no obstante estar expresamente individualizados los sujetos por quiénes se recurre, por tratarse de un colectivo muy amplio de personas³⁸. Ni siquiera en la tutela del medio ambiente se ha abierto una brecha para proteger el interés supraindividual que allí podría estar comprometido³⁹; muy por el contrario, sólo hay casos puntuales y excepcionales que se manifiestan en este sentido.⁴⁰ Finalmente, se ha resuelto que “a través

³⁴ Una visión general, cfr. CASTELLÓN VENEGAS, Hugo, *Acción popular y recurso de protección*, en *Gaceta Jurídica* 262 (2002), pp. 7-19.

³⁵ C. de Ap. de Santiago, 22 de mayo de 1993. CS, 1 de junio de 1993. *RDJ*, t. XC, sec. 5ª, p. 211.

³⁶ C. de Ap. de Santiago, 22 de diciembre de 1982. CS, 15 de marzo de 1984. *RDJ*, t. LXXXI, sec. 5ª, p. 53.

³⁷ C. de Ap. de Santiago, 22 de marzo de 1985. CS, 8 de abril de 1985. *RDJ*, t. LXXXII, sec. 5ª, p. 60.

³⁸ Así, se ha desestimado la protección interpuesta tras “dejar establecido que en la especie si bien se recurre en nombre de personas jurídicas y naturales perfectamente individualizadas, se tiene una pretensión que traspasa los límites de la acción entablada, como quiera que se habla a nombre de todo un bloque económico que abarca a todos los exportadores, y de esta manera se quiere claramente, mediante esta vía legal tan circunscrita a personas, alcanzar en sus efectos a todo un conglomerado de actividad económica común e importante, lo que es abiertamente atentatorio al principio de la relatividad de las resoluciones judiciales” (C. Suprema, 18 de junio de 1984. *FM* 307, p. 249).

³⁹ Cfr. BERTELSEN REPETTO, Raúl, *El recurso...*, cit. (n.18), pp.144-147. En igual sentido, GUZMÁN ROSÉN, Rodrigo, *Legitimación activa en la acción constitucional de protección en materia ambiental*, en AA.VV., *Prevención y solución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas* (Santiago, Lexis-Nexis, 2007), pp. 337-358.

⁴⁰ Por ejemplo, C. Suprema, 19 de marzo de 1997. *Revista de Derecho* 8 N°1 (Universidad Austral, 1997), pp. 123 y ss. En idénticos términos falló la C. Suprema en la causa “Horvath y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente” (19 de marzo de 1997. *RDJ*, t. XICV, sec. 5ª, pp. 17-28).

del recurso de protección no se ha establecido una acción de las llamadas populares o de clase”⁴¹.

Toda esta cuestión cobró vital importancia durante la década de los 80’, cuando nuestras Cortes rechazaron recursos de protección interpuestos por los colegios profesionales en favor de sus asociados. Así, en agosto de 1984 nuestro máximo tribunal rechazó la protección impetrada por el Colegio de Periodistas de Chile en contra de una declaración emitida por el Ministerio del Interior y la Dirección Nacional de Comunicación Social que establecía limitaciones respecto de la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, aduciendo que “se mantiene en los dos casos [en el art. 20 y el AA] la idea central, que no es otra que conceder ese derecho a recurrir a quien es directamente perjudicado con el acto que atenta a una garantía constitucional”⁴².

De igual manera, en noviembre mismo año la Corte de Apelaciones de P. A. Cerda no dio lugar a la protección impetrada por el Colegio de Médicos en “beneficio de los pacientes y personal del Hospital Barros Luco Trudeau”, exponiéndose que “un Colegio Médico carece de facultad para representar a sus miembros ante los Tribunales de Justicia, cuando éstos estimaren amagados algún o algunos de los derechos que personalmente les competen” y que, en consecuencia, “careciendo el Presidente del Consejo Regional de Santiago del Colegio Médico de Chile A. G. de la representación que pretende, debe ser rechazado el recurso de protección interpuesto”⁴³. En verdad, no se entiende cómo puede sostenerse lo anterior, si la misma Carta Política expresamente declara que esta acción constitucional lo podrá deducir cualquiera persona a nombre del afectado y el AA, a su vez, agrega que no se requiere de mandato especial para ello.

Quizá la única explicación para entender esto radica en

la poca simpatía que se dispensó, en los mismos años ‘80, a los Colegios Profesionales, instituciones miradas con recelo, desde las esferas del poder político. Si se reconoce a toda persona, aunque no tenga el señalado mandato especial, para interponer el recurso de protección en favor de un afectado, ¿quién mejor que la

⁴¹ C. de Ap. de Concepción, 29 de septiembre de 1998. CS, 2 de noviembre de 1998. *Gaceta Jurídica* 221, p.42. En el mismo sentido, se ha dicho que “el recurso de protección puede ser deducido por cualquiera en nombre del afectado; pero resulta indiscutible que el que así lo hace deberá expresar en forma precisa y determinada a nombre de quienes antepone el recurso, no pareciendo lícito que pueda aceptarse esta especie de acción popular” (C. de Ap. de Santiago, 27 de agosto de 1982. CS, 6 de septiembre de 1982. *RDJ*, t. LXXIX, sec. 5ª, p. 224).

⁴² C. Suprema, 9 de agosto de 1984. *FM* 309, p. 393.

⁴³ C. de Ap. de P. A. Cerda, 16 de noviembre de 1984. CS, 20 de diciembre de 1984. *RDJ*, t. LXXXI, sec. 5ª, p. 260.

institución que los agrupa en razón de su actividad profesional, podrá ser esa persona?⁴⁴.

Pero al contrario de lo que pudiere concluirse, el recelo hacia la tutela de los intereses supraindividuales por parte de nuestra justicia constitucional a la hora de fallar acciones de protección no disminuyó con el pasar de los años⁴⁵. Así, se han rechazado sistemáticamente por nuestra jurisprudencia los recursos de protección interpuestos en beneficio de grupos indeterminados de sujetos, como es el caso de los consumidores, o del medio ambiente. En síntesis, nuestra jurisprudencia ha impuesto cuatro condiciones básicas con respecto a la legitimación activa⁴⁶: (1) que el sujeto que interpone el recurso sea el directamente afectado; (2) que posea un interés inmediato y directo; (3) que tenga un derecho comprometido y; (4) que se encuentre perfectamente individualizado y/o determinado.⁴⁷

III. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DE LA SENTENCIA

En consideración a la necesidad de una eficacia *ultra partes* de la sentencia de protección, se dijo anteriormente que el segundo obstáculo que podía hacernos inclinar por la negativa al momento de preguntarnos por la idoneidad del recurso de protección para reclamar tutelas colectivas era la *eficacia relativa de las sentencias*, un principio básico del proceso que encuentra su reconocimiento tanto en los textos legales como dentro de la opinión de los autores⁴⁸.

⁴⁴ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tramitación...*, cit. (n.31), p. 500.

⁴⁵ Cfr. a modo de ejemplo, recientemente, C. de Ap. de Punta Arenas, 21 de julio de 2006, *Gaceta Jurídica* 314, p. 101.

⁴⁶ En esto sigo a GUZMÁN ROSÉN, Rodrigo, cit. (n.39), p. 343.

⁴⁷ Estos cuatro requisitos dejan de manifiesto el verdadero poder normativo de la jurisprudencia, donde el juez va fijando con el tiempo, requisitos y condiciones que la ley no ha previsto para la operatividad del recurso de protección. Sobre el tema, cfr. ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La jurisprudencia como fuente de derecho* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2004), en especial, pp. 130-131.

⁴⁸ En este punto, al hablar de una sentencia supongo que la protección misma se desenvuelve en sede jurisdiccional. Sin embargo, desde la incorporación de esta acción a nuestro derecho, este ha sido un tema discutido. Sobre el particular puede verse: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El proceso de protección*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 10 (1999), pp. 43-58. (1999); ERRÁZURIZ GÁTICA, Juan y OTERO ALVARADO, Jorge, *Aspectos procesales del recurso de protección* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1989), pp.

De un lado, esta limitación a la eficacia de las resoluciones judiciales encuentra su fuente en el art. 3, inciso 2º del Código Civil; y del otro, los autores desde hace bastante tiempo atrás vienen fundamentándola en el llamado principio de la “bilateralidad de la audiencia”.

1. Intereses supraindividuales y eficacia relativa del fallo

Íntimamente relacionado con el principio de la bilateralidad o contradicción se encuentra la regla de que las decisiones judiciales alcanzan en cuanto a su eficacia sólo a las partes del proceso. Son ellas las que deciden qué se debate en juicio, las que formulan las alegaciones pertinentes y las que ponen de manifiesto los medios de prueba con los que cuentan para hacer valer sus pretensiones; de ahí que únicamente les afecte a ellas, en principio, todos los efectos de la sentencia, incluso la cosa juzgada. Estas ideas, por lo demás, se encuentran consagradas en nuestra legislación en los siguientes términos: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*”⁴⁹.

Así las cosas, la eficacia relativa del fallo es claramente un obstáculo a la tesis de que la acción de protección puede servir como herramienta de justicia supraindividual. Si pensamos, por ejemplo, que una persona interpone una protección en favor de una colectividad de personas en los términos expuestos hasta aquí, y si consideramos como un dogma infalible al principio en comento, luego, esa acción debe ser desechada por ser atentatoria contra la relatividad de las sentencias. La cuestión, entonces, pasa por determinar si una norma legal, como lo es el art. 3, inciso 2º del Código Civil puede verdaderamente, a la postre, operar como limitación alguna al momento de tutelar los derechos y garantías fundamentales de los justiciables.

En la práctica así ha sido. En más de alguna ocasión nuestros tribunales superiores de justicia han invocado este principio al momento de rechazar sobre alguna acción de

24 y ss; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dogmática Constitucional* (Talca, Edit. Univ. de Talca, 1997), p. 244; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tramitación...*, cit. (n.31), DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando, *Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia*, en *RChD* 28 N°3 (2001), pp. 615-630, en especial, pp. 619, 620 y 622.

⁴⁹ Para las distintas interpretaciones que surgen de esta norma, cfr. ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La jurisprudencia...*, cit. (n.47), pp. 49-52.

protección⁵⁰. El gran costo que ha tenido que pagar la sociedad a causa de lo anterior consiste en una limitación a la finalidad que el constituyente concibió al momento de consagrar este mecanismo, cual es la tutela efectiva y urgente de las garantías consagradas en el art. 20 C.Pol. De esta manera, se utiliza a la ley como un obstáculo para el verdadero ejercicio de las garantías que nuestro Código Político consagra. Es por ello que considero que respecto del recurso de protección, el principio de la eficacia relativa de los fallos, así como también, su fuente normativa (el art. 3, inciso 2° CC), no pueden servir como impedimento al momento de acoger la protección impetrada.

Pero además de ello, no debe perderse de vista la circunstancia que en estos casos, la protección se impetra en favor de todo el grupo titular del interés (colectivo o difuso), de modo tal que, en materia de eficacia de la sentencia, no habría una diferencia sustancial con aquellas hipótesis en que se interpone una protección en favor de otra persona (como por ejemplo, un hijo en favor de su padre, o la mujer en favor del marido), puesto que tanto en aquellas hipótesis como en estas, la sentencia de protección alcanza a sujetos que no han sido parte en el proceso. La única diferencia que se presenta es de carácter cuantitativa: el número de individuos sobre los cuales la sentencia despliega sus efectos.

Con todo, esos no son los mejores argumentos en favor de obtener tutela colectiva haciendo uso del art. 20 C.Pol. Si entendemos la cosa juzgada en su concepción tradicional, claramente la acción de protección es un mecanismo inútil para estos propósitos. Pero la idea de intereses supraindividuales acarrea cambios dogmáticos en otros institutos procesales, entre ellos, la cosa juzgada y la eficacia de la sentencia. Y son justamente esta clase de mutaciones las que permiten sustentar, en definitiva, la tesis anterior.

2. Eficacia y autoridad de la sentencia

La autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, cualesquiera que sean, varios y diversos, según las diferentes categorías de las sentencias.⁵¹

⁵⁰ Baste recordar el fallo citado *supra* n.38, en donde no se dio lugar a la protección impetrada puesto que, de acogerse, esta alcanzaría a todo un colectivo indeterminado de exportadores, lo que resultaría “abiertamente atentatorio contra el principio de la relatividad de las resoluciones judiciales”.

⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada (con adiciones relativas al Derecho brasileño)* (trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1946), p. 23.

Con esas palabras, hace unas seis décadas atrás, Enrico T. LIEBMAN iniciaba su revisión de la teoría clásica de la cosa juzgada. Según esta revisión crítica, la cosa juzgada no es un efecto de la sentencia, ni mucho menos puede ser asimilada a la eficacia de la sentencia al lado de otros posibles efectos. La cosa juzgada es algo distinto que se agrega a la sentencia con el objeto de aumentar la estabilidad de sus efectos. Así, toda la teoría de LIEBMAN descansa en la distinción entre cosa juzgada y la eficacia natural de la decisión judicial; entre *autoridad* y *eficacia* de la sentencia.

Esta distinción logró disipar el problema de la eficacia de la sentencia con relación a terceros. A partir de entonces se sostuvo por la procesalística que la cosa juzgada se extendía sobre las partes y sus sucesores solamente (de ahí el sentido del art. 3 inciso 2° CC); pero que nada impedía que la eficacia de la sentencia se extendiera a terceras personas. En otros términos, los efectos alcanzan a las partes y a terceros, todos están sujetos a la eficacia natural de la sentencia en cuanto acto estatal. Pero sólo para aquellos se hacen inmutables una vez que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada; por tanto, nada impide que estos terceros puedan resistir estos efectos haciendo uso de los instrumentos procesales adecuados.

La ciencia procesal, tomando como base esta distinción comenzó a distinguir entre efectos *reflejos* y efectos *directos* de la sentencia⁵². Los primeros son aquellos que son queridos y previstos en la resolución y perseguidos por las partes al promover el proceso; y pueden ser constitutivos, declarativos o de condena, dependiendo de la pretensión ejercitada. Los segundos, en contraste, son aquellos referidos a terceros, y que no son queridos ni previstos por el juez en la resolución, ni perseguidos directamente por las partes al promover el proceso. Su causa inmediata se encuentra en la conexión de las relaciones materiales de los terceros con aquella que se ha ventilado en el juicio.

Pues bien, son estas ideas las que constituyen la médula de la cosa juzgada con relación a los intereses supraindividuales⁵³.

Anteriormente dije que los únicos casos de tutela de intereses de grupo mediante la acción constitucional del art. 20 C.Pol habían ocurrido a causa de una extensión material de

⁵² Cfr. ROSENDE VILLAR, Cecilia, *Efectos directos y reflejos de la sentencia*, en *RCbD* Vol. 28 N° 3 (2001), pp. 489-507; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil* (3ª edición, Navarra, Aranzadi, 2002), pp. 476 y ss.

⁵³ Tan cierto es esto, que el Código Brasileño de Defensa del Consumidor plasmó estas ideas en lo referente a la tutela supraindividual. Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Eficacia y autoridad de la sentencia. El Código Modelo y la teoría de Liebman*, en GIDI, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (editores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (México, Porrúa, 2003), pp. 255-260.

la sentencia de protección sobre la esfera jurídica de terceros en dos especiales casos: (1) aquellas situaciones en que la lesión a un interés supraindividual ha importado, a su vez, la lesión a una garantía conculcada y; (2) en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que es el interés supraindividual por antonomasia (art. 19 N°8 C.Pol). Esta especial tutela no ha tenido lugar porque las partes así lo han querido, ni porque nuestros jueces constitucionales lo hayan buscado o previsto. La protección colectiva se ha logrado en estos casos únicamente gracias al carácter indivisible de los intereses supraindividuales. Es este carácter, en efecto, lo que ha provocado que la eficacia de la sentencia de protección se expanda por todo el grupo sin necesidad de ningún otro resorte procesal. Ha operado la eficacia refleja de la sentencia.⁵⁴

Empero, ello no es suficiente. Una completa tutela de las garantías constitucionales en los términos que he venido exponiendo hace necesaria una extensión directa de los efectos de la sentencia de protección. En efecto, si se interpone una acción en favor un colectivo de personas; si esas personas, además, se encuentran legitimadas activas de conformidad con el art. 20 C.Pol; si ellas se han visto vulneradas en una misma garantía y esa vulneración tiene un origen común; entonces, las medidas de protección deben ser decretadas por el tribunal en favor de todos los miembros del grupo. A pesar de todo esto, ello en la práctica no ha ocurrido, y los únicos casos de tutela de esta clase la encontramos en puntuales casos jurisprudenciales.

3. Estado actual de la jurisprudencia

De la misma forma en que la tendencia jurisprudencial es hacia la restricción de la legitimación activa en materia de recurso de protección, también lo es respecto de la extensión de los efectos de la sentencia que se pronuncia sobre la misma. Y no podría ser de otra forma, puesto que se trata de dos cuestiones íntimamente relacionadas. De modo que la imposición de limitaciones respecto de la legitimación acarrea, posteriormente, una restricción en la determinación del límite subjetivo de la eficacia de la sentencia⁵⁵.

En casos excepcionales, sin embargo, se ha producido un efecto *ultra partes* de la sentencia de protección, alcanzando a personas que no han intervenido en dicho proceso.

⁵⁴ Un breve examen de lo que de modo análogo ocurre en el caso de los consumidores puede verse en ROSENDE VILLAR, Cecilia, cit. (n.52), p. 506.

⁵⁵ Cfr. GIDI, Antonio, *Las acciones...*, cit. (n.12), p. 71; MENESES PACHECO, Claudio, cit. (n.11), p. 253.

Así por ejemplo, se dio lugar en 1993 a un recurso de protección interpuesto por un estudiante contra el alza del pasaje escolar de locomoción colectiva. Se entendió por la Corte que esta situación conculcaba el derecho de propiedad (art. 19 N° 24 C.Pol) del recurrente; consecuentemente, se declaró ilegal el acuerdo adoptado por la recurrida, se le ordenó dejar sin efecto dicha alza y a seguir cobrando un valor que no excediese del porcentaje máximo determinado por la autoridad de transporte del precio de un pasado adulto⁵⁶. Aquí, como puede apreciarse, la satisfacción del interés del recurrente importó además la satisfacción del interés de todos los demás usuarios de dicho sistema de transporte que pagaban la tarifa estudiantil.

En similar modo han operado las sentencias que acogen recursos de protección en que se invoca el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, otorgándose protección a grupos que no han participado del proceso.⁵⁷

Es importante no pasar por alto la circunstancia de que si en estos casos se ha logrado una tutela de un interés supraindividual, ello no ha sido gracias a una extensión de la eficacia directa de la sentencia de protección, sino más bien a la aparición de efectos materiales de la misma que afectan las relaciones de terceras personas. Aparición que encuentra su fundamento en el carácter indivisible de los intereses colectivos y difusos que se encuentran en juego, y que produce que el acogimiento de la protección interpuesta por uno de los interesados suponga necesariamente la satisfacción del derecho o interés de los demás afectados por la misma acción u omisión ilegal o arbitraria.⁵⁸

En efecto, para nuestros jueces constitucionales siempre ha importado la debida protección del recurrente, y si la sentencia ha tutelado los derechos conculcados de todo el grupo afectado, ello no ha sido por específicos instrumentos del proceso, al contrario, ha sido una consecuencia no buscada ni querida directamente por el juez al dictar su resolución. En estricto rigor, han operado los denominados efectos reflejos de la sentencia.

⁵⁶ C. de Ap. de Valdivia, 26 de mayo de 1993. CS, 1 de julio de 1993, *RDJ*, t. XC, sec. 5ª, p.209. En este caso, no obstante el recurrente impetró la protección en su favor y en el de muchos, lo que prevaleció finalmente fue la singularización personal, siendo indiferente la referencia a la gran masa. La Corte concluyó, efectivamente, “que el recurrente deduce la acción a título personal, pues, no individualiza a ninguno de los posibles afectados”.

⁵⁷ Los casos que pueden acreditar la afirmación anterior abundan en nuestro medio; a modo simplemente ejemplar, pueden verse los siguientes: C. de Ap. de Arica, 28 de junio de 1985, *RDJ*, t. LXXXII, sec. 5ª, p. 196, por la cual se acogió el recurso interpuesto por dos particulares y se dispuso medidas que beneficiaron a toda la comunidad; C. de Ap. de Copiapó, 23 de junio de 1988, *RDJ*, año 1988, sec. 5ª, p. 191; C. de Ap. de Copiapó, 15 de febrero de 1991. CS, 13 de junio de 1991, *RDJ*, t. LXXXIII, sec. 5ª, p. 144, por la cual se dio lugar a un recurso de protección en favor de toda la ciudad de Copiapó; C. de Ap. de Concepción, 21 de septiembre del 2000, *RDJ*, t. XCVII, sec. 5ª, p. 251, en cuya virtud de acogió la protección impetrada por una personal natural “por sí y sus vecinos”, por conculcarse el derecho a la vida, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el de propiedad.

⁵⁸ Cfr. GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *Derecho...*, cit. (n.10), pp. 1150 y ss.

Sin embargo, la acción de protección sí operó como mecanismo de tutela supraindividual en los términos que vengo sosteniendo. Así ocurrió en el año 1978, cuando la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la protección deducida por un particular en beneficio de su derecho individual, pero la acogió respecto de toda la población afectada. Como medida, el tribunal ordenó a la empresa recurrida a reemplazar, en el menor tiempo posible, un transformador técnicamente insuficiente en un determinado sector de la población, ya que su mantención implicaba establecer una diferencia arbitraria con relación a un determinado sector que igual que los otros pagaba el suministro correspondiente⁵⁹.

Como puede observarse, aquí la sentencia desplegó su eficacia directa sobre terceras personas; las medidas de protección en favor de terceros ajenos al proceso fueron queridas y buscadas por el tribunal. Es justamente esta la idea que postulo en este trabajo: que las medidas de protección vayan dirigidas a proteger directamente a los perjudicados que componen el grupo o colectivo, y que se ven afectadas por un mismo hecho u omisión.

A pesar de ello, nuestra doctrina ha identificado otro caso distinto como la excepción a la serie de limitaciones jurisprudenciales impuestas por nuestras cortes en materia de legitimación activa dentro del recurso de protección.

IV. LA SUPUESTA EXCEPCIÓN: EL CASO DE LA “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS”

A pesar del estado general de las ideas imperantes en nuestros jueces constitucionales, se ha dicho por la doctrina nacional que las limitaciones jurisprudenciales a las que se ha hecho alusión no operaron en la sentencia de fecha 30 de agosto del 2001, dictada por nuestra

⁵⁹ C. de Ap. de Santiago, 22 de octubre de 1978, *RDJ*, t. LXXXIV, sec. 5ª, p. 258.

Corte suprema en el caso de la “píldora del día después”⁶⁰. En esta causa, mediante sentencia definitiva se acogió la acción interpuesta por diversas ONGs destinada a tutelar el derecho a la vida de “los que están por nacer en Chile” y que –en concepto de los recurrentes— se vería menoscabado por el fármaco “Postinol”. Por esto ha sido enunciada por nuestra doctrina como “un caso de excepción” en donde sí se concedió tutela supraindividual⁶¹.

En verdad, lo peculiar del caso consiste básicamente en dos circunstancias:

(1) por un lado, se concedió la tutela a un grupo indeterminado de sujetos (los embriones humanos), aduciendo para ello “que no se ha recurrido por sujetos indefinidos y faltos de concreción, seres indeterminados que no podrían individualizarse para ser considerados titulares de la acción de protección de que se trata” (considerando 7º) y que “esto no significa que el Recurso de Protección se utilice en el caso presente, como acción popular o general en favor del orden jurídico, sino como una acción cautelar de *derechos subjetivos concretos...*” (considerando 8º, párrafo 3).

(2) se permitió que unas ONGs impetaran la protección del derecho a la vida de un colectivo o grupo indeterminado de sujetos, obteniendo una sentencia favorable en beneficio de un colectivo o grupo. Ello fue posible, en concepto de nuestro máximo tribunal, porque “la legitimación activa sólo requiere que haya seres concretos existentes que pudieron ser afectados por la acción que se denuncia como arbitraria o ilegal, aun cuando no sepa dónde se encuentran ni se tenga certeza de su nombre y de ningún otro atributo individualizador” (considerando 8º, párrafo 1).

A propósito de la doctrina consignada anteriormente resulta necesario efectuar un par de precisiones, tanto en lo relativo al *tipo de tutela* concedida en la especie, como en lo referente al tratamiento de la *legitimación* por parte de la Corte Suprema.

Con respecto al primer elemento, creo que en ningún caso se concedió tutela supraindividual en la especie. Muy por el contrario, aquí se veló en realidad por el interés público, y esto, por un motivo bastante simple: aquí no se percibe por ninguna parte la

⁶⁰ C. Suprema: *Phillippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública y otros*, 30 de agosto de 2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, p. 199. Cabe añadir que más allá del interés procesal que presenta este caso, el mismo ha sido criticado, dentro de otros motivos, porque el tribunal no permitió la intervención en el proceso de ciertas organizaciones en defensa de las libertades civiles y por la débil fundamentación de la sentencia dictada por la CS. Mayores antecedentes en GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Edit. Univ. Diego Portales, 2005), pp. 299-312.

⁶¹ Cfr. ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La incorporación...*, cit. (n.17), pp. 300-304; En la misma línea, MENESES PACHECO, Claudio, cit. (n.11), pp. 242-243.

“comunidad amorfa, fluida y flexible” de la que habla GIDI⁶², sino más bien, se trata de un tema que tiene una trascendencia global para la comunidad social⁶³.

Ambas clases de intereses tienen una trascendencia que va más allá del individuo; es cierto. Pero una cosa es aquel interés que es detentado por un colectivo de personas más o menos concretas; y otra muy distinta es que se trate de un asunto de interés para toda la sociedad. De hecho, si tenemos presente que lo que caracteriza a un interés supraindividual, es precisamente una comunidad de víctimas indivisiblemente consideradas, luego, es incorrecto decir que los titulares de un interés de esta especie son “personas indeterminadas”⁶⁴, como expresó la Corte, que se trata de personas que están por nacer, sin saber dónde ni cuándo existirán esas personas. No es lo mismo que los límites del grupo se encuentren indeterminados, a que los miembros de ese grupo sean entes o personas indeterminadas.

En segundo lugar, y muy ligado a lo anterior, se trató el tema de la *legitimación extraordinaria* de un modo anormal al no requerirse la identificación concreta de los titulares del derecho afectado. Puede argüirse, en contra, que los recurrentes impetraron la protección en favor de “los que están por nacer” y que con ello satisficieron el requisito de la determinación del perjudicado, pero ello no es sino el reconocimiento de una cuestión básica en materia de control de constitucionalidad: el que toda supuesta norma “inconstitucional” afecta potencialmente, en la realidad social, a alguna persona o grupos de personas. Este tratamiento anormal, en definitiva, llevó a una alteración del mecanismo de control de constitucional del recurso de protección, en cuanto control concreto⁶⁵.

Si hay un elemento que caracteriza a la acción de protección como mecanismo para garantizar la supremacía constitucional por sobre todo el ordenamiento jurídico, es que opera como un mecanismo concreto. Ello importa necesariamente la existencia de un conflicto, una disputa entre partes; de este modo el objeto del control se radica en una situación subjetiva que su titular (u otro eventual interesado) estima infringida, y la actividad de control se enfoca en función de dicha situación. Y justamente en relación a esto se encuentra el mayor error de la Corte en este caso: al no requerirse identificación de una situación de afectación, la protección impetrada en la especie operó como un control abstracto, alterando así su funcionamiento.

⁶² GIDI, Antonio, *Derechos...*, cit. (n.4), pp.32-35.

⁶³ Sobre el interés público, y su diferenciación con los intereses supraindividuales, cfr. GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *La tutela...*, cit. (n.4), pp.55-60, 85-87.

⁶⁴ GIDI, Antonio, *Derechos...*, cit. (n.4), pp. 30.

⁶⁵ BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, *La píldora del día después ante la jurisprudencia*, en *Estudios Públicos* 95 (2004), pp. 43-89; en especial, p. 47.

A pesar de estas críticas, este caso tiene interés para demostrar un punto especial que he señalado en páginas precedentes. Me refiero al requisito de la determinación del perjudicado, que es un matiz importante a la hora de decidir si una acción de protección podría actuar como mecanismo de tutela supraindividual o no. Es cierto que este hecho, el que la acción constitucional de protección actúe de esta manera importa ciertos cambios en lo referente a la legitimación activa y el requisito de la determinación del perjudicado. Pero al contrario de lo que pudiere pensarse, este requisito debe cumplirse completamente: no basta con el simple señalamiento de la especie afectada. Es preciso, además, que esa especie de personas afectadas exista en la realidad, que ese grupo pueda ser percibido por los sentidos; en definitiva, que el colectivo en favor del cual se acciona, sea real. Considero que es esta la herramienta a través de la cual el sentenciador logrará diferenciar entre aquellas situaciones en que se encuentran comprometidos intereses supraindividuales (o individuales homogéneos), por un lado; y aquellas en que lisa y llanamente entra en juego el interés público.

Entonces, el recurso de protección es un procedimiento de control concreto de constitucionalidad. Y así lo entendió la Corte de Apelaciones de Santiago en un caso similar al de la píldora del día después, aunque temporalmente anterior a éste.

De este modo fue como se rechazó la protección interpuesta en el año 1997 por un grupo de personas naturales en contra de dos canales de televisión por negarse a transmitir cortometrajes publicitarios que fueron parte de la campaña de prevención del SIDA desplegada por el Ministerio de Salud. La acción fue impetrada en favor de “los jóvenes de Chile y de la población en general”, hecho que fue considerado inadmisilible por la Corte de Apelaciones de Santiago, por cuanto “como se ha resuelto, no constituye el propósito de esta acción cautelar que está dirigida a proteger intereses concretos de alguna persona o grupos perfectamente identificados”. A lo anterior se agregó que

la expresión ‘El que’ que se usa en el mandato constitucional del art. 20, nos da inequívocamente la idea de individuo o persona (...) de tal modo que alzarse, en términos vagos e imprecisos, sin tener facultad legal para ello, en favor de toda la población de un país o de gran parte de ella, importa extender los alcances de esta acción a límites no queridos por el legislador, por muy loable que aparezca el propósito, sentándose un principio que podría tornar muy confuso el fin del recurso de protección.⁶⁶

⁶⁶ C. de Ap. de Santiago, 27 de junio de 1997. *RDJ*, t. XCIV, sec. 5ª, p. 159.

Ambos casos examinados en esta parte son similares. Tanto en uno como en otro, personas naturales han accionado en favor de grupos de personas indeterminadas; lo diferente, como puede apreciarse, fue el destino de la acción. A pesar de todo esto, creo que la lección que podemos recoger de ellos es el tema del interés que se encuentra en juego, como herramienta que podrá ser utilizada por el juez para limitar el uso desmesurado de la acción de protección como mecanismo de tutela supraindividual. El peligro de este uso ya lo hemos evidenciado: el daño que sufre el ordenamiento jurídico consiste en la alteración que experimenta la acción de protección en cuanto mecanismo de control de constitucionalidad. Este daño provoca claramente una ruptura en todo el sistema de dispositivos y mecanismos que contempla la misma Constitución para garantizar su supremacía por sobre el resto de fuentes normativas. Por lo demás, no es lo ideal que de la indefensión de aquellas situaciones provocadas en la esfera colectiva pasemos al otro extremo, a tutelar mediante esta acción toda clase de situaciones, y de manera indiscriminada.

V. APRECIACIONES FINALES

Desde la inclusión del recurso de protección a nuestro ordenamiento se han tutelado, por regla general, derechos particulares —y, por consiguiente, intereses individualmente considerados— dejando de manifiesto por la jurisprudencia de nuestros jueces constitucionales la inaptitud de este mecanismo para proteger intereses colectivos o difusos. Los únicos casos de tutela de intereses de grupo han ocurrido a causa de una extensión material de la sentencia de protección sobre la esfera jurídica de terceros en dos especiales casos: (i) aquellas situaciones en que la lesión a un interés supraindividual ha importado, a su vez, la lesión a una garantía conculcada y; (ii) en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N°8 C.Pol).

Para una tutela completa de los grupos y colectividades, de aquellos grupos intermedios a que se refiere la misma Constitución (art. 1°), sin embargo, se hace necesario que la acción de protección sirva como un mecanismo idóneo para solicitar tutela colectiva de las diversas garantías constitucionales en los términos expuestos en las líneas precedentes. Elementos dogmáticos para sostener la tesis anterior sí existen en nuestro derecho.

En efecto, la legitimación en la acción de protección está referida, en atención a la expresión “El que” utilizada por el constituyente en el art. 20 C.Pol, a las personas naturales, a las jurídicas en incluso a los meros entes de hecho agrupados por acontecimientos específicos. La sentencia de protección, a su turno, puede aprovechar a terceros, disponiendo medidas conducentes a proteger los derechos de aquellos que no han sido parte directa en el proceso. Y es que la naturaleza del recurso de protección está

entregada a la libre iniciativa de cualquiera que tenga *interés propio* o traduzca un *interés colectivo* y forjado, de modo tal, que el tribunal fallador tiene que actuar por todos los medios a su alcance, para poner fin a las restricciones del derecho que la Constitución protege, sin que sea necesario insinuar los medios y esto porque son todos posibles y deben ser hallados por el mismo tribunal y su iniciativa⁶⁷.

En consideración a lo anterior, el recurso de protección sí puede operar como una herramienta eficaz e idónea para amparar intereses supraindividuales. Como expone TAVOLARI,

es hora de abogar por una interpretación finalista de los preceptos: aun cuando la Constitución disponga que la protección se confiera a El que sea víctima de acciones u omisiones, el juez constitucional no puede negarse a otorgar el resguardo jurisdiccional que se le impetra si él se reclama para titulares de intereses colectivos o difusos⁶⁸.

Sin embargo, esta idea puede eventualmente derivar en un peligro. Éste consiste básicamente en una tutela desmesurada mediante la acción de protección; y su consecencial tergiversación dentro de los mecanismos de supremacía constitucional, es decir, que esta acción, en definitiva, se transforme en un instrumento para amparar el interés público. Pero no todo está perdido. A lo largo de este trabajo ha quedado demostrado que han sido nuestros jueces a través de sus sentencias quienes han delimitado los márgenes de la legitimación activa en materia de acción de protección y de la eficacia de

⁶⁷ C. de Ap. de Santiago, 7 de julio de 1982. CS, 29 de julio de 1982. RDJ, t. LXXIX, sec. 5ª, p. 135. *Cursivas mías.*

⁶⁸ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tramitación...*, cit. (n.31), p. 503.

la sentencia que sobre ella se pronuncia. Por tanto, considero que los primeros operadores llamados a delimitar su (eventual) uso desmesurado, son ellos también.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*, en *RChD* 33 N° 1 (2006), pp. 69-91.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección*, en *Revista de Derecho* 20 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1999).

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2006).

BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, *La píldora del día después ante la jurisprudencia*, en *Estudios Públicos* 95 (2004), pp. 43-89.

BERMUDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007).

BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Informe en Derecho: Facultades de CONAF y contaminación de aguas de un lago*, en *RCHD* 19 N°3 (1992), pp.549-573

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Jurisprudencia: Empresa Forestal Trillium Limitada*, en *Revista de Derecho* 8 N°1 (Universidad Austral, 1997), pp. 123-150.

CAPPELLETTI, Mauro, *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 83 (1978), pp. 1-40.

CASTELLÓN VENEGAS, Hugo, *Acción popular y recurso de protección*, en *Gaceta Jurídica* 262 (2002), pp. 7-19.

CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1988).

CORDÓN MORENO, Faustino, *Sobre la legitimación en derecho procesal*, en *RChD* 25 N° 2 (1998), pp. 357-385.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando, *Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia*, en *RChD* 28 N°3 (2001), pp. 615-630.

ERRÁZURIZ GATICA, Juan y OTERO ALVARADO, Jorge, *Aspectos procesales del recurso de protección* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1989).

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El acceso a la justicia de los intereses de grupo (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)*, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional* (México, Porrúa, 2001), pp. 217-237.

FISS, Owen, *The political theory of the class action*, en *Washington & Lee Law Review* 53 (1996), pp. 21-31.

GIDI, Antonio, *Acciones de grupo y 'amparo colectivo' en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional* (México, Porrúa, 2001), pp. 973-1029.

GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Edit. Univ. Diego Portales, 2005).

GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* (Navarra, Aranzadi, 1999).

———, *Derecho procesal constitucional y protección de los intereses difusos y colectivos*, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional* (México, Porrúa, 2001), pp. 1109-1168.

GUZMÁN ROSÉN, Rodrigo, *Legitimación activa en la acción constitucional de protección en materia ambiental*, en AA.VV., *Prevención y solución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas* (Santiago, Lexis-Nexis, 2007), pp. 337-358.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho* (trad. Moisés Nilve, Bs. As, Eudeba, 2006).

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada (con adiciones relativas al Derecho brasileño)* (trad. S. Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires, Ediar, 1946).

MENESES PACHECO, Claudio, *Legitimación y cosa juzgada en la tutela procesal de derechos e intereses colectivos, en el ordenamiento chileno*, en *Revista de Derecho Processual Civil* 39 (2006), pp. 230-266.

MORELLO, Augusto, *La legitimación de obrar como elemento facilitador, en la Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos*, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Procesal* (Bs. As, Abeledo-Perrot, 1998), pp. 47-60.

MORENO, Pablo, *El interés de grupo como interés jurídicamente tutelado* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002).

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación*, en *RCHD* 20 N°s 2-3, t. III, pp. 595-601.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dogmática Constitucional* (Talca, Edit. Universidad de Talca, 1997).

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil* (3ª edición, Navarra, Aranzadi, 2002).

PALOMO VÉLEZ, Diego, *Tutela del medio ambiente: Abandono del paradigma de la litis individual*, en *Revista de Derecho* 14 (Universidad Austral, 2003), pp. 187-201.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*, en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio* (México, UNAM-IIJ, 1988), III.

PÉREZ RAGONE, Álvaro, *¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos*, en *Revista de Derecho Procesal* 1 (2005), pp. 611-671.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La incorporación de las acciones para la tutela del interés difuso y colectivo de la Ley de Protección al Consumidor*, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* VII, N° 7 (2003), pp. 295-314.

ROSENDE VILLAR, Cecilia, *Efectos directos y reflejos de la sentencia*, en *RChD* Vol. 28 N° 3 (2001), pp. 489-507.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva jurisprudencial del recurso de protección*, en *EL MISMO*, *Estudios de Derecho Procesal* (Valparaíso, Edeval, 1990).

VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976).

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional Chileno

- Sentencia rol N° 634 (9 de agosto de 2007): Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575.

Legitimación en la acción de protección

- C. Suprema, 19 de marzo de 1997. *RDJ*, t. XICV, sec. 5ª, p. 17.
- C. Suprema, 19 de marzo de 1997. *Revista de Derecho* 8 N°1 (Universidad Austral, 1997), p. 123.
- C. de Ap. de Santiago, 22 de agosto de 1982. CS, 6 de septiembre de 1982. *RDJ*, t. LXXIX, sec. 5ª, p. 224.
- C. de Ap. de Santiago, 22 de mayo de 1993. CS, 1 de junio de 1993. *RDJ*, t. XC, sec. 5ª, p. 211.
- C. Suprema, 9 de agosto de 1984. *Fallos del Mes* N° 309, p. 393.
- C. de Ap. de Santiago, 22 de diciembre de 1982. CS, 15 de marzo de 1984. *RDJ*, t. LXXXI, sec. 5ª, p. 53.
- C. de Ap. de Santiago, 22 de marzo de 1985, CS, 8 de abril de 1985. *RDJ*, t. LXXXII, sec. 5ª, p. 60.
- C. de Ap. de P. A. Cerda, 16 de noviembre de 1984, CS, 20 de diciembre de 1984, *RDJ*, t. LXXXI, sec. 5ª, p. 260.
- C. de Ap. de Santiago, 27 de junio de 1997. *RDJ*, t. XCIV, sec. 5ª, p. 159.
- C. de Ap. de Concepción, 29 de septiembre de 1998. CS, 2 de noviembre de 1998. *Gaceta Jurídica* N° 221, p. 42.
- C. de Ap. de Punta Arenas, 21 de julio de 2006, *Gaceta Jurídica* 314, p. 101.

Caso de la píldora del día después

- C. Suprema, 30 de agosto de 2001. *RDJ*, t. XCVIII, sec. 5ª, p. 199.

Eficacia material de la sentencia de protección que se extiende a toda una colectividad

- C. de Ap. de Santiago, 22 de octubre de 1978. *RDJ*, t. LXXXIV, sec. 5ª, p. 258.
- C. de Ap. de Valdivia, 26 de mayo de 1993. CS. 1 de julio de 1993. *RDJ*, t. XC, sec. 5ª, p.209.
- C. de Ap. de Arica, 28 de junio de 1985. *RDJ*, t. LXXXII, sec. 5ª, p. 196.
- C. de Ap. de Copiapó, 23 de junio de 1988. *RDJ*, año 1988, sec. 5ª, p. 191.
- C. de Ap. de Copiapó, 15 de febrero de 1991. CS. 13 de junio de 1991. *RDJ*, t. LXXXIII, sec. 5ª, p. 144.
- C. de Ap. de Concepción, 21 de septiembre del 2000. *RDJ*, t. XCVII, sec. 5ª, p. 251.