

Legal |

Análisis Jurídico | Constitucional | Artículo 1 de 1

# Recurso de protección: ¿cómo razonan las cortes para la tutela de derechos?

"...Cualquier hecho puede ser, a priori, vulnerador de derechos fundamentales, pero no cualquier hecho producirá una vulneración de derechos fundamentales (...). En esta línea, la clave para una corte es determinar si concurre o no una ilegalidad o arbitrariedad para que opere el presupuesto de control esencial no determinante. Para eso definen la ilegalidad como todo acto contrario a derecho y la arbitrariedad como los actos carentes de fundamento, razonabilidad, lógica o producto del mero capricho..."

Viernes, 21 de junio de 2024 a las 16:04



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

## Tomás Jordán

El artículo 20 de la Constitución establece uno de los mecanismos de tutela de los derechos fundamental (DDFF). Este, junto al recurso de amparo (artículo 21) y el recurso de reclamación por la privación o desconocimiento de nacionalidad (artículo 12), conforman el sistema de protección de derechos en nuestra Constitución. A ello se debe adicionar el efecto de amparo de derechos que produce la acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional (TC), cuando el objeto de control son los DDFF.

El artículo 20 es una acción cautelar que ampara el ejercicio legítimo de los DDFF dispuestos en este artículo (derechos preexistentes). Tiene por objeto poner pronto remedio a las situaciones vulneradoras por medio de la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio<sup>1</sup>. En concreto, el recurso procede en los casos que existe un derecho cierto y determinado<sup>2</sup> que requiera una "cautela urgente" de los derechos amparables<sup>3</sup>.

La normativa constitucional establece una arquitectura particular de amparo, fija un "armazón de tutela institucional-estructural" que determina su forma de operar<sup>4</sup>. Esto conlleva comprender que el recurso de protección es un diseño que busca conciliar dos cuestiones. Por un lado, la protección de los derechos objeto de amparo de acuerdo al artículo 20 y, por otro, la fijación de límite o filtro a la tutela misma por medio de este armazón institucional-estructural<sup>5</sup>. En términos sencillos, la Constitución no busca que toda situación sea amparada, sino que aquellas que revisten ciertas calidades.

La protección directa o indirecta de los derechos<sup>6</sup> está ligada a esta estructura. El artículo 20 se ordena

bajo dos presupuestos. El primero es el "presupuesto esencial determinante de la protección" y el segundo es el "presupuesto no esencial determinante de la protección". El primero está conformado por la procedencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria en el ejercicio de los derechos y, el segundo, por la privación, perturbación o amenaza de los mismos. Esta es la clave del mecanismo de tutela. El andamiaje de la acción de protección pone el énfasis y obliga a las cortes a examinar si la acción u omisión es ilegal o arbitraria y, solo si alguno de estos presupuestos concurre, se analizará si concurre el segundo presupuesto. La opción del constituyente no fue la comparación entre un hecho y la eventual vulneración de un DDFF, sino que cotejar la situación particular con el presupuesto esencial determinante.

Lo anterior determina la forma del razonamiento de las cortes, tanto de apelaciones como Suprema. Es, además, la diferencia con el razonamiento del TC. Este es un tribunal de control de constitucionalidad de las leyes o reglamentos (en su caso), ya sea en abstracto (control preventivo y en la acción de inconstitucionalidad) y en concreto (acción de inaplicabilidad). En este proceder el TC compara una precepto legal o reglamentario con el texto constitucional, examinando de la norma infraconstitucional infracciona una o más normas constitucionales, ya sea en abstracto o ligada a un caso concreto, donde lo que se analiza es si la aplicación de la norma en un caso produce un "resultado" o más bien un "efecto" contrario a la Constitución.

En el caso de las cortes el razonamiento es diferente. Estas no realizan un control de constitucionalidad de una precepto legal o reglamentario, sino que el punto de partida para el control es un hecho, ya sea una acción u omisión. Esta situación factual puede provenir de un poder público o de persona privada, instituyendo el efecto vertical u horizontal de los DDFF. Luego, el examen que efectúan es un control de legalidad o de arbitrariedad de las acciones u omisiones. Es aquí cuando se instituye como un mecanismo de tutela de derechos fundamentales y opera como filtro al proceder de las situaciones que lo generan.

Lo que se realiza es una comparación entre el hecho factual y el parámetro esencial determinante, es decir, entre la situación de eventual vulneración y si ella es ilegal o arbitraria. En términos breves, cualquier hecho puede ser, *a priori*, vulnerador de DDFF, pero no cualquier hecho producirá una vulneración de DDFF. Solo aquellos hechos que revistan el carácter de ilegal o arbitrarios podrán atentar contra el ejercicio de un derecho. En esta línea, la clave para una corte es determinar si concurre o no una ilegalidad o arbitrariedad para que opere el presupuesto de control esencial no determinante. Para eso las cortes definen la ilegalidad como todo acto contrario a derecho y la arbitrariedad como los actos carentes de fundamento, razonabilidad, lógica o producto del mero capricho.

En este examen las cortes analizan la normativa aplicable al caso y que sirve de parámetro de control. Acá radica otra de las principales diferencias con el control de constitucionalidad del TC. En la acción de protección se utiliza como parámetro de control de los hechos factuales (acciones u omisiones) las normas que son reguladoras de la acción u omisión controlada. Es decir, el objeto de control puede ser una norma legal, reglamentaria, un tratado internacional<sup>7</sup> e, incluso, la normativa regulatoria interna de un grupo intermedio, como lo puede ser un reglamento interno<sup>8</sup>.

Para la conformación del juicio de protección se debe efectuar un subjuicio de legalidad/ilegalidad y/o un subjuicio de no arbitrariedad/arbitrariedad. Por regla general, solo si concurre alguno de tales presupuestos procederá a examinar y tutelar el derecho fundamental involucrado. Abordan la eventual vulneración si concurre la ilegalidad o arbitrariedad.

Para este examen se desarrolla una distinción según cual sea el sujeto vulnerador de los derechos fundamental.

*Si es un poder público u órgano estatal, se efectuará un examen de legalidad/ilegalidad y, consecuentemente de arbitrariedad. En estos casos, un acto ilegal se considerará de la misma manera arbitrario. Así, por ejemplo, en materia de los derechos de los pacientes la Corte Suprema ha expresado en su sentencia Rol N° 1199-2024<sup>9</sup>:*

*Quinto: Que el artículo 4 ° de la Ley N° 20.584 establece que: ¿toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, (...)*

*Sexto: Que, por su parte, la [Guía de Orientaciones Técnicas sobre Trato Digno en la Atención de Salud con Enfoque de Derechos y Género](#) (año 2022) del Ministerio de Salud señala en el acápite sobre Recomendaciones para trabajadores y trabajadoras de trato directo (...).*

*Octavo: Que, conforme a la norma y orientaciones referidas, es una función esencial del recinto de salud recurrido velar por el buen funcionamiento del servicio, (...)*

*Noveno: Que, en las antedichas circunstancias, el hospital recurrido ha debido adoptar las medidas pertinentes para resguardar los derechos de la paciente así como los de la recurrente, cuestión que no consta en autos haya cumplido eficazmente, lo que torna su actuar como ilegal y arbitrario, puesto que, sin razón justificada, y contando con personal suficiente, conforme ha quedado acreditado en autos según el informe acompañado, no ha realizado los ajustes en la distribución de la carga de trabajo a fin de que la paciente recurrida, quien no puede ser trasladada a otro centro en consideración a que el tratamiento que le brindan actualmente no puede ser otorgado en otro recinto de salud próximo a su domicilio, sea asistida por un profesional de la salud distinto a la actora (...)"*

Lo mismo ocurre, por ejemplo, en materia de término de contratos de los funcionarios públicos, que si la autoridad no da razones suficientes para el término de la contrata, se estima ilegal y arbitrario dicho término<sup>10</sup>, o en asuntos sobre refugio, que si el Servicio Nacional de Migraciones no cumple con el procedimiento legal y reglamentarios para las solicitudes de refugio, el acto se torna ilegal y se acoge el recurso de protección<sup>11</sup>, o en la no respuesta a la solicitud de nacionalización que, de acuerdo al principio de inexcusabilidad de la ley de Procedimiento Administrativo, la demora la torna ilegal y arbitraria<sup>12</sup>, o en caso de omisiones ilegales en materia educacional<sup>13</sup>.

*En cambio, si es una persona privada (natural o jurídica) el sujeto pasivo, realizará principalmente un examen de no-arbitrariedad/arbitrariedad y, consecuentemente, de legalidad. A modos ejemplar, la sentencia Corte Suprema Rol N° 15.716-2024 expresa:*

*Quinto: Que, en tales circunstancias, tal como lo ha resuelto reiteradamente esta Corte en Roles N°s 71.519- 2021, 6.928-2021, 65.946-2021 , 65.973-2021 , 1.791-2022 , 20.756-2022 y 252.397-2023, entre otros, debe concluirse que la recurrida ha actuado de manera caprichosa e injustificada al revivir y forzar de manera unilateral un beneficio que el artículo 22 de la Ley N° 18.833 concede a las Cajas de*

*Compensación para cobrar oportunamente los créditos sociales que otorgan (...).*

*Sexto: Que, este proceder de la recurrida resulta manifiestamente arbitrario, desde que, por su intermedio, la Caja de Compensación soslaya la existencia de los medios procesales idóneos para obtener la satisfacción de su crédito, por lo que corresponde que se otorgue amparo a la actora. De lo contrario, la institución recurrida obtendrá un reconocimiento de la jurisdicción, que afirma un método abusivo de ejercer sus atribuciones por parte de una entidad privada que presta un servicio público asistencial, especialmente en este caso, respecto de quien se encuentra en una condición de vulnerabilidad frente al ejercicio de potestades contractuales permisivas ejercidas a destiempo.*

*Séptimo: Que, de esta manera, el acto cuya arbitrariedad ha sido constatada, vulnera el derecho de propiedad de la parte recurrente sobre sus remuneraciones, privándole de beneficios económicos, los que están amparados por la garantía prescrita en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, por lo que la acción debe ser acogida”.*

Tal cuestión se observa claramente en las sentencias sobre Isapre. La sentencia que fijó una nueva doctrina sobre plan base<sup>14</sup>, en las cuáles la Corte Suprema consideró arbitrarios ni ilegal el alza de los planes por tabla de factores y, al contrario, en 2023 en los casos de alza de plan base, pero ajustándose al proceso de verificación implementado por la Superintendencia de Salud, es considerando no arbitrario al estar justificado de un modo previo, objetivo y fiscalizado<sup>15</sup>. En materia de alzas de cuentas eléctricas por una empresa privada, incumplió una instrucción de la Superintendencia de Electricidad y Combustible haciendo nuevos cobros, considerándose ese acto como arbitrario<sup>16</sup>, o el impedir a una compañía eléctrica por parte de un dueño particular es un acto arbitrario e ilegal<sup>17</sup>.

*En conclusión*, el armazón institucional obliga a las cortes y produce efectos concretos a nivel general. Podemos afirmar que fija reglas generales, donde siempre podremos encontrar alguna excepción.

La primera, es que los actos legales de los órganos del Estado no son arbitrarios y no producen vulneración de los DDFF y, al revés, los actos ilegales son arbitrarios y producen infracción de los derechos. La segunda, que los actos arbitrarios son vulneradores de los DDFF y, a la inversa, los actos no-arbitrarios no son atentatorios contra los derechos fundamentales. La tercera, que el razonamiento de las cortes se extiende al primer presupuesto y someramente al presupuesto esencial no determinante. La cuarta, y efecto de la anterior, que la doctrina sobre los derechos fundamentales y, esencialmente, su contenido esencial (artículo 19 N° 26 CPR) haya sido tenue o escasamente desarrollada. Es habitual observar en las sentencias la afirmación que, por las razones anteriores (presupuesto esencial determinante), se produce la vulneración de uno o más derechos determinados, sin detallar el contenido esencial del derecho y cómo el acto u omisión ilegal o arbitrario vulnera ese contenido constitucional.

<sup>1</sup> Sentencia Corte Suprema Roles N° 19.514-2024, c.j. 1° y 115.597-2023 c.j. 1° y 5°.

<sup>2</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 18.663-2024, c.j. 1°.

<sup>3</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 190.705-2023, c.j. 8°.

<sup>4</sup> Jordán Díaz, Tomás, “La protección de los derechos sociales, modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)”, Chile, Colección Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2006, pp. 155-158.

<sup>5</sup> Esta cuestión fue objeto de un intenso debate en los procesos constituyentes fallidos.

<sup>6</sup> Por protección directa se entiende el amparo de los derechos establecidos en el artículo 20. Por protección indirecta es el amparo de derechos no comprendidos en el artículo 20, pero que se efectúan por conexión con otro derecho (generalmente, por vía del derecho de propiedad o del principio de igualdad) o, por la incorporación del contenido esencial de un derecho no amparado a uno con tutela constitucional (por ejemplo, el derecho a la protección de la salud incorporado al contenido esencial del derecho a la vida).

<sup>7</sup> El caso del Convenio N° 169 de la OIT cuyo incumplimiento se considera un acto ilegal. Sentencia Corte Suprema Rol N° 162.630-2022, c.j. 9°. Sobre incorporación de normas internacionales, ver también a modo ejemplar, Sentencia de Corte de Apelaciones de Talca, Causa Rol N° 2.079-2023, c.j. 7°, confirmada por Sentencia Corte Suprema Causa Rol N° 16.858-2024.

<sup>8</sup> Sobre reglamentos internos de universidades, ver. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 13.575-2023, confirmada por la Corte Suprema Rol N° 7.008-2024.

<sup>9</sup> A modo ejemplar, Sentencia de Corte de Apelaciones de Talca, Causa Rol N° 2.079-2023, c.j. 12°, confirmada por Sentencia Corte Suprema Causa Rol N° 16.858-2024.

<sup>10</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 14.105-2024. c.j. 14°.

<sup>11</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 17.889-2024.

<sup>12</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 17605-2024, c.j. 2° y 3°.

<sup>13</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N° 315-2024, c.j. 10°, confirmada por Sentencia Corte Suprema Rol N° 2751-2014.

<sup>14</sup> Sentencias Corte Suprema Roles N°s 16.630-2022; 25.570-2022; 14.513-2022 y 13.979-2022.

<sup>15</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 149.691-2023, c.j. 12°.

<sup>16</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 14.348-2023, c.j. 8°.

<sup>17</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Chillán Rol N° 14-2024, c.j. 9°.

0 Comentarios

 Miriam Henriquez ▼



Sé el primero en comentar...



Comparte

Mejores Más recientes Más antiguos

Sé el primero en comentar.

Suscríbete

Política de Privacidad

No vendan mis datos

---

# EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online