

EL RECURSO DE PROTECCIÓN BAJO LOS CRITERIOS DE LA TUTELA DE URGENCIA*

*Andrés Peña Adasme***

RESUMEN. Este trabajo aborda el problema relativo a la falta o ausencia de criterios de procedencia del recurso de protección. Problema que no ha sido resuelto por nuestra doctrina ni por la jurisprudencia en forma satisfactoria, lo que ha provocado una serie de problemas y distorsiones en nuestro sistema jurídico. Para resolver esta problemática, a diferencia de los intentos existentes, incorporaremos el análisis procesal del asunto, principalmente recurriremos a la teoría general de la tutela de urgencia. De esta manera, nuestra tesis central es que siendo el recurso de protección un proceso de urgencia es necesario para su procedencia que concurran los presupuestos propios de todo proceso urgente, esto es, una situación de peligro y cierto grado de evidencia en la reclamación. Estos son los criterios de procedencia que se utilizan desde antiguo en las diferentes manifestaciones de los procesos urgentes y que permiten una correcta utilización de los mismos.

RECURSO DE PROTECCIÓN – TUTELA DE URGENCIA – CRITERIOS DE PROCEDENCIA

ABSTRACT. This Paper approaches the problem relative to the lack or absence of criteria for the application of the so called “recurso de protección”. Problem that has not been solved by our doctrine nor by the jurisprudence in satisfactory form, which has caused a series of problems and distortions in our legal system. In order to solve this problematic, unlike the existing attempts, the procedural analysis of the subject will be incorporated, mainly resorting to the general theory of the urgency trusteeship. This way, the main thesis is that being the Resource of Protection an urgency process, all of the factors that are needed for all urgent processes to concur are in order for it to apply, this is, a situation of danger and certain degree of plausibility in the claim. These are the application criteria that have been used for a long time in the different manifestations from the urgent processes and that allow the correct use of them.

* En la elaboración de este trabajo de investigación agradezco a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y a su Departamento de Derecho Procesal por haberme dado la oportunidad. En forma muy especial debo agradecer el invaluable apoyo, consejo y enseñanzas del profesor Claudio Meneses Pacheco.

** Estudiante de Derecho, alumno de 5º año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile. Alumno ayudante de Derecho Procesal. Correo electrónico: Andres_ivan@hotmail.com.

JUDICIAL REVIEW - URGENCY TRUSTEESHIP - APPLICATION CRITERIA

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1976 se crea en Chile la figura del recurso de protección que corresponde a lo que en el contexto iberoamericano se conoce como amparo. Tradicionalmente ha sido entendido como una acción destinada a obtener una solución rápida y eficaz frente a un atentado o amenaza a un derecho fundamental. Desde su establecimiento hasta la fecha nunca ha existido en nuestra jurisprudencia ni en nuestra doctrina criterios claros respecto de la procedencia de éste, lo que ha producido una hipertrofia y una extensión desmesurada en la utilización de este mecanismo. En este trabajo nos proponemos analizar si es posible limitar la procedencia del recurso de protección y llegar a establecer cuales son sus criterios de procedencia. Para esto dejaremos atrás el enfoque constitucional tradicional del mismo, para abordarlo desde el punto de vista procesal, y de un modo especial, desde el estudio de la teoría general de la tutela de urgencia. De este modo, presentaremos una interpretación del texto constitucional que, con fundamento en la dogmática procesal, constituya una herramienta sólida para establecer con exactitud los supuestos de procedencia, permita acotar su utilización y así evitar las dificultades que empleo de este mecanismo genera.

II. PANORAMA ACTUAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN.

La importancia que tiene el “recurso de protección” en nuestro sistema jurídico es evidente e irrefutable. Desde luego por la finalidad que persigue: la de constituir un medio de protección rápido y eficaz de los derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución Política, y además por tratarse de un instituto procesal establecido directamente por ésta.

Pero también resulta importante por la gravitación práctica que ha tenido en nuestra realidad jurídica. “Pocos instrumentos jurídicos han calado tan hondo en la cultura jurídica nacional como este”¹. Su establecimiento vino a llenar un vacío existente hasta ese

¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección como proceso de urgencia*, en *Revista Chilena de Derecho* 31 (2004) 2

momento en materia de resguardo de los derechos de las personas, pasando a convertirse en la vía mas usada para buscar la protección de las garantías fundamentales. Por eso se dice que “el recurso de protección a sido durante aproximadamente mas de dos décadas una verdadera llave maestra del Estado de Derecho chileno, la única vía que permitiría obtener una oportuna y efectiva tutela judicial para prácticamente toda posición jurídica subjetiva de los ciudadanos”²... Constituyéndose de este modo en la vía judicial por antonomasia del derecho procesal constitucional chileno³. Además, frente a la ausencia de procedimientos y tribunales contencioso administrativo, y como algunos tempranamente lo predijeron⁴, “el recurso de protección ha sustituido en la práctica al contencioso administrativo interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas”⁵.

Pero resulta aún más importante este instituto, por los problemas o dificultades que su utilización cotidiana ha dejado en evidencia durante casi treinta años, lo que ha hecho que en la actualidad el recurso de protección sea objeto de muchas críticas y cuestionamientos por parte de la doctrina.

Se critica el fuerte impacto que ha provocado en el orden institucional. Porque a través del recurso de protección se ha intentado enervar acusaciones constitucionales. Se ha interpuesto contra actos de la Contraloría General de la República generando un conflicto de competencia entre ésta y el Poder Judicial. Se ha querido recurrir contra resoluciones judiciales. Se ha intentado impedir o demorar la implementación de políticas públicas...en fin la lista es larga⁶.

Se rechaza además la expansión ilimitada que se le ha dado al derecho de propiedad, lo que se conoce como el fenómeno de la “propietarización” de los derechos, lo que ha permitido que a través de este recurso se proteja derechos que no estuvieron inicialmente considerados por el constituyente.

Desde el punto vista procesal el recurso de protección genera varios problemas; este recurso es de competencia de los tribunales superiores de justicia, lo cual distrae la atención de éstos de su competencia natural, producto de la recarga excesiva de trabajo que

²BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica*, en *Revista de Derecho* 19 (2006) 2.

³ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección como...*, cit. (n. 1), p. 269.

⁴ SOTO KLOSS concibe al recurso de protección como la solución a lo contenciosos administrativo (Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo, *Amparo judicial y recurso de protección*, en *Revista de Derecho Público* 19-20 (1976), pp. 155 ss.)

⁵ PIERRY ARRAU, Pedro, *Tribunales Contencioso Administrativos*, en *Revista de Derecho .Consejo de Defensa del Estado* 1 (2000) 2, p 104.

⁶ 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 (1999), p. 225.

se genera. “Son resueltos no por un tribunal permanente que vaya sentando jurisprudencia sino que por las diversas salas de las Cortes de Apelaciones, con una integración siempre cambiante, en que el criterio adoptado en la resolución no es seguido en el recurso siguiente por jueces diversos”⁷, lo que claramente atenta contra la seguridad jurídica en materia de garantías constitucionales.

Debemos agregar que el recurso de protección atenta contra el debido proceso por cuanto otorga escasas posibilidades al recurrido para defenderse y presentar pruebas llegando incluso a considerarse por algunos autores como un proceso unilateral o sin contradictorio⁸. Se atenta y dificulta el acceso a la justicia por cuanto los ciudadanos afectados en sus derechos fundamentales deben dirigirse al tribunal del lugar donde se hubiere cometido el acto o se hubiere incurrido en la omisión, y no al tribunal más cercano.

Sin embargo, es necesario destacar que estas dificultades o efectos negativos que produce el recurso de protección no serían tan reiterados, tan perceptibles ni de tanta significación de no ser por otro problema que existe respecto de este mecanismo, y que por lo dicho resulta crucial, que es la amplitud o extensión exagerada que se le ha dado al recurso de protección. Dicho de otra manera, el tema relativo a los criterios bajo los cuales es procedente este medio de protección de los derechos de las personas. Cuya solución permitiría aminorar o atenuar los efectos negativos y las dificultades que este instituto genera.

En la actualidad lo que ocurre es que el recurso de protección es usado indiscriminadamente por los operadores jurídicos, puesto que mientras no haya caducado el plazo de quince días para interponerlo siempre se va a preferir éste por sobre las vías ordinarias. Cualquier reclamación que de algún modo pueda ser cubierta por alguna de las garantías señaladas en la Constitución se hace efectiva a través de ésta vía, sea que se reclame contra autoridades públicas o lo que resulta más paradójico contra otros particulares.

El problema de la “propietarización” de los derechos ha facilitado esta tendencia, permitiendo que cualquier derecho pueda ser alegado por esta vía invocando la propiedad sobre el mismo.

A todo esto hay que agregar el criterio amplio mostrado por la jurisprudencia en la interpretación del art. 20 de la Constitución. En efecto desde su establecimiento en el Acta Constitucional n° 3 de 1976, se ha ido extendiendo cada vez más el ámbito de aplicación de

⁷ PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 5), p 104

⁸ Cfr. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El recurso de protección y sus innovaciones procesales*, en *Revista de Ciencias Sociales* 40 (1995), p. 66 y ss.; ERRÁZURIZ GÁTICA, Juan y OTERO ALVARADO, Jorge, *Aspectos Procesales Del Recurso de Protección*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989), p. 40 y ss. ; 69 y ss.

este mecanismo, produciéndose una verdadera hipertrofia⁹, llegando a su punto mas extremo en la segunda mitad de los años noventa¹⁰. Es por esta razón que la Corte Suprema, en un intento por frenar este desajuste, mediante un Auto Acordado de 1998, introdujo en la tramitación del recurso, la posibilidad de declararlo inadmisibile por manifiesta falta de fundamento. Sin embargo, la jurisprudencia no ha podido establecer criterios claros respecto de la procedencia del mismo.

Todo esto ha producido como consecuencia que el recurso de protección haya dejado de ser un procedimiento excepcional y haya pasado a convertirse en un “equivalente jurisdiccional”,¹¹ un procedimiento corriente, un sustituto del contencioso administrativo y de los procedimientos ordinarios.

Como señalamos, esta circunstancia de que el recurso de protección se convierta en el mecanismo al cual ordinariamente se recurre, hace que todas aquellas dificultades tengan mayor importancia y gravitación por la constancia con que se repiten en el tiempo.

Una situación como esta es desde luego rechazable. No podemos entender ni aceptar que este mecanismo se utilice respecto de cualquier reclamación presentada por los particulares. El recurso de protección se concibió en su creación como un proceso excepcional, y no para constituirse en la vía ordinaria de protección de los derechos de las personas. Sino cuál sería la lógica de tener distintos procedimientos regulados en nuestro ordenamiento jurídico si siempre va a existir como alternativa recurrir a este proceso de protección. La existencia de diferentes procedimientos en nuestro derecho no responde a un capricho del legislador sino al reconocimiento de que existen ciertas circunstancias especiales que ameritan el establecimiento de procesos con una regulación y fines específicos. ¿O es que acaso no podemos solicitar a los tribunales ordinarios la tutela de nuestros derechos fundamentales? ¿Acaso sólo los tribunales superiores de justicia podrían otorgarla?

Desde luego, la solución mas lógica a estas dificultades vendría dada por una reforma legislativa que de algún modo lograra restringir la aplicación del recurso de protección ya sea estableciéndolo como un recurso residual como ocurre en España en donde el amparo constitucional se solicita al Tribunal Constitucional y es procedente

⁹ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p 98.

¹⁰ Para un estudio con datos empíricos sobre el desenvolvimiento del Recurso de Protección en al jurisprudencia: GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2005); Recientemente ZAVALA ORTIZ, José Luis, *Recurso de Protección. Casos y Jurisprudencia*, (Santiago, Editorial Punto Lex, 2007); LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz, *Recurso de Protección y Debido Proceso. Análisis Jurisprudencial*, (Santiago, Editorial Metropolitana, 2007).

¹¹ GÓMEZ BERNALES, Gastón, cit. (n. 10), pp. 22 y ss.

siempre y cuando no existan otros medios de protección¹² o bien, lo limite a determinados casos, siempre y cuando esta limitación se hiciera bajo criterios mas claros y precisos que los actualmente vigentes.

Otra solución seria que nuestra jurisprudencia avanzara hacia una correcta interpretación constitucional del derecho de propiedad, de modo que el recurso de protección procediere solamente respecto de aquellos derechos señalados en la Constitución y no a otros.

O tal vez no restringir el recurso de protección y aceptar que constituya la vía ordinaria para proteger los derechos de las personas pero legislando un proceso nuevo que otorgue las mínimas garantías de un debido proceso, como propone el profesor Bordalí en el cual se contemple el contradictorio, se facilite el acceso a justicia por parte de las personas, y que contribuya a la certeza en materia de derechos fundamentales estableciendo una suerte de casación constitucional¹³.

Ahora bien, mientras esto no ocurra es necesario limitar la procedencia del recurso de protección, llegar a determinar, conforme a criterios estables y sólidos, en que casos va a proceder el recurso y en que casos se va a excluir esta posibilidad. Es más nosotros estimamos que no es necesaria una solución legislativa, creemos que es perfectamente posible establecer estos criterios, recurriendo para ello a las normas y principios propios de la ciencia procesal, principalmente a la teoría general de la tutela de urgencia. En el presente trabajo planteamos como hipótesis central que siendo el recurso de protección un proceso de urgencia¹⁴, es necesario que para su aplicación concurran los supuestos propios que justifican la creación y utilización de los mecanismos de urgencia.

III. CAUSAS DEL PROBLEMA.

Antes de entrar a analizar la teoría general de la tutela de urgencia, nos referiremos muy sucintamente y sin pretender ser exhaustivos a las posibles causas de esta distorsión producida con el recurso de protección.

¹² Art. 41 Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español.

¹³ Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección entre...*cit. (n. 2), pp. 225 ss.

¹⁴ Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección como...*, cit. (n. 1), pp. 269. y ss.

Tal vez una de las causas que generó la situación antes descrita, fue el contexto histórico en el cual nació el recurso de protección y su finalidad. Como señala la doctrina, el recurso de protección nace en el contexto de la vía chilena hacia el socialismo impulsada por el gobierno de la Unidad Popular entre 1970 y 1973,¹⁵ y con la finalidad de proteger principalmente la propiedad frente a la Administración del Estado.¹⁶ Es decir, para hacer frente a las expropiaciones, intervenciones y requisiciones propios de aquella época se hace necesario crear un mecanismo procesal específico y expedito que permitiera reclamar ante los tribunales de justicia. Esto contribuyó a nuestro entender a que se pusiera el énfasis en la protección, en la tutela de los derechos, en la posibilidad de reclamar o accionar ante los tribunales, dejando un poco de lado el análisis de la naturaleza y las particularidades propias de este mecanismo nuevo. Quizás por esa razón, en los primeros momentos se hablaba del recurso de protección como una acción cautelar¹⁷, expresión que claramente deja de manifiesto esta idea de proteger, cautelar los derechos de las personas que subyace detrás este instituto, en circunstancias que hoy claramente entendemos que el recurso de protección desde el punto de vista de su naturaleza jurídica no es una acción ni menos cautelar.¹⁸

Otro aspecto que podemos apuntar como causa de estos problemas son ciertas características propias de este recurso. El profesor Pierry observa que “lo impredecible de los recursos de protección hace aumentar la litigiosidad, pues se fomenta la tendencia a interponerlos, ya que siempre existe la posibilidad de que, en un procedimiento tan incierto, un buen alegato o una ingeniosa presentación resulte en alguna resolución, transitoria o definitiva, que obligue (...) a otorgar al recurrente una prestación a la que en principio no tenía derecho”.¹⁹ Asimismo incentiva la utilización irrestricta de éstos, las pocas posibilidades de defensa que tiene la persona contra quien se reclama lo cual siempre va a motivar al actor a usar este medio por sobre aquel que otorga plenas posibilidades.

Por último podemos observar que la mayoría de los autores quienes se abocan al estudio del recurso de protección, son personas relacionadas con el derecho constitucional,

¹⁵ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección entre...*cit. (n. 2), pp. 206.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Cfr. ERRÁZURIZ GATICA, Juan y OTERO ALVARADO, Jorge, cit. (n. 8), p 34. ; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva Jurisprudencial del Recurso de Protección*, en *Estudios de Derecho Procesal*, (Valparaíso, Edeval, 1990), pp. 9, nota 1. ; UGALDE PRIETO, Rodrigo, *El Recurso de Protección en materia tributaria*, (Santiago, Editorial Jurídica, Cono Sur, 1993), pp, 7 y ss. Para un desarrollo de las diversas opiniones véase LIRA HERRERA, Sergio, *El recurso de protección. (naturaleza jurídica, doctrina jurisprudencia y derecho comparado)*, (Santiago, Alborada, 1990), pp. 19 y ss.

¹⁸ Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El Proceso de Protección*, en *Revista de Derecho* 10 (1999), pp. 43 y ss.; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado)* ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006), p 21.

¹⁹Cfr. PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 5), p 104.

con las ramas del derecho público²⁰, los cuales ponen el énfasis en los derechos fundamentales de las personas, en la necesidad de dar amparo a dichos derechos, pero sin entrar mayormente en análisis procesal de este mecanismo. El profesor Bordalí coincide con nosotros y constata que este sería una realidad que no sólo ocurriría en Chile, al apuntar que: “tanto en la experiencia comparada como en la chilena, han sido los constitucionalistas y administrativistas con excepción quizás de Italia (...) los que mayormente han estudiado la justicia constitucional, pero han relegado a un plano secundario el estudio procesal del fenómeno”²¹.

IV. LA TEORÍA GENERAL DE LA TUTELA DE URGENCIA.

La teoría general de la tutela de urgencia tiene su origen en la doctrina clásica de las medidas cautelares. Dicha doctrina nos enseña que en determinados casos la demora propia del proceso jurisdiccional y sus formas traía aparejado el peligro de que en definitiva llegado el momento de dar cumplimiento a la sentencia ésta no pudiera ser efectivamente cumplida. Los autores entendieron que “durante el lapso de tiempo que inexorablemente transcurre entre el comienzo de un juicio y el dictado de la sentencia definitiva pueden surgir innumerables circunstancias que tornen imposible o dificulten la ejecución forzada o bien, diluyan los efectos de la decisión final”²². Así se creó el instrumento de las medidas cautelares, a través del cual se le otorgaban al juez la facultad de adoptar ciertas medidas que permitirían asegurar el resultado práctico de la sentencia que se iba a dictar²³.

Con el tiempo fueron surgiendo otras formas procesales, que si bien en un primer momento podían encuadrarse dentro de las medidas cautelares, con el tiempo fueron desbordando esta noción. Pues ya no se trataba sólo de asegurar la eficacia de un proceso principal, sino de dar soluciones autónomas. Además ya no se trataba solamente de dar facultades especiales al juez sino de establecer todo un procedimiento especial, diferente de los existentes. Y en todos ellos observamos estos mismos fundamentos, es decir el

²⁰ Por ejemplo, en Chile durante mucho tiempo la obra clásica en el estudio de este instituto fue: SOTO KLOSS, Eduardo, *El Recurso de Protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

²¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, (Santiago, Editorial Fallos del Mes, 2002), p. 12.

²² MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, (Buenos Aires, Editorial universidad, 1990), p 27.

²³ “Establecido que la respuesta jurisdiccional no puede ser nunca instantánea, a través de su potestad cautelar, el Estado se reafirma a sí mismo, en cuanto por su intermedio, afianza la eficacia de su actividad jurisdiccional y evita que, por tardías, las decisiones se vean frustradas” (TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La orden de no innovar en el Recurso de Protección. (Una manifestación de la tutela cautelar en Derecho Chileno)*, en *Justicia* 92 (1992) 1 (Barcelona, Bosch), p 691).

reconocimiento de una situación de peligro que amerita una solución rápida, para lograr una justicia eficaz. Como por ejemplo la figura del référé en Francia, la medida autosatisfactiva en Argentina o la figura del amparo iberoamericano, etc.

De esta manera, en la actualidad del desarrollo de esta doctrina, el jurista argentino Peyrano nos advierte que “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”²⁴, en el sentido que estas otras figuras sin ser medidas cautelares, por responder a situaciones diversas, constituyen procesos urgentes o procesos de urgencia, dando paso así a la noción genérica de tutela de urgencia.

El mismo autor agrega que “esta categoría engloba una multiplicidad de procedimientos (resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y el *habeas corpus*, las propias medidas cautelares etc.) caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor tiempo posee una relevancia superlativa. Vale decir, en los procesos urgentes, siempre ocurre una aceleración de los tiempos que normalmente insume el moroso devenir de los trámites judiciales: a veces se tratará del despacho de una diligencia si oír previamente al destinatario de la misma, y en otras ocasiones de resolver sobre el mérito de una causa sin que la misma se encuentre todavía en estado de declarar el derecho o de “sumarizar” la extensión del debate judicial.”²⁵

1. Fundamentos de la tutela de urgencia.

En cuanto al fundamento último de estos tipos de procedimientos, podría pensarse que se encuentra en el derecho a un proceso sin dilaciones o demoras indebidas. Hoy en día sabemos que una justicia que tarda no es justicia, ya no es aceptado aquello de que la justicia tarda pero llega. Sin embargo, esto no es completamente correcto, los procesos de urgencia apuntan a algo más, a dar respuestas jurisdiccionales eficaces²⁶.

²⁴PEYRANO, Jorge W, *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. “Medidas Autosatisfactivas”*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997), pp. 19 y ss.

²⁵ *Ibíd.* p. 14

²⁶ Cfr. VARGAS, Abraham Luis, *Teoría general de los procesos urgentes*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. “Medidas Autosatisfactivas”*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997). pp.116 y ss.

En definitiva el fundamento que esta detrás de los procesos urgentes es la garantía conocida como “derecho a la justicia” o derecho a la “tutela judicial”²⁷. Que según la doctrina comprende tres aspectos: 1) el acceso a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de iniciar un proceso o derecho de acción; 2) luego dentro del mismo, que este se desarrolle siempre cumpliendo determinados requisitos y garantías mínimas o debido proceso; 3) por ultimo, ya obtenida la decisión jurisdiccional, que esta sea efectivamente cumplida.²⁸ La Constitución española en este sentido, se refiere a la “tutela judicial efectiva”.

2. Supuestos de los procesos urgentes.

Ahora bien, cuando hablamos de procesos urgentes, hablamos de procedimientos especiales que se caracterizan por su rapidez y celeridad, muchas veces en desmedro de las posibilidades de defensas de las partes, lo cual algunas veces atenta o colisiona con algunos postulados clásicos del derecho procesal. Sin embargo, cabe destacar enfáticamente que estos procedimientos, esta especial forma de preceder ante los jueces se justifica única y elusivamente si se dan los supuestos propios de la tutela de urgencia.

Estos supuestos que nacen con el desarrollo de las medidas cautelares son; el peligro de la demora (*periculum in mora*²⁹) y el humo de buen derecho (*fumus boni iuris*)³⁰. Esta denominación es la que se utiliza respecto de las medidas cautelares y también respecto de otros procesos como son las sentencias anticipatorias y las medidas

autosatisfactivas. Sin embargo nosotros para utilizar una denominación más genérica aplicable a toda la teoría de la tutela de urgencia y para efectos simplemente metodológicos (tal vez cayendo en la precipitación e imprecisión terminológica) hablaremos de “la situación de peligro” y cierto grado de “evidencia en la reclamación”.

Algunos autores estiman que ambos presupuestos deben evaluarse en forma armónica de manera que a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la

²⁷ Sobre el derecho de acción o derecho a la tutela judicial efectiva, en la doctrina nacional véase BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno*, en, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 97 (2000) 3, pp. 81 y ss.

²⁸ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex., *Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno*, en *Ius et Praxis* (2000) 1, pp. 145 ss.

²⁹ Sobre el presupuesto del peligro de la demora, véase CORTÉZ MATCOVICH, Gonzalo, *La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno* en *Revista de Derecho* 205 (1999) 1.

³⁰ Cfr. ARAZI, Roland, *Medidas Cautelares. Normas generales*, ahora, en, ARAZI, Roland (editor) *Medidas Cautelares*, (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999), pp. 7 ss.; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La orden de...*cit. (n. 23), p 693.

gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus boni iuris* se puede atemperar³¹.

Nosotros consideramos que esta no es una correcta forma de comprender el fenómeno y la rechazamos pues estimamos que de los dos supuestos señalados el determinante es el primero, que llamamos la situación de peligro. Si no existe peligro no tiene sentido preguntarnos por el derecho invocado, por la pretensión del actor ni recurrir a un proceso de urgencia³². Además este supuesto es totalmente autónomo por cuanto está determinado no por la mayor o menor certeza del derecho invocado sino por las circunstancias fácticas en que se desarrolla el conflicto.

En cuanto al segundo presupuesto, que supone un cierto grado de evidencia en la reclamación, este se subordina al primero, en el sentido que sólo una vez determinada la existencia de una situación de peligro vamos a entrar a analizar la pretensión invocada.

Es decir, el peligro justifica una tutela de urgencia y la evidencia, mayor o menor, de la reclamación, sirve de parámetro o garantía del correcto otorgamiento de la tutela judicial. Recordemos que los procesos urgentes se caracterizan por ser rápidos y sumarios, lesionando muchas veces los derechos de defensa de la parte contra la cual se solicita la medida.

Otro aspecto a considerar es que el primer presupuesto, esto es, la situación de peligro constituye ante todo una cuestión de hecho, que el tribunal establecerá sobre la base de los antecedentes que, sumariamente, le proporcione el solicitante. En cambio el segundo presupuesto si bien puede estar acompañados de elementos fácticos, su análisis no termina ahí sino que importa algo más, es en definitiva una calificación jurídica que deberá realizar el juez.

Si bien es cierto, en la aplicación de toda norma jurídica el juez necesariamente deberá efectuar una valoración. Tratándose del segundo presupuesto, esta valoración supone calificar la intensidad o magnitud de los fundamentos de la pretensión del solicitante de la medida. Calificación jurídica que como dijimos anteriormente, actúa como garantía para la buena utilización de estos mecanismos de urgencia, puesto que frente a una situación de peligro sólo se recurrirá a estos mecanismos de urgencia cuando la reclamación alcance los parámetros mínimos establecidos por la ley, parámetros que en mayor o menor medida siempre exigen un cierto grado de evidencia en la pretensión invocada. De modo que cuando no se alcance este parámetro, cuando la pretensión no aparezca como evidente sino discutible será necesario recurrir a procedimientos que

³¹ Cfr. MARTÍNEZ BOTOS, cit. (n. 22), pp. 52 y 53.

³² En términos similares a los nuestros, Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La orden de...* cit. (n. 23), p 696.; CORTÉZ MATCOVICH, Gonzalo, cit. (n. 29), p 111.

proporcionen plenas posibilidades de discusión, con lo cual protegemos los derechos de la parte contra quien se solicita la medida manteniendo debido equilibrio entre las partes.

Por último debemos observar que estos dos supuestos se manifiestan en forma diferente y con distinta intensidad en los procesos urgentes, de lo cual derivan las particularidades y características propias de los diferentes procesos de urgencia. De manera que haremos un examen previo de estas diferencias para luego llegar a determinar que pasa con estos presupuestos en nuestro recurso de protección.

3. Medidas cautelares.

Tradicionalmente se ha definido a las medidas cautelares como el proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso.³³

En cuanto al peligro de la demora, se entiende como la posibilidad de que el solicitante sufra un daño actual o inminente, que genéricamente produce la frustración de su derecho. Según la visión clásica, este peligro, como su nombre lo indica deriva del proceso mismo. “El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares, no es pues, el peligro genérico de daño jurídico, el cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario”³⁴. Esta es la razón por la cual las medidas cautelares no se justifican por sí mismas sino que tienen por objeto asegurar el resultado de otro proceso, de ahí que su rasgo diferenciador sea su instrumentalidad³⁵, del cual derivan sus demás características: la provisionalidad, accesoriedad, proporcionalidad.

El humo de buen derecho de acuerdo a los autores consiste en una “apariencia de derecho”³⁶, una verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la solicitud. Verosimilitud no significa certeza absoluta sino apariencia de este derecho, un cierto grado de seriedad, recayendo en el solicitante la carga de probar esta circunstancia.

En el caso de las medidas cautelares estos supuestos se dan con menor intensidad que en otros procesos urgentes, primero por cuanto el peligro es una situación o

³³ CARNELUTTI, Fransesco citado en ARAZI, Roland (editor) *Medidas Cautelares*, (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999), p. 1.

³⁴ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Lima, Ara editores, 2005), p 42.

³⁵ Cfr. CALAMANDREI, Piero, cit. (n. 34), pp. 44 y ss.

³⁶ Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La orden de...* cit. (n. 23), p 693

circunstancia que no deriva de los hechos mismos sino de la demora del rito procesal, y además, por cuanto en relación al derecho invocado solo se exige una cierta apariencia. Esta es la razón por la cual tratándose de estas medidas estos dos presupuestos no se bastan a si mismos sino que es necesario la concurrencia de uno adicional, una contracautela como una forma de evitar el perjuicio que se le puede ocasionar a la parte contra quien se pide la medida.

4. Sentencia anticipada o anticipatoria.

La sentencia anticipada apunta, no a garantizar la eficacia de la sentencia sino a la satisfacción inmediata, total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable³⁷. En otras palabras, es aquella resolución que a petición de parte, podrá dictar el juez, anticipando total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda.

En este caso el peligro surge de la situación concreta misma o bien de la demora del proceso, teniendo en cuenta que en este caso al igual que en el anterior suponen la existencia de un proceso principal, pero no para asegurar su resultado sino adelantar la resolución del mismo.

Respecto al derecho invocado, algunos autores hacen aplicar la verosimilitud exigida para las medidas cautelares y otros exigen algo más, un plus por sobre el humo de buen derecho, sin que lleguen a determinar con precisión este parámetro.

En este caso de las sentencias anticipatorias, los presupuestos se muestran con pequeñas diferencias, se muestran con mayor intensidad respecto de las medidas cautelares. Por cuanto aquí la situación de peligro que amerita la urgencia puede surgir de la demora del proceso mismo o bien de la especial situación que vive el solicitante, y respecto del derecho invocado, como dijimos, no está clara su configuración. De esta circunstancia deriva que este mecanismo de urgencia no es instrumental a un proceso principal, la sentencia anticipada se basta a si misma, sin perjuicio que sea provisional, en el sentido que esta condicionada a la sentencia definitiva que podrá confirmar la decisión anticipada o resolver en un sentido diverso, caso en el cual la sentencia anticipada quedará sin efecto.

Esta diferencia en la fuerza con que se presentan los presupuestos, se desprende de

³⁷ DE LOS SANTOS, Mabel, *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, en *Revista de derecho y jurisprudencia* 96(1999) 1, p 23

la finalidad propia y diferente que persigue este mecanismo, puesto que ya no se trata de asegurar el resultado de otro proceso sino adelantarlo, ya no de cautelararlo sino anticiparlo.

5. Medidas autosatisfactivas.

Peyrano señala que se trata de “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota – de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”³⁸. También son definidas por la doctrina como soluciones jurisdiccionales urgentes, no cautelares despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteamientos sean atendibles³⁹. En otras palabras en las medidas autosatisfactivas encontramos la posibilidad de recurrir a los tribunales para que el juez sin oír a la parte contraria nos de una solución urgente y definitiva, siempre que exista un alto grado de probabilidad en la pretensión, cercano a la certeza.

A diferencia de lo que ocurre en las medidas cautelares en este caso el peligro no deriva de los tiempos del proceso sino de la particular situación que vive el sujeto. “El daño jurídico inminente no se producirá como consecuencia de la duración del proceso; la urgencia y la necesidad de respuesta inmediata existen con independencia del proceso mismo⁴⁰...” y...“deviene de la insatisfacción actual que afecta al accionante en razón de la especial naturaleza de la relación reclamada”⁴¹.

Por otra parte, tratándose de las medidas autosatisfactivas como segundo presupuesto se exige “una fuerte probabilidad de que el derecho sea atendible”, lo cual supone algo más que la mera verosimilitud. Este concepto de fuerte probabilidad acuñado por el profesor argentino Peyrano y que ha sido recepcionado por la doctrina⁴², difiere

³⁸ PEYRANO, Jorge W, *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. “Medidas Autosatisfactivas*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997), p 27

³⁹ Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel, cit. (n. 37), p 25; en términos similares aparece en las conclusiones del XIX congreso argentino de Derecho Procesal de la ciudad de Corrientes 1997, citadas por PEYRANO, Jorge W, *Régimen de las medidas autosatisfactivas...* cit. (n. 38), p 28.

⁴⁰ FERRARI, Griselda, *Tutela de Urgencia*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. “Medidas Autosatisfactivas”*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997), pp. 216.

⁴¹ FERRARI, Griselda, cit. (n. 40), p. 216.

⁴² CARBONE se aboca a la tarea de delimitar los contornos de este nuevo concepto en su trabajo, *Consideraciones sobre el nuevo concepto de fuerte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. “Medidas Autosatisfactivas”*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997), pp. 161 y ss

claramente del humo de buen derecho de las medidas cautelares en lo que dice relación con su intensidad por cuanto aquí se pide algo que, sin ser certeza sobre el derecho invocado, se acerque mucho a ella.

Es en este caso donde los presupuestos de los procesos urgentes, peligro y evidencia de la reclamación, se muestran con mayor intensidad, y consecuencia de ello es que la medida autosatisfactiva no es instrumental ni provisional, sino un proceso principal y definitivo que se agota con su despacho favorable. Esto es así por cuanto en esta medida ya no se busca cautelar ni anticipar la tutela sino directamente la satisfacción definitiva de la pretensión del actor.

6. *Freezing o Mareva injunction.*

En el derecho inglés una *injunction* es una orden de un tribunal, basada en equidad que disuade a una persona de efectuar un acto específico y en ciertos casos excepcionales requiere que lleve a efecto una actuación concreta.⁴³ Esta orden puede ser provisional (*interlocutory injunction*) o bien definitiva (*final injunction*). La *Freezing o Mareva Injunction* es una *interlocutory injunction* que tiene por objeto evitar que el demandado transfiera sus bienes fuera de la jurisdicción inglesa, y/o que los enajene o disipe en su interior, en términos de dificultar enormemente la ejecución posterior de la sentencia que eventualmente acoga total o parcialmente la pretensión del demandante.⁴⁴

El derecho inglés fue incapaz, durante mucho tiempo, de concebir o crear un mecanismo de urgencia, lo cual resulta paradójico atendido su carácter evidentemente pragmático, y teniendo en cuenta el gran desarrollo que tuvieron en Europa las medidas cautelares. No fue sino hasta el año 1975 que vía jurisprudencial se crea esta figura de la *Mareva injunction*, la cual se asemeja mucho a la figura del embargo preventivo existente en los sistemas de Europa continental, y consecuentemente comparte algunas características de las medidas cautelares. En efecto, su finalidad es evitar la frustración de los derechos del demandante por la demora del juicio, fin evidentemente cautelar, es instrumental al proceso principal, de ahí que no se justifica por si misma, de lo cual deriva además su carácter provisional, pues está limitada en el tiempo hasta que se dicte la resolución que resuelva sobre el fondo del asunto, y su carácter accesorio, puesto que lo que se discute difiere del

⁴³ Cfr. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Notas sobre la tutela provisional en el Derecho inglés: especial referencia a la freezing o Mareva injunction*, en *Revista de Derecho* 13 (2002), p. 207 ss.

⁴⁴ Cfr. *Ibid*, p. 213.

objeto principal del proceso. Sin embargo, se diferencia de la figura europea por cuanto esta es una resolución que recae sobre los bienes del demandado y la figura de la *Mareva injunction* es una orden dirigida a la persona del demandado.

Como señalamos esta figura fue creada en 1975 por la Corte de Apelaciones (*The Court of Appeal*) al conocer de dos procesos, *Nippon Yusen Kaisha con Karageorgis* y después *Mareva Compañía Naviera SA con International Bulk-carries*. Pero lo importante a destacar para efectos de nuestro trabajo es que la corte para crear este mecanismo, inexistente hasta ese momento, que era diferente a las vías ordinarias, se vio en la necesidad de justificar su aplicación por la existencia de ciertas circunstancias. En definitiva, lo que observamos es que el tribunal, sin siquiera darse cuenta, fundó la aplicación de esta nueva medida en los supuestos propios de los procesos urgentes. Criterios que si bien en un comienzo no aparecen totalmente claros y evidentes con el tiempo han sido delimitados y desarrollados en forma mas perfecta por la doctrina como por la jurisprudencia. Así en la actualidad se exige para la concesión de esta medida, un riesgo real de que los bienes del deudor sean transferidos o disipados (situación de peligro), a “*good arguable case*” (evidencia de la reclamación), y *the undertaking in damages* u obligación de compensar⁴⁵ (contraautela)

7. El Référé Francés.

En Francia encontramos un proceso de urgencia propio y muy antiguo, el référé, que tiene su origen en la jurisprudencia y posteriormente fue consagrado a nivel legal.

El Código de Procedimiento Civil francés en su art. 484 define a la resolución dictada en un proceso de référé, señalando que es “una decisión provisional, adoptada a instancias del demandante, dando audiencia al demandado, en aquellos supuestos en los que la ley otorga a un juez al que no se ha sometido la cuestión principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas que sean necesarias en cada caso”.

Existen dos clases de référé: El référé en caso de urgencia y el référé de fondo. También existen référé especiales, pero nos limitaremos a hablar de los dos primeros que se identifican mejor con los mecanismos de urgencia.⁴⁶

En cuanto al référé de urgencia, está establecido en el art.808 que señala que “en todos los casos de urgencia el presidente del tribunal de gran instancia puede ordenar en référé todas las medidas que no se opongan a ninguna contradicción seria...”

⁴⁵ Cfr. *Ibid*, p.218 y ss.

⁴⁶ VARGAS, Abraham Luis, cit. (n. 26), p.102.

En relación a lo que nos interesa, sus presupuestos, los autores, a partir de la disposición antes señalada, han advertido que las condiciones de aplicación son la urgencia (entiéndase peligro) y la ausencia de una contestación seria⁴⁷ (evidencia de la reclamación), es decir vemos que se repiten aquí los presupuestos propios de todo proceso de urgencia.

Respecto del segundo requisito es importante observar que el análisis no se centra en el derecho invocado por el solicitante, por así decirlo el examen se traslada a la otra parte de la relación jurídica, al demandado, puesto que se exige que no contradiga seriamente la reclamación, dicho de otra manera el segundo requisito que importa una calificación jurídica se hace respecto no ya del actor sino del sujeto pasivo de la pretensión.

Es importante tener presente esta especial forma de manifestarse del presupuesto que nosotros llamamos evidencia en la reclamación, por cuanto en el amparo iberoamericano se manifiesta de la misma manera.

El référé de fondo está contenido en el art. 809 del Código de Procedimiento Civil francés que dispone “el presidente puede siempre, incluso en presencia de una oposición seria, prescribir en référé las medidas conservativas o de restablecimiento que se impongan, sea para prevenir un daño inminente, sea par hacer cesar un trastorno manifiestamente ilícito”. Los autores señalan que “el art. 809, que es posterior al art. 808, lo absorbe. En éste se exigía la ausencia de contestación seria, o sea, que haya un derecho con graves fundamentos. Esta noción se reemplaza por el trastorno manifiestamente ilícito, que tiene mayor amplitud, pues por tal idea debe entenderse toda violación de un derecho que sea manifiesto, esto es, inminente, que se muestre”.⁴⁸

En este caso al igual que en el anterior el análisis, se traslada desde el demandante al demandado, puesto que es la conducta de éste la que tiene que adolecer de una ilicitud manifiesta (evidencia de la reclamación).

8. Amparo Iberoamericano.

En el contexto americano surge una manifestación especial de la tutela de urgencia, el amparo, que es el equivalente a nuestro recurso de protección.

En términos muy generales podemos definirlo como un proceso de urgencia destinado a proteger derechos fundamentales. Es decir, el amparo, desde el punto de vista

⁴⁷ PAILLÁS PEÑA, Enrique, *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 16.

⁴⁸ *Ibíd.*

de su naturaleza jurídica es un proceso⁴⁹, que presenta como rasgos diferenciadores el hecho de ser un proceso de urgencia⁵⁰ y el hecho de tener como finalidad la protección de los derechos fundamentales de las personas.

En el entorno iberoamericano destaca, por su larga trayectoria, el amparo mexicano creado en 1847, pero abarca tantas y tan complejas materias procesales que es difícil de delimitar y esquematizar, y se extiende más allá de lo que es propiamente un proceso de urgencia.

Es en Argentina en donde se perfila más nítidamente el amparo⁵¹, el cual surge de la jurisprudencia⁵² en los conocidos casos Siri de 1957 y Kot de 1958 en el cual la Corte Suprema Argentina, en aquello que nos interesa señaló: “siempre que aparezca (...) de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo”, precisando que los jueces deben extremar la ponderación y prudencia a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios...⁵³

Como vemos, la Corte Suprema Argentina estimó necesario dar protección a los derechos fundamentales de los reclamantes, no a la forma de los procedimientos ordinarios, sino a través de un procedimiento especial, rápido y sumario, porque había circunstancias especiales que ameritaban esta especial atención. Por una parte una

⁴⁹ BORDALÍ SALAMANCA parte de la distinción entre acción, pretensión y proceso para concluir que el Recurso de Protección es ante todo un proceso, (Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El Proceso de...* cit. (n. 18), pp. 43 y ss); En este mismo sentido FERRER MAC-GREGOR señala que si bien es cierto el tema de la naturaleza del Amparo es discutido, existe la tendencia en la mejor doctrina iberoamericana de englobar el fenómeno a la luz de la teoría general del proceso y de ahí considerar al amparo como un auténtico proceso jurisdiccional autónomo, (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, cit. (n. 18), p 21).

⁵⁰ Cfr. PEYRANO, Jorge W, *La medida autosatisfactiva: forma...* cit. (n. 24), p 14; MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, y JANA LINETZKY, Andrés, *El Recurso de Protección y contratos*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), pp. 14 y 15, 96 ss; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección como...*, cit. (n. 1), pp. 269 y ss.

⁵¹ FERRER MAC-GREGOR señala que el amparo Argentino constituye la segunda gran etapa en el desarrollo histórico del Amparo en Ibero América, el cual influiría notoriamente en los demás países americanos. (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, cit. (n. 18), pp. 17)

⁵² Cfr. ABERASTURY, Pedro, *Derecho de Amparo*, ahora, en, CENTRO INTERDISCIPLINARIO DE ESTUDIOS SOBRE EL DESARROLLO LATINOAMERICANO, CIEDLA (editor), *La Protección Constitucional del Ciudadano*, (Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer 1999), pp. 7 y ss; PAILLÁS PEÑA, Enrique, cit. (n. 47), p. 50; SAGUÉS, Nestor Pedro, *El Derecho de Amparo en Argentina*, ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006), p 41.

⁵³ PAILLÁS PEÑA, Enrique, cit. (n. 47), p. 50 y 51.

ilegitimidad clara y manifiesta y por la otra, un daño grave e irreparable. Así la Corte, intuitivamente, y sin decirlo expresamente, invocó los supuestos propios de todo proceso de urgencia, que se han ido desarrollando desde las medidas cautelares. Si bien es cierto, la Corte no habla de *periculum in mora* o *fumus boni iuris*, lo que a cualquiera resultaría poco atinente e incorrecto, en el fondo la Corte hace referencia a una situación de peligro y a un cierto grado de evidencia en la reclamación.

Ahora bien, como adelantamos anteriormente, la evidencia de la reclamación no se examina respecto del derecho del reclamante sino que la calificación jurídica se traslada a la conducta del supuesto ofensor, la cual en términos negativos debe ser ostensible, debe ser manifiestamente ilegítima. Esto es así, por cuanto estamos hablando de derechos fundamentales derechos que le corresponden al individuo por su sola condición de tal, derechos cuya existencia no está en duda, derechos que la constitución no otorga ni crea sino sólo reconoce. Dicho de otra manera, no podríamos exigir para la procedencia del recurso, que el derecho sea ostensible, evidente, si sabemos que por su naturaleza los derechos fundamentales no son cuestionados en cuanto a su existencia.

Posteriormente esta figura pretoriana tuvo su debida consagración positiva en la reforma constitucional de 1994 y la respectiva ley que la reglamentó. Y en ambos casos se reiteró como exigencia para la procedencia del amparo la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta⁵⁴.

De esta misma manera se regula, el amparo en Uruguay, en donde se exige para su procedencia un acto que lesione, restrinja, altere o amenace alguna garantía constitucional y además debe existir una ilegitimidad manifiesta⁵⁵. En Paraguay la Constitución de 1992 utiliza términos similares al hacer procedente el amparo contra un acto u omisión manifiestamente ilegítimo⁵⁶. En Brasil, el “*mandado de segurança*” exige un derecho determinado y cierto⁵⁷ (...) y una ilegalidad o abuso de poder (...) En este caso este recurso no sólo ampara a derechos fundamentales sino todo tipo de derechos.⁵⁸

⁵⁴ Cfr. ABERASTURY, Pedro, cit. (n. 52), pp. 11 y ss; SAGUÉS, Nestor Pedro, cit. (n. 52), p. 43.

⁵⁵ Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya*, en *Revista de Derecho Público* 67 (2005), pp. 346 ss.; GROS ESPIELL, Héctor, *El Derecho de Amparo en el Uruguay*, ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006), p 635.

⁵⁶ Cfr. SEALL-SASIAIN, Jorge, *El Amparo en Paraguay*, ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006), p 583.

⁵⁷ Cfr. DA SILVA, José Alfonso, *El Mandamiento de Seguridad en Brasil*, (Trad. del portugués de SANTANA, Adriana Laura y HUERTAS, Alejandro Anaya) ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006), pp 129 y ss.

⁵⁸ PAILLÁS PEÑA, Enrique, cit. (n. 47), pp. 67 Y 68.

V. SITUACIÓN EN CHILE

En Chile el recurso de protección esta contemplado en el art. 20 de la Constitución Política que señala: “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos por ésta, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva” (...) Esta figura es el equivalente nacional al amparo regulado en otras legislaciones iberoamericanas.

Respecto al tema que nos ocupa, debemos decir que desde su establecimiento, nunca ha existido claridad en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia respecto a los criterios de procedencia del Recurso de Protección. A nuestro entender esto es consecuencia de la confusión y poca lucidez que existe en la misma doctrina y jurisprudencia respecto de la naturaleza jurídica de esta institución, pues creemos que sólo podremos abordar o acercarnos correctamente al tema de los criterios de procedencia del recurso de protección, en la medida que logremos entender su verdadera naturaleza jurídica.

1. Criterios de procedencia del recurso de protección.

Como sabemos el recurso de protección aparece por primera vez en Chile en el Acta Constitucional N° 3 de 1976 y es regulado en su tramitación por un Auto acordado de la Corte Suprema de 1977. Luego este instituto pasará a ser regulado por el artículo 20 de la Constitución de 1980. Con posterioridad la Corte Suprema en el año 1992 dictará un nuevo Auto acordado destinado a regular la tramitación de este mecanismo que reemplazaría al anterior de 1977⁵⁹.

En los primeros años de existencia del recurso de protección la jurisprudencia se mostró restrictiva y recatada respecto de la procedencia de este recurso, rechazándolo cuando el asunto fuera de lato conocimiento o bien, cuando ya estuviese siendo conocido por los tribunales de justicia. Frente a esta postura de la jurisprudencia, la doctrina, poniendo énfasis en la protección de los derechos fundamentales, luchó por ampliar la aplicación del recurso, señalando que la Constitución nada decía sobre la posibilidad de limitar el recurso de protección, y que por lo tanto éste procedía aún cuando existieran

⁵⁹ Cfr. SAENGER GIANONI, Fernando, *La lenta agonía del Recurso de Protección*, en *Revista Chilena de Derecho* n° especial (1998), pp. 259 y ss; RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El recurso...*cit. (n. 8), pp. 70 y ss.

otros medios para reclamar.⁶⁰ A nuestro entender, el instinto de la jurisprudencia era el correcto al querer limitar la procedencia del recurso de protección, aunque los argumentos esgrimidos no fueron los correctos, pues la constitución no establecía un procedimiento residual. Sin embargo, lo importante a destacar es que esta tendencia de la doctrina en orden a ampliar la procedencia del recurso en pos del resguardo de los derechos de las personas se mantendría en el tiempo provocando también un giro en el criterio jurisprudencial, pues los tribunales se mostraron cada vez más abiertos a acoger a tramitación los recursos de protección.

En efecto, desde ese momento el artículo 20 de la Constitución ha sido interpretado en términos amplios por la jurisprudencia, sin entrar en mayor análisis, provocando los problemas antes citados. Principalmente, una expansión ilimitada, una hipertrofia o elefantiasis⁶¹ de este mecanismo. Dicho de otra manera, nuestra jurisprudencia y nuestros operadores jurídicos, basándose en la redacción amplia del artículo citado, no han limitado la procedencia del recurso de protección. Entienden que basta una amenaza a una garantía fundamental y que la conducta atentatoria aparezca a simple vista, *prima facie* como arbitraria o ilegal para que proceda el recurso, lo cual va a ocurrir en todos los casos, por cuanto el reclamante siempre va a atribuir éste carácter a los actos reclamados.

En el año 1998 la Corte Suprema dictó un nuevo Auto acordado destinado a regular la tramitación del recurso de protección. Pero además, en un intento de paliar los problemas derivados de la mala utilización de éste y limitar la procedencia del mismo introdujo la posibilidad de declararlo inadmisibles por manifiesta falta de fundamento.

Este Auto acordado ha sido duramente criticado por la doctrina, no sólo desde un punto de vista formal o de su origen⁶² sino también desde el punto de vista de su contenido. Si en los comienzos la doctrina se mostró firme en defender la procedencia del recurso de protección, frente a este intento de la Corte Suprema se mostró implacable y ha

⁶⁰ Un ejemplo de esta postura la encontramos en, TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Recurso de protección: en busca del alcance perdido*, en *Estudios de Derecho Procesal*, (Valparaíso, Edeval, 1990), pp. 33 ss; En este mismo sentido ERRÁZURIZ GÁTICA, Juan y OTERO ALVARADO, Jorge, cit. (n. 8), p 114 y ss.

⁶¹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *El recurso de protección en proyecto de Ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, en, *Estudios constitucionales* [en línea] 2007, 5 (002):[fecha de consulta: 18 de septiembre de 2008] Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82050204>> ISSN 0718-0195. p. 62.

⁶² Sobre los problemas de constitucionalidad y legalidad en el origen de los Autos Acordados de 1992 y 1998 véase TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tramitación de la acción constitucional chilena de protección*, ahora, en, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editor), *Derecho Procesal Constitucional*, (México, Editorial Porrúa, 2001), pp. 1290 y ss;

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El recurso...* cit. (n. 8), pp. 70 y ss.

condenado duramente el hecho de atribuirle a las Cortes de Apelaciones esta facultad de declarar inadmisibles los recursos por manifiesta falta de fundamento. En este aspecto resulta paradigmática la oposición de Soto Kloss quien considera “una monstruosidad la facultad que se atribuyó a las Cortes de Apelaciones”, la cual vulneraría abiertamente a la constitución⁶³.

Según él esta facultad atentaría contra el principio de competencia (art. 7 CPR), el deber del estado de promover y respetar los derechos fundamentales (art. 5° inc. 2° CPR), el deber del estado de estar al servicio de la persona humana (art. 1° inc. 4° CPR), la igualdad ante la ley (art. 19 n° 2 CPR), el contenido esencial de los derechos (art. 26 CPR) por cuanto se trataría de requisitos y condiciones totalmente arbitrarios exigidos al derecho de acción y en especial se atentaría contra el derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 19 n° 3) que sería una verdadera garantía institucional sin la cual ninguno de los demás derechos puede tener una vigencia efectiva y una debida protección. Además este acceso a la jurisdicción o derecho de acción estaría también recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), y en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8)⁶⁴. Además agrega que “para nadie medianamente ilustrado en materia de Derecho se le escapará que de nada sirve pretender poseer un determinado derecho, si carece de la posibilidad de acudir al juez... para que este se lo reconozca y le otorgue el amparo correspondiente”⁶⁵. Asimismo estima que “la existencia de requisitos de admisibilidad constituye un artificio imaginado por la ley no pocas veces destinado a impedir el acceso a la jurisdicción cuando se trata de reclamar un agravio de los actos de la administración del estado o de los órganos públicos”⁶⁶. Es más llega a considerar que “el transgredir el acceso a la justicia constituye una violación flagrante a la constitución que hace caer a los jueces en una clarísima denegación de justicia que no es sino otro nombre del abandono de deberes”⁶⁷.

Por su parte Saenger Gianoni considera que la exigencia de fundamentos suficientes para la procedencia del recurso de protección es “una situación de extrema gravedad”, pues los fundamentos suficientes sólo se conocerán a la largo de la tramitación del recurso de protección⁶⁸. Además se transgrediría la Constitución (art. 19 n° 3, 5° y 19 n° 26) y tratados internacionales vigentes⁶⁹. Según él “con todo esto debemos concluir con tristeza y con

⁶³ SOTO KLOSS, Eduardo, *El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de la admisibilidad)*, en *Revista Chilena de Derecho* n° especial (1998), p. 273.

⁶⁴ Cfr. *Ibid.* nota 11, pp. 275.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 273.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 275.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 276.

⁶⁸ Cfr. SAENGER GIANONI, Fernando, cit. (n. 59), pp. 264.

⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 265.

algo de nostalgia de lo pasado, que a *contrarium sensu* de efectuar una promoción de los derechos, se está realizando una campaña para la restricción de las garantías⁷⁰. Se trataría de un grave retroceso en nuestro avance constitucional. Y concluye señalando “que estaríamos viviendo un acontecimiento gravísimo de nuestro derecho constitucional, que puede ser esta lenta agonía del recurso de protección que he se ha descrito”⁷¹.

Si bien es cierto, estas críticas son sumamente valiosas, por cuanto contribuyen a la discusión científica y en último término apuntan a la defensa de nuestros derechos fundamentales, lo cierto es que tienen más de intensión que de justificación. A nuestro entender estos planteamientos están equivocados, puesto que como veremos más adelante, abordan el asunto desde una perspectiva unidimensional, olvidando el análisis procesal del problema, y además por fundarse en planteamientos desde hace mucho superados en el ámbito constitucional.

En todo este camino que hemos descrito en el tema relativo a los presupuestos de procedencia del recurso de protección, existe un último evento de importancia. Recientemente en Mayo de 2007 la Corte Suprema dictó un nuevo Auto acordado destinado a efectuar los ajustes indispensables al procedimiento del recurso de protección⁷². Y en esta modificación se eliminó la posibilidad de las Cortes de Apelaciones de declarar inadmisibles el recurso de protección por manifiesta falta de fundamento. Al parecer las duras críticas de la doctrina calaron hondo en nuestra Corte Suprema, puesto que ahora, al efectuar el análisis de admisibilidad del recurso, sólo podrá declararlo inadmisibles si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la Constitución. Sin embargo, se debe tener presente que lo que establece esta modificación es una facultad de no acoger a tramitación los recursos de protección por incumplimiento de las normas sobre la proposición del recurso y no criterios de procedencia del mismo. Dicho de otra manera, con esta modificación la Corte Suprema eliminó los criterios de procedencia existentes, abriendo las puertas a la masificación indiscriminada en el uso de este mecanismo lo que puede desatar todos aquellos vicios y problemas enunciados al inicio de este trabajo. Es por esta razón que ahora más que nunca se hace necesario alguna claridad en materia de procedencia de este instituto.

2. Naturaleza jurídica del recurso de protección.

⁷⁰ *Ibid.* p. 266.

⁷¹ *Ibid.* p. 271

⁷² Para un estudio de las modificaciones introducidas por el reciente Auto Acordado de 2007 véase RIOS ÁLVAREZ, 2007, pp. 37 y ss.

Como dijimos esta ausencia de lucidez en lo relativo a la procedencia del recurso de protección es el resultado de la poca claridad que existe respecto de la naturaleza jurídica del mismo. Este es otro de los grandes temas de debate jurídico que ha originado el recurso de protección, pero a diferencia del anterior, en este podemos encontrar respuestas más satisfactorias.

Luego de instaurarse en Chile esta figura, y de superarse los problemas que suscitaba su denominación de “recurso”⁷³, este tema se ha enfocado fundamentalmente en base a dos ideas distintas, o bien se lo relaciona con las medidas cautelares o bien se lo considera simplemente como una acción.

En efecto, el recurso de protección es considerado hasta el día de hoy por muchos autores⁷⁴ y también por la jurisprudencia como una acción cautelar⁷⁵. Sin embargo, debemos considerar que Tavolari nos advierte que no podemos considerar al recurso de protección como una acción cautelar porque le falta la necesaria accesoriadad que es propia de la actividad cautelar⁷⁶. En este mismo sentido otros autores han considerado que las resoluciones que dicta la Corte de Apelaciones para dar protección a los derechos fundamentales son medidas cautelares⁷⁷. A nuestro parecer esta opinión también es equivocada porque la instrumentalidad que es el elemento diferenciador de las medidas cautelares pacíficamente aceptado desde Calamandrei⁷⁸, no es una característica propia del recurso de protección.

La otra gran respuesta de la doctrina consistió en considerar al recurso de protección simplemente como una acción, y así se habla de una acción autónoma, una acción constitucional, etc⁷⁹.

⁷³ No nos parece necesario insistir ni reiterar que el Recurso de Protección, dista mucho de ser aquello que procesalmente llamamos un recurso. Véase BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El Proceso de...* cit. (n. 18), pp. 45 y ss.

⁷⁴ Cfr. UGALDE PRIETO, Rodrigo, cit. (n. 17), pp. 7 y ss; ERRÁZURIZ GÁTICA, Juan y OTERO ALVARADO, Jorge, cit. (n. 8), p. 34; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva ...* cit. (n. 17), pp. 9 ss.

⁷⁵ Cfr. ZAVALA ORTIZ, José Luis, cit. (n. 10), pp. 5 y ss.; GÓMEZ BERNALES, Gastón, cit. (n. 10), pp. 24 y ss.

⁷⁶ Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tramitación de la acción...* cit. (n. 62), pp. 1287 y ss.

⁷⁷ Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El Proceso de...* cit. (n. 18), p. 44.

⁷⁸ Cfr. CALAMANDREI, Piero, cit. (n. 34), pp. 44 y ss.

⁷⁹ Cfr. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El recurso...* cit. (n. 8), p. 62; ZÚÑIGA URBINA, Francisco, cit. (n. 61), pp. 64 y ss.; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Naturaleza, características y fines del recurso de protección*, ahora en, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (editor), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América latina*, (Talca, Editorial Universidad de Talca, Noviembre de 2000), pp. 96 y ss.; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tramitación de la acción...* cit. (n. 62), p. 1288 y ss. Habla de acción calificada por al pretensión.

Nosotros estimamos que el autor que mejor responde al tema de la naturaleza jurídica del recurso de protección en Chile es Bordali⁸⁰. Este autor constata que “la mayoría de la doctrina y jueces han analizado esta vía de tutela de urgencia de los derechos fundamentales a espaldas de los conceptos básicos que conforman una teoría general del proceso, como son los de jurisdicción, acción y proceso”⁸¹. Es por esto que al incorporar un enfoque procesal al problema logra a llegar a una respuesta más satisfactoria que las señaladas anteriormente.

Este autor parte de la distinción entre acción, pretensión y proceso para concluir que el recurso de protección es ante todo un proceso⁸².

Respecto de la acción nos enseña que la mayoría de la doctrina extranjera la acepta hoy en día como derecho a la tutela jurisdiccional abstracta⁸³ o simplemente derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁴. Esto es, un derecho fundamental de las personas para requerir la intervención de los tribunales de justicia para que resuelvan el asunto sometido a su decisión. Siendo así la acción tiene un contenido neutro, es un término único que no admite clasificaciones, de modo que ya no podríamos seguir hablando de acciones en plural; (como acción civil, penal o ejecutiva) sino simplemente de acción, y consecuentemente no es correcto considerar al recurso de protección como una acción.

Además nos aclara que la posibilidad de solicitar tutela jurisdiccional para los derechos fundamentales en el orden constitucional chileno, no deriva de la existencia del artículo 20 de la CPR, esa posibilidad siempre ha existido y deriva del artículo 19 N° 3 inc. 1° CPR⁸⁵.

Lo que establece nuestra Constitución en su artículo 20 es que la respuesta procesal a una solicitud de tutela de los derechos fundamentales, no fuera tramitada en virtud de los procesos sumario u ordinario regulados por el Código de Procedimiento Civil, sino en virtud de un proceso especial que diera tutela urgente a tales derechos⁸⁶. Es decir, la naturaleza del recurso de protección es la de un proceso.

En cuanto a la doctrina extranjera Ferrer Mac-Gregor señala que si bien es cierto el tema de la naturaleza del amparo es discutido, existe la tendencia en la mejor doctrina

⁸⁰ Véase especialmente BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El Proceso de...*cit. (n. 18); *El recurso de protección como...*, cit. (n. 1); *Temas...*cit. (n. 21).

⁸¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección como...*, cit. (n. 1), p. 270.

⁸² Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El Proceso de...*cit. (n. 18), pp. 43 y ss.

⁸³ *Ibid.*, p.46.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección como...*, cit. (n. 1), p. 274.

⁸⁶ *Ibid.* p. 275.

iberoamericana de englobar el fenómeno a la luz de la teoría general del proceso y de ahí considerar al amparo como un auténtico proceso jurisdiccional autónomo⁸⁷.

C. Invalidez de las críticas a los criterios de procedencia del recurso de protección.

Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica del recurso de protección es la de un proceso, las duras críticas existentes en la doctrina al establecimiento de criterios de procedencia, carece de total justificación. El derecho de acción o derecho a la tutela judicial, no se ve afectado en lo absoluto. La posibilidad de acceder a los tribunales permanece intacta.

Por otro lado, la existencia de criterios de procedencia respecto de un proceso determinado no es nada nuevo en nuestra legislación. Así existen criterios relativos a la cuantía del asunto (procedimiento de mayor, menor y mínima cuantía), criterios relativos a la materia (procedimiento de familia, laboral, civiles, etc.), o criterios relativos a la urgencia del asunto sometido a la decisión del tribunal (procedimiento sumario, interdictos posesorios). De modo que la existencia de criterios de procedencia del recurso de protección no debería verse como algo negativo o problemático sino todo lo contrario como algo natural.

VI. EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LOS CRITERIOS DE LA TUTELA DE URGENCIA.

A nuestro entender este problema que venimos abordando en este trabajo, se soluciona fácilmente abordando el tema desde un punto de vista procesal. En efecto, si entendemos que nuestro recurso de protección al igual que el amparo existente en otras legislaciones iberoamericanas es un proceso de urgencia, entonces debemos concluir que para su procedencia es necesario que concurren los supuestos propios de todo proceso de urgencia, esto es, una situación de peligro y cierto grado de evidencia en la reclamación, es decir cuando exista peligro de daño o amenaza a un derecho fundamental y cuando la conducta atentatoria sea manifiestamente arbitraria o ilegal. Este es el mismo tratamiento que se le da en otras legislaciones como la argentina, o la uruguaya. Además es una

⁸⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, cit. (n. 18), p 21.

interpretación del texto constitucional que tiene un sustento teórico contundente y que permite salvar fácilmente las críticas que se le han formulado a los intentos de limitar la procedencia del recurso de protección.

Además, en la actualidad hay también otros autores, que al igual que nosotros estiman que no es posible aceptar el recurso de protección en forma ilimitada y consideran que este es un mecanismo de urgencia, aun cuando no logran observar el fundamento procesal existente detrás de esa afirmación. Así por ejemplo hemos constatado que de alguna manera algunos se han aproximado a la solución que planteamos, aunque sin llegar a asimilarla perfectamente.

Pfeffer Urquiaga estima que para la utilización de este mecanismo la infracción debe ser patente, manifiesta, grave y palmariamente antijurídica y que no es pertinente a través de esta acción constitucional obtener pronunciamientos declarativos.⁸⁸ Como vemos este autor se refiere únicamente a uno de los supuestos.

Paillás Peña, en su libro sobre el recurso de protección, señala que este medio procede en dos casos: 1) frente a actos arbitrarios e ilegales que pueden producirse de dos formas; por vías de hecho o, por el desconocimiento de un derecho indudable y no seriamente controvertible. Y, 2), en casos de urgencia, cuando los procedimientos ordinarios no sean eficaces.⁸⁹

Es decir, primero habla de vías de hecho y derechos no seriamente controvertidos (evidencia de la reclamación), y habla de urgencia, que en el fondo quiere significar una situación de peligro, aunque los señala como requisitos alternativos, en circunstancias que según señalé son requisitos copulativos comunes a todo proceso de urgencia.

Marín González y Jana Linetzky en su libro “El recurso de protección y contratos” también se aproximan por cuanto observan que, si bien es cierto, “la jurisprudencia, ha acogido normalmente a tramitación recursos de protección en materia contractual, invocando como argumento explícito un atentado contra la propiedad de un derecho personal emanado de un contrato”, en definitiva los argumentos de fondo que se encuentran implícitos en los fallos de los tribunales “son precisamente aquellas situaciones en que los procedimientos de urgencia operan: por una parte, evitando actuaciones de facto que alteren un derecho o alteren el normal desenvolvimiento del ordenamiento jurídico, y por la otra, dando, a partir de la solución del fondo del asunto, una solución allí donde aparecía que una acción rápida, expedita y eficaz era esencial para impedir que un derecho contractual perdiera su eficacia o se causara un mal irreparable al contratante. En otras

⁸⁸ Cfr. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, cit. (n. 79), p. 148.

⁸⁹ PAILLÁS PEÑA, Enrique, cit. (n. 47), 79 ss.

palabras, y sintetizando lo anterior, se ha actuado cuando ha existido urgencia en dar una solución al asunto y se ha rechazado cuando estos elementos no concurrían”.⁹⁰

Estos autores entienden, y así lo habría entendido también la jurisprudencia, que los procedimientos de urgencia proceden en dos situaciones alternativas tratándose de vías de hecho o bien para impedir un daño irreparable, es decir, una conducta claramente ilegal como es una vía de hecho, -evidencia de la reclamación-, o bien cuando existe una situación de peligro⁹¹.

Como apuntamos anteriormente estos autores no asimilan perfectamente la teoría de los procesos urgentes, y más precisamente sus presupuestos, por cuanto si bien de alguna u otra manera hacen referencia a ellos, entienden que son alternativos y no copulativos, no logran vislumbrar que el término genérico es la urgencia, tutela de urgencia, procesos de urgencia, que suponen dos requisitos, por un lado una situación de peligro que justifica la especial atención por parte de los tribunales, y por el otro, que exista evidencia en la reclamación para que permita la correcta utilización de estos procesos sin afectar los derechos de la persona contra quien se solicita. Dicho en términos concretos, es necesaria por un lado una situación de peligro que en este caso viene dada por la amenaza a derechos fundamentales y por otro lado que la conducta atentatoria aparezca como clara y manifiestamente ilegítima.

VIII. CONCLUSIONES.

1. En la actualidad uno de los grandes problemas que plantea el recurso de protección, es el relativo a los criterios de procedencia del mismo y más específicamente la amplitud ilimitada que se le ha dado, convirtiéndolo en un recurso ordinario sustituto del contencioso administrativo y de los procedimientos ordinarios.

2. Es posible limitar la procedencia del recurso de protección, y llegar a establecer claramente en que casos procede y en que casos no, recurriendo para ello, a la ciencia procesal y más concretamente a la teoría general de los procesos urgentes.

⁹⁰ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, y JANA LINETZKY, Andrés, cit. (n. 50), pp. 14 y 15, 96 ss.

⁹¹ Recientemente NOGUEIRA ALCALÁ, en esta tendencia a limitar el Recurso de Protección, también postula esta necesidad de que la conducta atentatoria sea manifiesta e incontestable, aunque sin llegar a desentrañar donde se encuentra el origen o sustento de dicha afirmación. (Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI, ahora, en FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), El Derecho de Amparo en el Mundo, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006), pp. 159 ss.

3. La teoría general de los procesos urgentes que se desarrolla a partir de las medidas cautelares, nos dice que todo procedimiento de urgencia se justifica única y exclusivamente en la medida que concurren determinadas circunstancias, determinados supuestos que son: una situación de peligro y cierto grado de evidencia en la reclamación.

4. La situación de peligro es la que justifica una especial atención por parte de la jurisdicción, y la existencia de procedimientos especiales, la evidencia de la reclamación sirve de garantía para la correcta utilización de estos procesos y así evitar abusos.

5. Sólo cuando concurren ambos supuestos copulativamente podremos utilizar el procedimiento de urgencia de que se trate. Si no hay una situación de peligro, por muy delicado que sea el asunto, deberá ser tramitado por las vías ordinarias. Si no hay evidencia en la reclamación en los términos exigidos por cada proceso en particular, es decir, si la reclamación entra en el plano de lo discutible deberá recurrirse a las vías ordinarias.

6. El amparo iberoamericano en cuanto proceso de urgencia responde a la misma lógica de todo proceso de urgencia, es decir se justifica en su aplicación única y exclusivamente cuando concurren los supuestos antes señalados, la situación de peligro y cierto grado de evidencia en la reclamación.

7. Teniendo en cuenta, tanto el origen del amparo, como los derechos especiales a los cuales esta destinado a proteger, este proceso de urgencia es procedente, por un lado cuando un derecho fundamental sea lesionado o amenazado y además cuando la conducta atentatoria sea clara y manifiestamente ilegítima.

8. Nuestro recurso de protección, corresponde a lo que en el contexto iberoamericano se conoce como amparo, y siendo así procede en los supuestos antes mencionados, cuando exista peligro para un derecho fundamental y la conducta atentatoria adolezca de ilegitimidad manifiesta y ostensible.

9. Si bien es cierto nuestra Constitución, en su artículo 20 nada dice es perfectamente posible fundamentar esta tesis entendiendo que el recurso de protección, es un proceso de urgencia y como tal se justifica única y exclusivamente, cuando concurren los supuestos propios de estos procesos.

Bibliografía.

ABERASTURY, Pedro, *Derecho de Amparo*, ahora, en, CENTRO INTERDISCIPLINARIO DE ESTUDIOS SOBRE EL DESARROLLO LATINOAMERICANO, CIEDLA (editor), *La Protección Constitucional del Ciudadano*, (Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer 1999).

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 (1999), (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso).

ARAZI, Roland, *Medidas Cautelares. Normas generales*, ahora, en, ARAZI, Roland (editor) *Medidas Cautelares*, (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999).

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El recurso de protección como proceso de urgencia*, en *Revista Chilena de Derecho* 31 (2004) 2 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile).

_____, *El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica*, en *Revista de Derecho* 19 (2006) 2, (Valdivia, Universidad Austral de Chile).

_____, *El Proceso de Protección*, en *Revista de Derecho* 10 (1999), (Valdivia, Universidad Austral de Chile).

_____, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, (Santiago, Editorial Fallos del Mes, 2002).

_____, *El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 97 (2000) 3.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Lima, Ara editores, 2005)

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya*, en *Revista de Derecho Publico* 67 (2005), (Santiago, Universidad de Chile).

CARBONE, Carlos Alberto, *Consideraciones sobre el nuevo concepto de fuerte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. "Medidas Autosatisfactivas"*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997).

CAROCCA PÉREZ, Alex., *Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno*, en *Ius et Praxis* (2000) 1, (Talca, Universidad de Talca).

CORTÉZ MATCOVICH, Gonzalo, *La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno* en *Revista de Derecho* 205 (1999) 1 (Concepción, Universidad de Concepción).

DA SILVA, José Alfonso, *El Mandamiento de Seguridad en Brasil*, (Trad. del portugués de SANTANA, Adriana Laura y HUERTAS, Alejandro Anaya) ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006).

DE LOS SANTOS, Mabel, *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, en *Revista de derecho y jurisprudencia* 96(1999) 1.

ERRÁZURIZ GATICA, Juan y OTERO ALVARADO, Jorge, *Aspectos Procesales Del Recurso de Protección*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989).

FERRARI, Griselda, *Tutela de Urgencia*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. "Medidas Autosatisfactivas"*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997).

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado)* ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006).

GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2005).

GROS ESPIELL, Héctor, *El Derecho de Amparo en el Uruguay*, ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006).

LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz, *Recurso de Protección y Debido Proceso. Análisis Jurisprudencial*, (Santiago, Editorial Metropolitana, 2007).

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).

_____, *Notas sobre la tutela provisional en el Derecho inglés: especial referencia a la freezing o Mareva injunction*, en *Revista de Derecho* 13 (2002), (Valdivia, Universidad Austral de Chile).

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, y JANA LINETZKY, Andrés, *El Recurso de Protección y contratos*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).

MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, (Buenos Aires, Editorial universidad, 1990).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dogmática Constitucional*, (Talca, Editorial Universitaria de Talca, 1997).

_____, *El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI*, ahora, en FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006).

PAILLÁS PEÑA, Enrique, *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Naturaleza, características y fines del recurso de protección*, ahora, en, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (editor), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América latina*, (Talca, Editorial Universidad de Talca, Noviembre de 2000).

PEYRANO, Jorge W, *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. "Medidas Autosatisfactivas"*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997).

_____, *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. "Medidas Autosatisfactivas"*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997).

PIERRY ARRAU, Pedro, *Tribunales Contencioso Administrativos*, en *Revista de Derecho .Consejo de Defensa del Estado* 1 (2000) 2.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El recurso de protección y sus innovaciones procesales*, en *Revista de Ciencias Sociales* 40 (1995), (Valparaíso, Universidad de Valparaíso).

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno*, en, *Estudios constitucionales* [en línea] 2007, 5 (002):[fecha de consulta: 18 de septiembre de 2008] Disponible en:

<<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82050203>> ISSN 0718-0195

SAENGER GIANONI, Fernando, *La lenta agonía del Recurso de Protección*, en, *Revista Chilena de Derecho* n° especial (1998) (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile).

SAGUÉS, Nestor Pedro, *El Derecho de Amparo en Argentina*, ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006).

SEALL-SASIAIN, Jorge, *El Amparo en Paraguay*, ahora, en, FIX-ZAMUDIO, Hector y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editores), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (México, UNAM, Editorial Porrúa, 2006).

SOTO KLOSS, Eduardo, *Amparo judicial y recurso de protección*, en *Revista de Derecho Público* 19-20 (1976) (Santiago, Universidad de Chile).

_____, *El Recurso de Protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

_____, *El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de la admisibilidad)*, en *Revista Chilena de Derecho* n° especial (1998) (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile).

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Recurso de protección: en busca del alcance perdido*, en *Estudios de Derecho Procesal*, (Valparaíso, Edeval, 1990).

_____, *Retrospectiva Jurisprudencial del Recurso de Protección*, en *Estudios de Derecho Procesal*, (Valparaíso, Edeval, 1990).

_____, *La orden de no innovar en el Recurso de Protección. (Una manifestación de la tutela cautelar en Derecho Chileno)*, en *Justicia* 92 (1992) 1 (Barcelona, Bosch).

_____, *Tramitación de la acción constitucional chilena de protección*, ahora, en, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (editor), *Derecho Procesal Constitucional*, (México, Editorial Porrúa, 2001).

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *El Recurso de Protección en materia tributaria*, (Santiago, Editorial Jurídica, Cono Sur, 1993).

VARGAS, Abraham Luis, *Teoría general de los procesos urgentes*, ahora, en, PEYRANO, Jorge W (editor), *Ateneo de estudios del Proceso Civil. "Medidas Autosatisfactivas"*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1997).

ZAVALA ORTIZ, José Luis, *Recurso de Protección. Casos y Jurisprudencia*, (Santiago, Editorial Punto Lex, 2007).

ZÚNIGA URBINA, Francisco, *El recurso de protección en proyecto de Ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*. En, *Estudios constitucionales* [en línea] 2007, 5 (002):[fecha de consulta: 18 de septiembre de 2008] Disponible en:

<<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82050204>> ISSN 0718-0195