

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURIDICAS

EL DERECHO DE ACCION COMO DERECHO FUNDAMENTAL.
TRABAS Y LIMITACIONES LEGISLATIVAS.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNOS: GUILLERMO ANDRES RUDOLPHY MELIAN.
JAIME ALEJANDRO ARROYO PINO.

PROFESOR PATROCINANTE: DR. ANDRES BORDALI
SALAMANCA

VALDIVIA, 16 DE DICIEMBRE DE 2004.

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

En conformidad con el artículo 41 del Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, me corresponde informar la memoria de prueba presentada por los Egresados de Derecho, don **Jaime Alejandro Arroyo Pino** y don **Guillermo Rudolphy Melián**, y cuyo título es "**El derecho de acción como derecho fundamental. Trabas y limitaciones legislativas¹**".

El trabajo se dividió en una introducción, cuatro capítulos, el último dedicado a las conclusiones generales: en el primer capítulo los alumnos memoristas analizan el significado de la acción en su evolución doctrinal y como derecho fundamental. En el capítulo segundo los alumnos realizan un estudio analítico a fin de diferenciar los términos y límites de dos derechos fundamentales de contenido procesal: la acción y el debido proceso, y en el capítulo tercero se comprende un estudio de las limitaciones legislativas que pueden incidir sobre la efectiva vigencia del derecho de acción, tales como el establecimiento de plazos, cauciones o fianzas y trámites o diligencias previas a la respuesta jurisdiccional..

Esta estructura facilita la comprensión lógica y secuencial de las distintas partes de la memoria y guía al lector en un examen de las materias.

Comentado el fondo del trabajo desarrollado por los alumnos, señalaré que la comprensión de la acción como derecho fundamental es un tema de máxima relevancia para el estudio del Derecho Constitucional y para el Derecho Procesal contemporáneo. Abandonadas las doctrinas monistas de la acción, que la veían como una simple proyección procesal del derecho material que tienen los ciudadanos, las teorías dualistas que irrumpieron en Alemania desde mediados del siglo XIX campean en toda la órbita del *civil law*. Sin embargo, no sólo la adecuada autonomía de la acción en relación al derecho material supuso un paso importante en el reforzamiento de la libertad de los ciudadanos, sino que, principalmente, su concepción como derecho fundamental comportó ubicar el acceso a la justicia como máximo valor del Estado constitucional de Derecho. De este modo, el fin de reconocer este nuevo derecho fundamental a todos los ciudadanos, no es sino constituir a los tribunales de justicia en la última respuesta dentro del Estado de Derecho, disponible para el ciudadano, de una manera amplia y expedita, en la tutela de sus distintas posiciones jurídicas subjetivas.

La trascendencia que puede tener la concepción de la acción como derecho fundamental, es que se construye como un derecho no disponible para los distintos poderes del Estado, especialmente para el legislador, quien no puede imponer trabas al ejercicio del derecho de acción que puedan afectar al derecho en su esencia (art. 19 n° 26 Constitución Política de la República).

Los alumnos memoristas centran su estudio en las posibles trabas que el legislador chileno puede haber impuesto al libre ejercicio del derecho de acción, a fin de determinar cuáles de éstas son legítimas y cuáles no; cuáles afectan o no, en definitiva, el contenido esencial del referido derecho.

Se trata de un tema no abordado por la doctrina chilena, por lo que es de celebrar que los tesisistas lo hayan desarrollado como trabajo de memoria.

Sin embargo, el análisis que los alumnos desarrollan en las partes medulares del tema tratado, es incompleto, y no se puede decir, por tanto, que informa adecuadamente de todas sus implicancias para el conjunto del ordenamiento jurídico chileno.

El lenguaje utilizado en la memoria es relativamente adecuado y tratándose de un trabajo de dogmática jurídica, sus aseveraciones se encuentran parcialmente justificadas por medio de citas que dan cuenta de textos legales, doctrinarios y jurisprudenciales consultados.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, califico la presente memoria de prueba con nota cinco como cero (5.0).

Valdivia, diciembre 23 de 2004


ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
PROFESOR
DERECHO PROCESAL

INDICE.

Introducción.....1

CAPUTULO PRIMERO.

Precisiones Básicas sobre la acción.....3

El Derecho de Acción.....11

Tutela Judicial Efectiva en el Dercho Comparado.....15

Derecho Fundamental de Acción En Chile y su materialización
a la luz de la Normativa Vigente.....19

CAPITULO SEGUNDO.

El Derecho de Acción y el Debido Proceso.....25

Conceptos:

Derecho de Acción.....27

Tratamiento Doctrinario Distinciones.....34

CAPITULO TERCERO.

Limitaciones al ejercicio del Derecho Fundamental de Acción.....	42
La Esencia de los Derechos Fundamentales.....	46
Posibles limitaciones al Derecho de Acción.....	50
Plazos	52
Cauciones o Fianzas.....	57
Trámites Previos.....	59

CAPITULO CUARTO.

Conclusiones Generales.....	62
Bibliografía.....	66

INTRODUCCION.

La presente tesis de grado intitulada “El Derecho de Acción como Derecho Fundamental. Trabas y Limitaciones Legislativas”; se enmarca en el ámbito del Derecho Constitucional y Procesal nacional, pero no ausente en su contenido, por una mayoritaria referencia, al derecho comparado, particularmente al caso español.

En el capítulo Primero se consideró conveniente brindar una visión histórica acerca del derecho a la acción; tanto por convencimiento propio en cuanto a la importancia que debe asignársele a los orígenes – y con mayor razón a los más remotos- del instituto, como por el hecho de que el resultado del estudio de la faz histórica se encuentra lejos de estar agotado.

Sentado este punto, se apreció conjuntamente su desarrollo conceptual, para así luego apreciar su tratamiento en el derecho comparado, y su materialización en el ordenamiento jurídico chileno a la luz de la normativa constitucional como un derecho de carácter fundamental.

En el capítulo Segundo el trabajo se abocó a la caracterización del derecho a la acción, para poder distinguirlo, al menos a nivel conceptual, del derecho al debido proceso.

El capítulo Tercero, aceptada ya la existencia de un derecho con fisonomía propia, fue dedicado a los posibles entorpecimientos en el

ejercicio del derecho en estudio, provenientes de sus normas complementarias o regulatorias en el plano legal, para que una vez relacionados con los preceptos constitucionales pertinentes concluir cuando estas trabas constituirían una vulneración del derecho a la acción como derecho fundamental.

El marco teórico de la tesis está conformado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, y lo integran, además, diversas posiciones doctrinarias acerca de la caracterización del derecho a la acción principalmente rescatada del derecho comparado.

Por lo pronto, no deja de ser sintomático con las conclusiones a que arribaremos, que en el proceso de recabación del material que sirvió de sustrato al presente trabajo, se observó una ínfima participación de la doctrina y jurisprudencia nacional en su vertiente tanto constitucional como procesal a propósito del objeto que es materia de nuestro análisis¹.

A modo de precisión final, no nos cabe duda que el derecho a la acción debe ser considerado un derecho fundamental de real y efectiva realización, por cuanto éste forma parte de las bases de todo ordenamiento jurídico, ya que en definitiva permite a través de su ejercicio, es decir, logrando un expedito acceso a los tribunales, la cristalización del principio cardinal que orienta todo el saber jurídico, esto es, la justicia.

¹ Las excepciones en el ámbito académico vienen fundamentalmente de los profesores Soto Kloss, Romero Seguel, Peña G. y Bordalí Salamanca.

CAPITULO PRIMERO:

Precisiones básicas sobre la acción.

En una edición del siglo XIX de la célebre obra de Joaquín Escriche, se definía a la acción como “*El derecho de exigir alguna cosa, y el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro o se nos debe por otro*”². No cabe duda que dicha definición en estos días, muy a pesar nuestro, es una concepción que no ha sido superado del todo en nuestra doctrina dogmática nacional más tradicional³. Sobre la acción se ha escrito en una vastedad enorme⁴. Baste decir que los más grandes procesalistas

² Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, edición corregida y aumentada por Juan. B. Guim, Ed. Librería de Rosa, Boruet y Cía, España, (1851), pp 49.

³ Casarino Viterbo, Mario. *Manual de Derecho Procesal tomo III*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, (1996), pp. 92 a 93.

⁴ Al respecto, para Vésconi la Acción consiste en “*el poder (abstracto) de reclamar ciertos derechos ante la jurisdicción, y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle movimiento, de poner en marcha el proceso, por lo que en definitiva quien ejerce el poder tendrá respuesta: la sentencia*”. Sigue diciendo el autor, que “*la acción consiste en reclamar un derecho ante el órgano jurisdiccional y obtener, como resultado, el proceso, que debe terminar con una sentencia, por lo que la finalidad, es tener acceso a la jurisdicción, siendo el famoso derecho de acceso al tribunal, a ser escuchado, a que se tramite un proceso para dilucidar la cuestión planteada*”. Véscovi, Enrique, *Derecho Procesal Civil tomo II*, Ed. Temis, Bogotá, (1974), pp. 283, 284, 288.

Por su parte Devis Echandía define la acción como “*un derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante sus sentencias, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso*”. Cfr., Dévis Echandía, Hernando; *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ed. Temis, (PAIS) (1963), pp 569 y ss.

contemporáneos y de antaño han ilustrado en sus obras sobre esta. Sígase de esto, que no nos encontramos, como en otras muchas instituciones jurídicas, frente a un tema superado, sino que más bien frente a uno en una constante evolución; merced lo cual es preciso conocer un poco sus hitos más relevantes⁵.

Este concepto tiene su punto de partida en el Derecho Romano⁶. En éste no existía la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, sólo eran reconocibles dos fuentes generadoras de derechos, a saber, la Jurisprudencia y el Edicto del Pretor. Sin duda que de aquí se yergue la hoy añosa teoría monista de la acción⁷ a que hacíamos referencia con Escriche.

Mucho tiempo tuvo que pasar para que recién a mediados del siglo XIX se produjera la primera gran escisión acerca de la naturaleza jurídica de la acción. Fue precisamente con la polémica Windscheid-Muther⁸ donde se aprecia los primeros esbozos de la teoría dualista que pasa distinguir

⁵ Incluso se le ha denominado como “uno de los tormentos del procesalista”, Romero Seguel, Alejandro, *Algunas Consideraciones Sobre la Acción en el Procedimiento Civil Español*, en R.D.J 1994, T. XCI, pp 59, citando a Montero Aroca, Juan, *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional*, en Revista Justicia N° 84, N° II, pp. 344.

⁶ Montero Aroca, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional, Parte General*. Ed. Tirant Lo Blanch, novena edición, Valencia, España, (1999), pp251 y ss.

⁷ En breves consideraciones, según esta tendencia, la acción constituye solo un elemento del derecho sustancial, relacionándose la idea de la acción con la de lesión de un derecho sustancial, concibiéndosele, como un poder inherente al derecho subjetivo de reaccionar contra la lesión. Entre los seguidores de esta doctrina encontramos a Von Savigny.

⁸ Esta polémica fue tan decisiva que algunos autores son de parecer que aquí tiene su punto de partida el Derecho Procesal moderno con toda propiedad. *Cfr.*, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos (Vínculos y Autonomías)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, (1995), pp. 8.

entre derecho subjetivo y acción propiamente tal⁹. Posteriormente vendrían teorías tales la de la Concreción de la Acción sostenido por Adolf Wach¹⁰, y la Teoría Intermedia de la Acción de Von Bulow¹¹.

⁹ Lo que Windschied hizo con esto fue separar en su significado la *actio* romana (entendida como ya se dijo de un derecho eminentemente subjetivo) -*nihil aliud est actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debeat*:- que significa: La acción no es sino el derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe, a una concepción diferente e independiente; derechamente, sostuvo que toda violación o desconocimiento de un derecho sustancial, producía una pretensión a favor del lesionado y en contra del violador, para obtener de esta manera, el resarcimiento del daño o la satisfacción de la obligación, pretensión que podía obtenerse en forma espontánea, cuando quien había dado lugar a ella reparaba el daño o pagaba lo debido; o en caso contrario, a través de la actuación de la jurisdicción, por lo que la pretensión material, se convertía en acción. De esta manera, Windscheid descubre el derecho de pretensión material, la cual confundió con la acción, ya que la reclamación de la prestación debida, era el equivalente a la *actio* romana.

Tras la teoría expuesta por Windscheid, en el año de 1857 el también profesor alemán de la Universidad de Königsberg, Theodor Müther, quien era reconocido como un científico de la ciencia procesal, publica su obra intitulada "La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar", la cual pretendía rebatir la teoría que había expuesto Windscheid. Müther desliga en forma definitiva la acción del derecho civil, pasando a formar parte del derecho procesal, concebido como un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene una tutela jurídica (*rechtsschutzanspruch*), que se dirige, de una parte, contra el Estado, quien es el obligado, para lograr una sentencia favorable, y de otra, contra el demandado, a fin de obtener el cumplimiento de una prestación insatisfecha, por lo que la *actio* romana no era algo equiparable a la *Anspruch*, era el derecho de obtener la fórmula de manos del pretor o magistrado. La teoría desarrollada por Müther expresa, que la acción no es un anexo del derecho originario ni un agregado a su contenido, sino que por el contrario, es un derecho singular que existe junto al otro como protección, por lo que, con la violación del derecho originario, se tienen dos derechos de naturaleza pública, como lo son: 1) El derecho del lesionado hacia el Estado para la obtención de la tutela estatal; 2) El derecho del Estado contra el autor de la lesión, para obtener la reparación de la violación. En este sentido, para Müther la *actio* era la pretensión del titular del derecho dirigida al pretor para la expedición de la fórmula, con el fin de obtener la composición del derecho sustancial violado, por lo que, el presupuesto del derecho a la tutela estatal, era otro derecho y la lesión del mismo.

¹⁰ Éste ve a la acción como un derecho autónomo contra el Estado, puesto que se reclama la actuación jurisdiccional para obtener la tutela del derecho invocado. Solo frente al demandado se persigue una decisión favorable a las pretensiones deducidas. En este sentido, la acción es un derecho autónomo y diverso del derecho sustancial subjetivo, dado que uno de sus sujetos pasivos es el Estado concreto, pues se encuentre referido con un vínculo definitivo conceptual al derecho sustancial, dirigido contra el demandado, y además porque no corresponde a cualquier persona, sino al titular del derecho

Posteriormente se sucedió en la Teoría Abstracta de la Acción. Esta teoría supera la escuela que difunde la tesis de la acción como derecho concreto (teoría de la concreción), y concibe a la misma como un derecho totalmente autónomo e independiente del derecho sustancial. Tiene como finalidad la obtención de una sentencia, sea esta o no favorable al demandante, por lo que existe un distanciamiento del resultado del proceso, estructurándose como un derecho abstracto, genérico, en fin, neutro; siempre el mismo, cualquier que sea la relación sustancial que origina el proceso. De esta manera, bajo esta nueva concepción, se denota la autonomía propia de la institución de la Pretensión Procesal, la cual es concebida como aquel derecho concreto que se dirige contra el demandado, el cual variará, según el derecho sustancial debatido.

Sobre esta misma teoría se avanza. Efectivamente, el maestro uruguayo Couture, en su obra *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*¹², manifiesta que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de

sustancial controvertido, siendo el Estado el destinatario de la acción, ya que de él deriva la tutela pretendida. Otro de militantes de esta teoría, es el maestro italiano Giuseppe Chiovenda.

¹¹ Esta teoría es sostenida por Oskar Von Bülow, quien en su obra intitulada “La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales”, publicada en el año de 1868, concibe la acción como un derecho a obtener una sentencia justa, convirtiéndose de esta manera en una teoría intermedia, donde se considera a la acción como un derecho concreto a la obtención de una sentencia favorable, y abstracto, que solo ve en ella una simple facultad jurídica. La tesis sostenida por Von Bülow, junto con los trabajos de Dágenkolb (1877), Plosz (1880), se consideran como los antecedentes o precursores de la teoría abstracta de la acción, a la que ya nos referiremos. *Cfr.*, Romero Seguel, Alejandro. *El Control de la Competencia Judicial Internacional en la Etapa de Gestión Judicial de Designación de Arbitro*, en Revista Gaceta Jurídica, N° 214, pp. 17.

¹² *Cfr.*, Eduardo Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Ed. Depalma, Bs. Aires, (1990), pp. 61 y ss.

derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de su pretensión. En esta obra, Couture habla de la acción como un poder, el cual dice que se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. Señala igualmente que la acción es un derecho eminentemente público, ya que si bien la acción es ejercida por un particular, se encuentran en juego los intereses de la comunidad, como lo es la composición de los conflictos para vivir en armonía, paz social y seguridad. Igualmente es de carácter autónomo, ya que no sólo se diferencia del derecho material, sino también de la pretensión, ello a propósito de ser un derecho que reside en cualquier persona, el cual tiene derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales, para que considere su pretensión, indistintamente de la razón o sin razón del accionante. Por otro lado, la acción expresa Couture, es diferente a la pretensión; esta es concebida como la autoatribución de un derecho por parte del sujeto que la invoca y pide concretamente se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica, por lo que si bien la pretensión puede resultar desestimada en la sentencia, el derecho de acción se habrá cumplido y ejercido en su totalidad.¹³

¹³ En este mismo sentido véase: Bordalí Salamanca, Andrés. *El Derecho Fundamental de Acción: un intento de configuración en el derecho en el orden constitucional chileno*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVII, numero 3, año 2000, pp. 92.

Es de carácter abstracto, expresa el profesor uruguayo, ya que recae en todos los sujetos de la colectividad, siendo un derecho cívico que se verifica a través del Derecho Constitucional de Petición, el cual constituye un instrumento de relación entre el Estado y el ciudadano. En concreto, para Couture la acción, no es sino la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción, “*no es más que el poder que tiene todo individuo como tal, y en el nombre del cual es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión*”; en fin, corresponde para éste en el poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales. En este mismo sentido Francisco Hoyos Henrechson quien -a propósito de las clasificaciones de la acción- concibe a la acción como un “*derecho puro a la jurisdicción*”, destinado a obtener la realización de la jurisdicción (Judicio), o lo que es lo mismo: una sentencia¹⁴.

Para Francisco Carnelutti¹⁵, la acción constituye un derecho subjetivo procesal abstracto y público para el cumplimiento del proceso. Afirma que la acción constituye un derecho subjetivo procesal autónomo, anterior al proceso, es decir, que para el momento de trabar el proceso, ya el conflicto existe (litigio), supuesto que si bien la ley impone, entre otras, la carga de la demanda, de la cual depende no sólo la existencia del poder del juez, sino también la existencia de su deber, la proposición de la misma

¹⁴ Cfr. Francisco Hoyos Henrechson. *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago (1987), pp. 135.

¹⁵ Cfr. Carnelutti, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Ed. Uteha, Bs. Aires, (1944), pp. ¿?.

constituye simultáneamente el cumplimiento de una carga y ejercicio de un derecho subjetivo procesal.

Para que el particular tenga acción, ha de gozar de una determinada idoneidad, o sea, una especial situación respecto al litigio, en otras palabras, tener un interés en la composición del litigio, aún cuando no sea titular del derecho material subjetivo, por lo que puede concebirse la titularidad de la acción con la titularidad del derecho subjetivo material.

En este sentido, afirma que la obligación procesal que impone al juez la acción, es distinta de la obligación del demandado afirmado en la demanda, por lo que queda satisfecho el “derecho subjetivo procesal en que consiste la acción” al concluirse normalmente el proceso, aún cuando quede insatisfecho el contenido del derecho subjetivo material que en él se ha pretendido hacer valer (perder el pleito). Considerara, entonces, a la acción como “derecho de proveimiento y, en particular, a la sentencia” en sentido estricto.

Resumiendo la teoría de Carnelutti, podría sintetizarse en las siguientes proposiciones:

- La acción es un derecho anterior al proceso;
- La acción es un derecho subjetivo;
- La acción es un derecho subjetivo procesal;
- La acción es un derecho público;
- La acción es un derecho autónomo; y

- La acción es de carácter abstracto.

Por su parte, Alfredo Rocco perfecciona el concepto de Carnelutti, al señalar que la acción es un derecho subjetivo público frente al Estado, frente a los órganos de la función jurisdiccional, y sólo frente a ellos, no contra el adversario, siendo su contenido de interés abstracto en lo que se refiere a la intervención del Estado, para el logro de la aplicación de la norma sustancial al caso concreto, con miras a la realización de los intereses tutelados. De esta manera, la acción corresponde a todo sujeto de derecho, con independencia de cualquier otro presupuesto.¹⁶

El deber del Estado, entonces, la de brindar su jurisdicción, a fin de evitar que los ciudadanos asuman la justicia por sí mismos, por lo que todo sujeto investido de personalidad jurídica, se encuentra el derecho de pedir al Estado su intervención (jurisdicción), para que mediante un proceso se componga el conflicto.

¹⁶ Cfr., García Ramírez, Sergio. *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 106, Universidad Nacional Autónoma de México, (2002), pp. 156. citando a Rocco, Alfredo, *La sentencia Civil*.

El derecho de acción.

Sin duda las últimas teorías precedentemente reseñadas -en especial las de Carnelutti y Couture- sitúan claramente a la acción como un derecho cívico de eminente carácter público, es decir, como un derecho fundamental de la persona humana. En este sentido se vuelve sintomático lo señalado por Piero Calamandrei, a propósito de su concepción sobre la “*relatividad del concepto de acción*”, cuando señala como las concepciones de tipo político constitucional influyen en el forjamiento del instituto en estudio¹⁷. Es claro entonces que el nacimiento de la justicia constitucional generó un rol activo asociado con la realidad de los tiempos. Nos situamos en una época en que el hombre está puesto en una perspectiva distinta a la tradicionalmente concedida frente al Estado moderno, donde el primero espera una respuesta determinante de parte del proceso, respuesta con nuevas responsabilidades. Surge entonces lo que se ha venido en llamar el

¹⁷ Cfr., Héctor Fix Zamudio. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, Universidad Autónoma de Nuevo México, Primera Ed. (1974), pp. 55 y siguientes, citando a Piero Calamandrei a propósito del capítulo sobre La Relatividad del Concepto de Acción. *Estudios sobre el proceso Civil*, trad. De Santiago Santís, Melendo, Bs.Aires, (1961), pp. 135 a 160.

En el capítulo IV de la obra señalada sub, intitulado “Los Derechos de Acción y de Defensa del Proceso Civil”, el autor hace una distinción al amparo de los textos de las constitucionales latinoamericanas, clasificándolas en dos grupos. Por una parte separa los Estados que se limitan a consignar el derecho de petición, al conferir a todo ciudadano el derecho de dirigirse a la autoridad en términos respetuosos; y por otra, a aquellos que consagran el derecho a la acción como un derecho independiente del de petición. Creemos, que el autor yerra cuando señala que de cualquier manera el Derecho de Acción queda subsumido en el de petición. A estas alturas, y en el caso particular de Chile, la mentada petición no es más que una facultad o mera posibilidad de obtener una respuesta.

Derecho Procesal Constitucional¹⁸. Empero, no es un misterio que entre el Derecho Procesal¹⁹ y el Constitucional existe una gran brecha, sea porque el primero está sumido a una finalidad puramente procedimental, o si se quiere, instrumental, es decir un derecho al servicio de los demás, o bien porque al no ser el Derecho Constitucional un derecho sectorial, sino globalizador de intereses fundamentales que los demás deben respetar y acatar por el principio de supremacía que ostenta: surge un claro camino mediante el cual, de alguna manera, se impedía verlos obrar juntos.

En el tema que nos ocupa, queda patente los dos rostros que asume la acción: aquélla que moviliza el interés del Estado para satisfacer los intereses de los ciudadanos, y el propio derecho de la persona humana (recurrente) que pide la actividad jurisdiccional. Precisamente por esta cercanía, algunos autores dijeron que el derecho de acción pertenecía al derecho constitucional, y otros optaron por referirse a un “*derecho a la*

¹⁸ Cfr., Gozáini, Osvaldo Alfredo. *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos (Vínculos y Autonomías)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, (1995), pp. 34.

¹⁹ Alguna tendencia procesal moderna cuestiona la utilización de la expresión Derecho Procesal, abogando que se sustituya por la de Derecho Jurisdiccional. Aunque sea muy tangencialmente abordada esta cuestión, digamos, no estimamos que el proceso sea una cuestión subordinada a la jurisdicción, ante lo cual nos parece preferible conservar la tradicional designación de Derecho Procesal. Por otra parte, Almagro Nosete rechaza esta posible nueva denominación, por considerarla inapropiada y peligrosa. En cuanto a esto último dice, “Es (...) peligrosa, porque tras la misma subyace un manifiesto o disimulado autoritarismo que magnifica la presencia estatal en detrimento del derecho a exigir la prestación jurisdiccional que tienen los justiciables, determinando con libertad el contenido del proceso”. Almagro Nosete, José (con otros), *Derecho Procesa tomo I, volumen I*, Ed. Tirant lo Blanch, 6a ed., (1992), p. 25.

jurisdicción” o bien un “*derecho jurisdiccional*”²⁰. Mas, entre ambos postulados existen diferencias claramente palpables. Montero Aroca expresa que el derecho a la petición está presente en la esfera del derecho constitucional, pero no genera un derecho de respuesta correlativo. En cambio el derecho a la acción provoca una reacción inmediata entre el particular y la autoridad sin afectar a un tercero²¹.

En fin, para centrar nuestra posición frente a la acción, consideramos, que la acción siendo el nervio del Derecho Procesal, y uno de los fines del Estado moderno, por cuanto es solamente a él a quien corresponde resolver los conflictos surgidos entre las personas mediante el ejercicio de la función jurisdiccional (consistente en el estudio y decisión de los litigios aplicando a cada caso en particular el derecho subjetivo) ha de tener el tratamiento constitucional que se merece en pos de alcanzar la plena realización del ideal democrático de un estado de derecho. Es derecho fundamental de poder o potestad por cuanto toda persona natural o jurídica, en fin, todo ciudadano puede reclamar del Estado la jurisdicción, solicitándole un derecho determinado o concreto, que es la pretensión,

²⁰ Cfr., Héctor Fix Zamudio, op. cit en nota 18, pp. 140, citando a Almagro Nosete, José, “El libre acceso a la jurisdicción” Revista de Derecho de la Universidad de Madrid, 1970, pp.95 y ss. Donde agrega que “*el derecho a la jurisdicción, es un derecho subjetivo público de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, tiene carácter constitucional y sobre todo una exigencia de derecho natural. El derecho a la jurisdicción, es la instrumentación formal de un derecho formal de un derecho fundamental y natural de la persona humana: el derecho a la defensa jurídica, que a su vez es el sustituto de un proceso anterior y primario que es el derecho de legítima defensa (...). La acción es, pues, un derecho a la jurisdicción, pero también ejercicio del derecho a la jurisdicción*”.

²¹ *Id.*, pp. 44 - 41.

como resultado del proceso, el cual terminará mediante la decisión que zanjará el conflicto incoado.

En este sentido, y por lo pronto, adherimos con el apronte que hace el doctor Bordalí Salamanca en su artículo en la Revista de Derecho y Jurisprudencia del año 2000²², para quien la acción es un Derecho Fundamental, el cual se ofrece como un derecho con autonomía propia, no sólo con referencia al derecho sustancial que se debate en el proceso, sino además como pilar esencial de nuestra constitución. En la forma relacionada, la acción es en todo caso el correlativo del deber jurisdiccional, de índole público, específicamente procesal, estructurado sobre la base de que la ley protege en abstracto al titular de un derecho subjetivo sustancial; el cual tiene como sujeto activo la persona y como pasivo al Estado; cuyo objeto es la prestación de la jurisdicción y su causa o finalidad, es la solución de los conflictos o litigios; y que se materializa constitucionalmente a través de dos hitos, a saber:

- El derecho de acceder a la jurisdicción;
- El derecho a que se decida el fondo o mérito de la pretensión de una forma jurídicamente motivada.

²² Bordalí Salamanca, Andrés, *Op. cit.* en nota 13.

La tutela judicial efectiva en el derecho comparado.

Sobre este punto, dado su gran desarrollo tanto dogmático como jurisprudencial, nos abocaremos primordialmente al concepto acuñado por la Constitución Española de 1978²³.

El mentado artículo establece: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*²⁴.

²³ Este concepto de la tutela judicial efectiva es de tanta magnitud e importancia en España que la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento -símil de nuestro Código de Procedimiento Civil- el cual, luego de las palabras sacramentales del rey, parte destacándolo: *“El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos”*. (modificación introducida por la ley 1/2000)

²⁴ La redacción del precepto ha sido criticada por el procesalista español Almagro Nosete diciendo, en síntesis, que establece una vinculación del Derecho procesal de acción con los derechos e intereses legítimos que se pretenden hacer valer, totalmente superada por la doctrina. Como él mismo añade, se estaría dando a entender que *“quien no esté en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (que es lo que debe reconocer o declarar la sentencia) no tiene derecho a acudir a los Tribunales, o que esa actuación de los Tribunales, en caso de que no se dé la razón a quien la pretenda, es una actuación prestada gratuitamente al ciudadano”*. Critica el adjetivo “efectiva” a la tutela y no al derecho, con lo cual nada significa como no sea una remisión al tema de las sentencias justas o injustas. Finalmente, elude el problema del reconocimiento constitucional con rango general de un derecho a la jurisdicción. Incluso el Tribunal Constitucional ha tenido que salir al paso de una más

Dicho precepto es un aporte absolutamente original del Constituyente de 1978 en lo que es la nueva configuración del ordenamiento jurídico español. Ninguna de las Constituciones españolas anteriores a la vigente aludía, en forma directa ni indirecta, al “derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos”, sino solamente al ejercicio de la función jurisdiccional para impartir justicia a los ciudadanos. Para Almagro, desde una perspectiva jurídico positiva una más amplia “constitucionalización” del Derecho Procesal, en sus aspectos cardinales fue una necesidad sentida en la postguerra de la Segunda Guerra Mundial²⁵.

Tal como señalábamos en el epígrafe precedente, la evolución de los Derechos Humanos, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, se ha ido concretando en una serie de instrumentos político jurídicos de diverso valor que han otorgado un nuevo impulso al Derecho Procesal. Estos cuerpos jurídicos en mayor o menor grado reconocen garantías procesales básicas, tales como: la prohibición de presunción de derecho de responsabilidad penal, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el

que posible interpretación literal del precepto que llevaría a entender que lo que se está constitucionalizando es el derecho de acción con contenido concreto en ese sentido el Tribunal Constitucional Español ha dicho en reiterada jurisprudencia que la tutela judicial no guarda relación alguna con obtención de un resultado favorable para el recurrente. *Cfr.*, Bujosa Vadell, Lorenza-Mateo Rodríguez García, Nicolás Título: Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional. La Ley, 1999-2. Por Lorenzo M. Bujosa Vadell y Nicolás Rodríguez García Profesores Titulares de Derecho Procesal.

²⁵ Romero Seguel, Alejandro. *Algunas Consideraciones Sobre la Acción en el Ordenamiento Procesal Civil Español*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII, (1995), pp.17, citando a Almagro Nosete, José. *El derecho procesal en la nueva Constitución*, en R.D.P.I, 1978, N° 4, p. 841.

derecho a un debido proceso, el acceso a un recurso efectivo de tutela jurisdiccional, a la tutela efectiva de los derechos, y expresiones análogas, que a la postre apuntan hacia la misma dirección: la protección y promoción de los Derechos Humanos²⁶.

No se puede desconocer la contribución que ha significado la “constitucionalización” de las garantías procesales en los países en que se ha implementado. Esta corriente, en una de sus manifestaciones más valoradas, aunque por cierto no exenta de excesos, ha significado un replanteamiento de las bases del desarrollo mismo del derecho procesal, procurando el abandono de las construcciones procesales de mera forma - ritualismo²⁷ - o causantes de trabas, para procurar una elaboración doctrinal y legal que haga en definitiva más accesible a los justiciables los instrumentos procesales²⁸.

Volviendo al tema de la acción, desde una perspectiva constitucional, se debe recordar que recién promulgada la Constitución de 1978, la doctrina procesal española no estaba conteste en si el mandato del artículo

²⁶ Cfr. STC 76/87, de 25 de mayo.

Por nuestra parte podríamos agregar, sólo título ejemplar, los siguientes que aparecieron en nuestro estudio y del propio art. 24 de la C.E., a saber: acceso a los recursos; prohibición de la indefensión; juez ordinario predeterminado; derecho a la defensa y asistencia de un letrado; derecho de ser informado de la acusación; derecho a un proceso público; derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; derecho a un proceso con todas las garantías; derecho a usar los medios de prueba pertinente; derecho a la presunción de inocencia; la correcta valoración de las pruebas.

²⁷ Cfr., González Pérez, Jesús. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Formalismo Procesal*, en Revista Cuadernos de Gestión Pública, Segundo Semestre de 2002. Málaga, España., pp. 34

²⁸ Cfr., Gozaini, Osvaldo Alfredo, op. cit. en nota 19, pp.38 a 40.

24 de la C.E. significaba un posicionamiento constitucional sobre el derecho de acción. En la actualidad, las opiniones doctrinales han ido acercando posturas, para estimar que el precepto citado significó el reconocimiento de la acción procesal, entendida como un derecho de contenido concreto, tal como se infiere del análisis de los antecedentes legislativos, que llevaron a la redacción del artículo 24.1 de la CE, en su versión actual²⁹.

En suma, habiendo transcurrido más de 25 años desde la promulgación de la Constitución de 1978, constituye una realidad insoslayable que el ordenamiento procesal español considera la acción procesal como un derecho público subjetivo, de carácter concreto.

Esto significa que el tema de la acción, ha pasado de ser considerado como una cuestión exclusiva de los teóricos, para convertirse en realidad práctica, plasmada en la Constitución como un derecho subjetivo fundamental mas de los justiciables, a una concreta y efectiva tutela jurisdiccional, aunque por cierto, en ningún caso, como ya se dijo, a obtener una sentencia favorable, como lo ha reconocido en múltiples ocasiones la doctrina del Tribunal Constitucional.

²⁹ *Cfr.*, Romero Seguel, Alejandro, op. cit. en nota 26, pp. 20, citando a De la Oliva, Andrés.

Derecho Fundamental de Acción en Chile y su materialización a la luz de la normativa vigente.

Habiéndose constatado la existencia de un derecho con un contenido concreto en el derecho comparado, resulta necesario interrogarse acaso dicho Derecho se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico nacional.³⁰

Empero, antes de entrar a determinar la pervivencia de la institución en estudio dentro de la carta fundamental chilena, conviene tener presente que entre las variadas incidencias del valor normativo de la Constitución, nos interesa destacar específicamente para el ámbito procesal en estudio las siguientes manifestaciones jurídicas, a saber:

³⁰ En esta parte del trabajo no se abordará el tema de si la consagración del derecho fundamental de acción se encuentra presente tratados internacionales suscritos por Chile. Sin perjuicio de ello, podemos citar los siguientes cuerpos legales que son norma obligatoria en nuestro derecho:

a. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, declara en su artículo 8° que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley”;

b. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Organización de las Naciones Unidas) de 16 de diciembre de 1966, promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 778 (Diario Oficial de 29 de abril de 1989) en su artículo 26 reconoce a toda persona la igualdad ante la ley “y el derecho sin discriminación a igual protección de la ley”, debiendo la ley prohibir toda discriminación y proveer los medios para garantizar la “protección igual y efectiva” frente a cualquiera discriminación; y por último,

c. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, de 1969) en su artículo 8°, N° 1, referente a “garantías judiciales”, también reconoce el derecho fundamental de toda persona a ser oída por un juez o tribunal, lo que resulta incompatible con el mecanismo del previo pago de un porcentaje de la multa administrativa que precisamente se trata de reclamar, exigencia que obstaculiza, limita, restringe e incluso impide el acceso libre e igualitario a la justicia.

a) la Constitución Política de 1980 es la ley superior, la primera norma del ordenamiento jurídico chileno, que está por sobre las restantes normas jurídicas. La interpretación de las normas procesales deberá hacerse, por consiguiente, conforme a ésta;

b) la Constitución es Derecho aplicable por el Tribunal Constitucional y por todos los Jueces y Tribunales, así como por todas las personas naturales y jurídicas: privadas o públicas, en concreto: por todos;

Dicho lo anterior, y yendo derechamente al problema que nos incumbe, podemos afirmar que los intentos serios por abordar el tema pasan por la labor hermenéutica de develar en que apartado del artículo 19 de la C.CH. se encontraría el derecho de acción.

La primera norma que asoma en el intento corresponde al ordinal 14 que dispone: *“La Constitución asegura a todas las personas: 14°. El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.”*

En el precepto transcrito aflora lo que en se ha venido en conocer como el “derecho de petición”, reconocido en virtualmente todas las constituciones del mundo y entre ellas las americanas³¹. De una somera

³¹ A modo de ejemplo citaremos algunas constituciones que lo consagran:

A) Estados Unidos; Enmienda 1. (El Congreso no hará ley alguna que coarte) para pedir al gobierno la reparación de agravios. B) Argentina; Art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (c) de peticionar a las

lectura podría inferirse que dentro del vocablo “autoridad” podrían quedar englobados los órganos jurisdiccionales del Estado, mas, este derecho de petición es sólo uno de los bienes jurídicos que toda persona posee en cuanto ser naturalmente llamado a comunicarse, a exigir y a participar. Por ello la doctrina internacional identifica desde hace ya mucho tiempo este derecho con la facultad universal e inviolable de dirigirse a las autoridades para requerir -con prontitud- de ellas una decisión.

El derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas impone a los servidores del Estado (incluyendo dentro de ellos a los

autoridades. C) Bolivia; Art. 7. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: h) A formular peticiones individual o colectivamente. C) Brasil. Art. 5: XXXIII - todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado; XXXIV - quedan garantizados a todos, sin necesidad del pago de tasas: a) el derecho de petición ante los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra la ilegalidad o el abuso de poder; b) la obtención de certificaciones en oficinas públicas para la defensa de derechos y el esclarecimiento de situaciones de interés personal. D) Colombia; Art. 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. E) Ecuador Art. 19. Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza: 10) el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo; y, a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley. F) Paraguay Art. 76. Se garantiza a todos los habitantes los derechos de (a) hacer peticiones a las autoridades. G) Perú. Art. 2. Toda persona tiene derecho: 18) A formar peticiones, individual o colectivamente, por escrito, ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también escrita dentro del plazo legal. Transcurrido éste, el interesado, puede proceder como si la petición hubiera sido denegada. Las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales no pueden ejercer el derecho de petición. H) Uruguay Art. 30. Todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República. I) Venezuela Art. 67. Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta.

particulares a quienes se encarga de las prestaciones de servicios públicos) un deber correlativo: el de dar a tales peticiones una pronta solución. Este derecho se concretiza por las solicitudes presentadas ante la autoridad para que ésta -según el caso- de inicio vr.g., a una actuación administrativa, información sobre sus acciones, acceso a documentos oficiales no reservados, solicitud de copias de los mismos, o derechamente para que emitan conceptos acerca de materias a su cargo³². En fin, el Derecho de Petición es un derecho de audiencia que se ejerce en múltiples casos como instrumento de participación ciudadana en el control del ejercicio de la autoridad pública. No es ni más ni menos que el derecho a exigir y hacer rendir cuentas a los gobernantes. Solo podríamos agregar que el mentado derecho constituye un viejo resabio del “antiguo régimen”.³³ Lo expuesto huelga cualquier comentario.

Otro autor³⁴, cree que el derecho en estudio quedaría comprendido, entre otros, dentro del artículo 5 de la carta fundamental, el cual señala: “*La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.*”

³² Cfr., López-Medel Bascones, J., *Comentarios al proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Petición*, Diario La Ley, 8 de marzo de 2001, pp. 1 y ss.

³³ Bordalí Salamanca, Andrés, op. cit. en nota 13, pp. 83.

³⁴ *Ibid.* pp. 82. citando a Fiamma, G, La Acción Constitucional de Nulidad

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Por nuestra parte no compartimos dicha opinión tanto mas cuanto pensamos que correspondería a una interpretación en demasía lata.

Finalmente llegamos al artículo 19 N° 3 inciso 1°, disposición sobre la que han convergido todos los intentos serios sobre el tema. Esta norma dice textualmente "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos". Dentro de ésta, prima facie, su última parte "ejercicio de sus derechos", es la que da pie para inducir la comprensión y análisis del derecho indagado. Efectivamente, en aquélla se asoma la posibilidad de que los derechos individuales se vinculan directamente con la actividad jurisdiccional de los tribunales de justicia. Sin perjuicio de que nos hacemos cargo de la critica que se le hace a la forma gramatical de su redacción, en tanto el derecho que se tendría sería, precisamente, a la "igualdad" ante la ley, en el ejercicio de los derechos fundamentales. Induce a equívoco, además, al dar a entender que sólo el que tenga un derecho puede obtener esa "igualdad" en la correcta aplicación de la ley,

cuestión que, como ya concluimos, es posible determinar solo al momento de dictarse la sentencia que conozca el fondo de la controversia.³⁵

Por lo visto, y no sin esfuerzo, es posible sostener con propiedad que el derecho de acción está presente en el derecho constitucional chileno.

³⁵ *Cfr.*, Bordalí Salamanca, Andrés, *op. cit.* en nota 13, pp. 83 y 84.

CAPITULO SEGUNDO: EL DERECHO DE ACCION Y EL DEBIDO PROCESO.

El derecho de acción y el debido proceso.

El derecho de acción representa desde el punto de vista procesal uno de los aportes más significativos de la constitución de 1980. Como sabemos, está emplazado dentro de los derechos constitucionales, en el artículo 19 número 3, que asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Como es natural, no basta con que la ley establezca derechos si ello no va acompañado de las medidas de protección adecuadas para asegurar que tales derechos se respeten. Pero hay más, cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo.

Es precisamente respecto a esto último cuando adquiere relevancia el derecho a la acción, otorgándole sentido a todo el artículo 19 número 3 de nuestra Carta Fundamental. En efecto, ningún significado tendría la igual protección que el texto constitucional dice asegurar a los derechos en su ejercicio, así como, la protección del derecho a la defensa, el otorgamiento de defensa jurídica a quienes no pueden procurársela por sí

mismo e incluso el derecho al debido proceso, si no se franqueara previamente el derecho de acción. Todos esos contenidos serían semánticos sí se impidiera a las personas accionar o ejercer el derecho de acción en defensa o protección de sus derechos.

Esto nos lleva necesariamente a determinar el ámbito de aplicación del derecho de acción, diferenciándolo del derecho al debido proceso, aún cuando es innegable que ambos se encuentran estrechamente relacionados en su dinámica procesal.

En este punto, es necesario explicitar, que sólo a través de un análisis teórico puede ser posible apreciar las diferencias que radicalmente distingue a ambos conceptos (de manera de hacer más efectivo los derechos e intereses de las personas, evitando de esta forma que se obstruya el libre y expedito acceso a los tribunales de justicia). Esto no quiere decir que la acción y debido proceso sean similares, sino que ante los tribunales de justicia, es decir, en la dinámica de la jurisdicción la acción y el debido proceso, caminan juntos, inseparablemente, lo cual nos puede llevar a confundir erradamente a ambos derechos.

A esto, debe agregarse que en nuestro país el tema del derecho fundamental de acción o derecho a la tutela judicial efectiva (los cuales consideramos como sinónimos, aun cuando este último es utilizado en el derecho comparado, más específicamente en el derecho español), además de su poco clara consagración en el derecho positivo como ya vimos, tiene

un mínimo estudio doctrinario y jurisprudencial en cuanto a esclarecer la naturaleza y el contenido de dicho derecho.

Por tal motivo, recurriremos, para hacer posible nuestra tarea, al derecho comparado, más específicamente al derecho español, el cual consagra con mayor claridad este derecho en su ordenamiento positivo, esto unido al mayor aporte doctrinario de sus autores, sin dejar de desconocer el trabajo del Tribunal Constitucional de dicho país en la materia que nos ocupa, aún cuando es justamente en este punto del análisis cuando este último cae en sus mayores confusiones (como veremos más adelante). Todo esto es absolutamente necesario para poder comprender la situación chilena, ya que debe recordarse que Chile y España pertenecen a la misma tradición jurídica, y explica, por tanto, el porque debemos acudir al derecho comparado.

Conceptos.

Derecho a la acción: Según los civilistas, la acción no es más que el derecho deducido en juicio. Para los procesalistas -como ya se dijo- en cambio, la acción es la facultad que tiene una persona para presentarse ante los tribunales de justicia solicitando el reconocimiento o la declaración del derecho que cree tener. Distingue así, el derecho procesal, entre el derecho sustantivo y adjetivo; en otras palabras, habría que distinguir entre el

derecho cuya protección se reclama y el derecho a reclamar de dicha protección cuando el primero de ellos se afirma amenazado o violado.³⁶

A este respecto, y desde el punto de vista procesal, el profesor José Bernales, en el seno de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Nueva Constitución, señaló que le llamaba la atención que no esté establecido en la Constitución el derecho básico del proceso que es la acción procesal de modo expreso, agregando que la acción procesal es una categoría que ha sido aislada por los tratadistas más modernos.³⁷ Posteriormente, definió al derecho constitucional a la acción como “el poder, más que una facultad, de obligar al tribunal a proveer, o sea el derecho de proveimiento, como algunos lo llaman. Es un poder de los particulares o de un organismo determinado, puede ser el Ministerio Público, y un deber, función pública de los tribunales de proveer”.³⁸

De esta última definición que sirvió de base a la consagración del artículo 19 número 3 de nuestra Constitución se deduce que el derecho de acción contempla dos aspectos: por un lado el poder, la facultad o el derecho de accionar al que tiene derecho toda persona; y por otro, la obligación o el deber de los tribunales de proveer, o sea, la inexcusabilidad.

³⁶ Casarino Viterbo, op. cit. en nota 2, pp. 108 y 109.

³⁷ Bernales, José, actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión número 101.

³⁸ Bernales, José. Ibid.

Afinando un poco más el ámbito de la acción, los constituyentes, y dentro del espíritu del artículo 19 número 3, lo consagran como el derecho que tiene toda persona a recurrir a los tribunales en demanda de protección cuando sus derechos, sea que deriven de la Constitución o de la Ley o de la potestad reglamentaria, hayan sido afectados, por obra de quienquiera, y el deber correlativo del tribunal de proveer otorgando protección cuando por su naturaleza sea susceptible de ser protegido judicialmente.

En esta parte del desarrollo conceptual, debemos decir que basándonos en la acertadísima opinión del profesor Bernal, unido a la importante labor realizada por el Tribunal Constitucional español (en torno al análisis del artículo 24 de su Constitución³⁹) y la doctrina extranjera, entregaremos nuestra visión más analítica del derecho fundamental de acción en el título siguiente (tratamiento doctrinario), para así lograr una mayor coherencia y orden estructural en el tema que nos ocupa.

De todas maneras, dejaremos sentado como premisa que en nuestro concepto, el derecho fundamental de acción se ejercita y termina al poner en movimiento la labor jurisdiccional y al crear en el juez la obligación de dictar una resolución fundada en derecho sobre la petición de inicio del proceso.

³⁹ “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

Es en este momento, aunque brevemente, cuando la acción considerada como un derecho puro a la jurisdicción, esto es, como concepto estrictamente procesal al margen de toda influencia iusmaterialista, debe ser claramente diferenciado del concepto de pretensión, no obstante marchar ambos indisolublemente unidos.

La acción como sinónimo de pretensión, se encuentra con frecuencia en los textos legislativos de siglo XIX, los cuales aún mantienen su vigencia. Así, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión se proyecta sobre la demanda en sentido sustancial.

Nosotros por nuestra parte, consideramos, como ya dijimos, a la acción como un poder jurídico de acudir y poner en movimiento a los órganos jurisdiccionales. En la forma relacionada, la acción es un derecho subjetivo y fundamental, anterior y previo a todo proceso, ejecutable ante el Estado, que hace surgir en el órgano que ejerce jurisdicción la obligación de dictar una resolución en derecho, respecto de los intereses jurídicos invocados por el actor, comprobándose o no por el órgano jurisdiccional la validez del supuesto interés jurídico deducido por este último. La pretensión no es un derecho, por su parte, sino que sólo una declaración de voluntad, no anterior al proceso sino que va de la mano con éste.

La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aún cuando no se ejerza efectivamente.

En todo caso la visión constitucional del derecho fundamental de acción, debe necesariamente unirse con su óptica procesal donde esta adquiere valor, y es aquí donde la acción como derecho a la jurisdicción se concreta en la pretensión. Por eso es que volvemos a repetir que, aunque diferenciadas conceptual y pedagógicamente, en la dinámica procesal de la actividad jurisdiccional ambos conceptos van absolutamente unidos.

Diferenciamos así, la acción como derecho fundamental, del debido proceso, también como derecho fundamental. Este concepto sobre el cual disertó el profesor José Bernal en la sesión 101 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, fue acogido por la comisión, en la parte final del inciso 6 del artículo 19 numeral 3 de nuestra Constitución, en los siguientes términos: “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos⁴⁰”.

Con el objeto de que no pudiera interpretarse que lo debido es lo que está en la ley, se optó por no utilizar la expresión “debido proceso”, sino los vocablos “racional y justo”, entendiéndose que la racionalidad está

⁴⁰ Inciso modificado por la Reforma Procesal Penal.

referida al procedimiento, y lo justo a lo sustantivo. Deberá estarse, pues, a la naturaleza del procedimiento para determinar si se cumple o no con las exigencias -imperativas para el legislador- de establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento.

Como estos conceptos son, ciertamente, muy genéricos y se prestan a confusión, la Comisión de Estudio que elaboró la norma prefirió referirse al “racional y justo procedimiento” en vez de enumerar cuales son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos.

Con todo, acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso: 1) Permitir oportuno conocimiento de la acción; 2) Una adecuada defensa; y, 3) La producción de la prueba que correspondiere.⁴¹

Ahora bien, el debido proceso, según una posición doctrinal,⁴² (a la cual adherimos), importa un derecho humano en sí, por cuanto el derecho positivo (internacional y nacional) lo regula dentro de las enunciaciones en donde se reconocen los derechos inherentes a todo ser humano y su

⁴¹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión número 103.

⁴² Cfr., Quintana Benavides, Augusto. *El Procedimiento Penal ante el Derecho y Jurisprudencia Internacionales*, Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, (1994), pp. 101 y 102.

contenido estaría en función de facultar al ciudadano para exigir la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías judiciales reconocidas en normas supremas, constituyendo uno de los soportes esenciales del derecho a la tutela jurisdiccional dentro de un proceso en curso, alcanzando así su consideración de derecho fundamental.

Respecto de su accionar, el derecho al debido proceso se ejercita en cuanto derecho subjetivo por la actividad de la parte en el proceso e implica la actitud del legislador y de los jueces de no poner trabas indebidas a la actividad procesal del litigante en el proceso en curso; concebido como derecho de prestación, su ejercicio implica necesariamente la actividad del poder judicial en la dirección del proceso en las condiciones requeridas por las normas fundamentales que lo consagran. El desarrollo de la actividad jurisdiccional, tanto en lo que se refiere a la parte procesal, como al Estado que determina el ejercicio del derecho al proceso debido, se encauza a través del proceso, y consecuentemente su regulación debe ser dejada a la ley, como lo manifiesta acertadamente nuestra Constitución en el artículo 19 número 3, dando cumplimiento a lo que en esencia significa este derecho.

A diferencia de otros derechos cívico-políticos, el ejercicio del derecho a las garantías jurisdiccionales exige la intervención del Estado en su satisfacción, que se desarrolla a través del proceso. Se advierte así, su carácter de derecho prestacional, pues es el Estado, precisamente, quien

debe proporcionar, desde sus diversas funciones, las condiciones para realizar el interés que va envuelto en él, esto es obtener por un medio racional una decisión de parte de la autoridad jurisdiccional que satisfaga las necesidades de justicia tanto en su aspecto individual como en su esfera social.

Tratamiento doctrinario: distinciones.

Para poder lograr en definitiva distinguir al derecho a la acción del debido proceso (ambos derechos fundamentales en nuestro concepto), nos remitiremos al derecho comparado, y nuevamente al derecho español. Esto debido a que en el derecho nacional no encontramos un desarrollo del tema en cuestión que nos permita utilizarlo como material de apoyo a nuestra investigación.

Para introducirnos en el desarrollo de este apartado, debemos dejar claramente establecida nuestra postura en torno al derecho que viene siendo objeto de nuestro análisis; así consideramos, que el derecho de acción consiste en el derecho de acceso a los tribunales, o derecho a la jurisdicción, y se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial en derecho sobre las pretensiones deducidas.

Ahora, es importante señalar que siguiendo al profesor español Javier Pérez Royo, opinión que compartimos, al hacer un análisis del artículo 24 de la C.E. (de donde basamos nuestro análisis y posición frente al tema en estudio), se debe dejar claramente establecido que el derecho fundamental a la acción o a la tutela judicial efectiva, no garantiza el acierto de las resoluciones judiciales, ni en la valoración de los hechos ni en la interpretación y aplicación del Derecho vigente. Que los tribunales emitan resoluciones acertadas es la finalidad que orienta a todo el sistema procesal y judicial; pero no se puede garantizar un imposible derecho al acierto del juez.⁴³ Es decir, negativamente analizado el contenido del derecho fundamental de acción no puede consistir en una solución correcta por parte del juez, y agregamos que tampoco puede implicar la obtención de una decisión favorable a las pretensiones deducidas; concluyendo, que el derecho de acción no connota el de obtener una decisión judicial conforme con unas pretensiones hechas valer en el proceso, sino el derecho a que se dicte una resolución en derecho, sobre el fondo, siempre que existan los requisitos procesales para ello, o de lo contrario meramente procesal, dejando sin juzgar sobre el fondo.

Delimitar el ámbito de aplicación del derecho fundamental de acción, y permitir que este sea una realidad y no sólo una declaración de principios,

⁴³ Cfr., Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho Constitucional*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. séptima edición, año 2000, Madrid-Barcelona, España, pp.490.

supone necesariamente dotarlo de cierto contenido. De la misma opinión es el profesor Andrés Bordalí al decir que “*el derecho fundamental de acción no se concretaría en un simple acceso a los tribunales sino que se requiere de un derecho con ciertos contenidos, en el sentido que el acceso a los tribunales puede significar en definitiva una tutela de los intereses jurídicos afirmados por quienes concurren ante ellos*”.⁴⁴

Siguiendo con el curso de la investigación, de acuerdo con lo que señala el autor Joan Picó i Junoy, el Tribunal Constitucional español ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo (de acuerdo a la jurisprudencia derivada del artículo 24 de la Constitución de España), que incluiría los siguientes aspectos o elementos: 1) El derecho de acceso a los tribunales; 2) El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; 3) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y 4) El derecho al recurso legalmente previsto.⁴⁵

Tal como se puede apreciar, las dificultades derivadas del contenido mismo del vocablo de que es menester servirse, unido a la demasiado amplia interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de España, han provocado una grave confusión de ideas en torno al real contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, llevándolo más allá de su verdadero campo de acción, invadiendo el terreno propio del derecho al debido

⁴⁴ Bordalí Salamanca, Andrés. op. cit. en nota 13, pp. ¿?.

⁴⁵ Cfr., Picó i Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. J.M Bosch Editor, Barcelona, España, (1997), pp. 40 y sss .

proceso, y produciendo como resultado que estos se confundan. Aun cuando como señala el profesor Bordalí, ambos conceptos se encuentran absolutamente relacionados, se encuentran de igual forma naturalmente diferenciados.⁴⁶

Es de suma complejidad determinar donde y cómo encontramos las diferencias de ambos derechos, cual es el campo de movimiento de cada uno, y en definitiva donde comienza y termina el uno y otro⁴⁷.

De esta manera, de acuerdo al estudio jurisprudencial realizado por Picó i Junoy del Tribunal Constitucional de España,⁴⁸ podemos notar no sin mayor dificultad que dotar de tan amplio contenido al derecho a la tutela judicial efectiva traería como resultado desbordar el objetivo de este

⁴⁶ Bordalí Salamanca, Andrés. Ibid.

⁴⁷ En este sentido talvez la constitución peruana sea un buen ejemplo de la separación entre ambos conceptos. Pasamos a reproducir los preceptos para que cada uno saque sus propias conclusiones:

Artículo 4 . Tutela Judicial Efectiva.

Toda persona tiene el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses. Es deber del Estado, a través del Poder Judicial, facilitar el acceso a la justicia. Para ello propicia las condiciones de estructura y funcionamiento.

El derecho a la tutela judicial efectiva se concreta a través de una resolución jurisdiccional firme, oportuna y fundada en Derecho.

Artículo 5 . Debido Proceso.

El debido proceso radica en la observancia de las garantías que la Constitución, las leyes de la República y los Tratados de los que el Perú es parte consagran para acceder a un pronunciamiento justo, legal y debidamente motivado.

Toda persona tiene derecho a exigir que las decisiones tomadas por las autoridades jurisdiccionales, de gobierno o administrativas del Poder Judicial deban inspirarse en fines reputados como lícitos o no prohibidos por el ordenamiento jurídico nacional, y a la vez, llevarse a cabo mediante los medios considerados como constitucionalmente adecuados o proporcionales.

⁴⁸ Picó i Junoy. Ibid.

último, y así gran parte de las garantías que se pretenden dar como parte de este derecho mas bien serían objeto del derecho al debido proceso.

Para efectos de comprobar esta última afirmación, nos haremos cargo de aquellas garantías que en nuestra opinión sobrepasan al derecho a la tutela judicial efectiva y entrarían a formar parte del derecho al debido proceso, lo cual trae como natural consecuencia el dejar en claro las diferencias de ambos conceptos, y por tanto, lograr apreciar el verdadero alcance y área de operación del derecho fundamental de acción.

De este modo creemos que el derecho a los recursos legalmente previstos, son mas bien parte del derecho al debido proceso, aún cuando, además del Tribunal Constitucional de España, connotados autores han caído en el error; ejemplo de esto último es la opinión del autor español Javier Pérez Royo quién dice que: *“en todo caso, lo que esta claro es que el derecho a la tutela a la judicial efectiva incluye el derecho a utilizar los recursos que la ley prevea, sean estos los que sean. El legislador es libre para configurar el sistema de recursos, pero, una vez que los ha configurado, el acceso a los mismos es un derecho que se integra en la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución de España, susceptible de ser tutelado por el recurso de amparo”*.⁴⁹ Aún más, posteriormente agrega: *“aunque el Tribunal Constitucional considera que*

⁴⁹ Cfr., Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. M. Pons, Ed. Jurídicas y Sociales S.A, Madrid-Barcelona, España, (2000), pp 492 y 493.

tanto el derecho de acceso a la justicia como el derecho a los recursos integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, no considera que ambos lo integran con igual intensidad".⁵⁰

Nosotros no somos de compartir estas afirmaciones; creemos que el derecho a los recursos forman parte del contenido del derecho al debido proceso, constituyendo una garantía procesal mediante el concreto juego de los intereses procesales, pero ya dentro del proceso mismo, considerando al derecho al debido proceso y por tanto a su contenido (derecho a los recursos) la correspondiente respuesta procesal al interés jurídico afirmado y cuya satisfacción se insta por el actor.

Respecto a la ejecución de la sentencia, como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva es un punto que se explicaría por sí mismo si pensáramos que este derecho exige que el fallo se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Ahora, si bien consideramos que las resoluciones judiciales deben ser cumplidas, lo contrario, sería convertir las decisiones de los tribunales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones; este es un punto que importa concretamente al debido proceso, ello es así por cuanto la ejecución de las resoluciones judiciales es una contestación propiamente procesal ordenada por el tribunal en el ejercicio de sus

⁵⁰ Pérez Royo, Javier. Ibid.

funciones adaptada al interés jurídico pretendido por el actor y para cuya satisfacción ha recurrido al órgano jurisdiccional. De esta manera el derecho fundamental de acción se satisface, con respecto a este punto, en la posibilidad de acceder al tribunal y que este dicte una resolución en derecho; y por tanto, la ejecución de la resolución sería posterior y fuera del alcance del derecho fundamental a la acción.

Como apreciación al margen consideramos conveniente señalar brevemente que al contrario de la opinión de algunos autores hispanos,⁵¹ quienes también consideran a la prohibición de la indefensión, y a la firmeza de la sentencia y a la cosa juzgada como comprendidas dentro del derecho a la tutela judicial efectiva; pensamos, que éstos forman parte del área del debido proceso, esto en general por los mismos argumentos señalados en los párrafos anteriores (respecto al derecho a los recursos y a la ejecución de la sentencia).

Una vez aclaradas estas ideas, creemos, con más fuerza que antes, que el derecho fundamental de acción comprende dos elementos, a saber: 1) Derecho al acceso a la jurisdicción, y 2) Derecho a obtener una resolución en derecho.

Finalmente, y a modo de conclusión, se debe señalar que el derecho fundamental de acción es un derecho de carácter subjetivo anterior a todo

⁵¹ Cfr., Montero Aroca, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional, Parte General*. Edit. Tirant Lo Blanch, novena edición, Valencia, España, (1999), pp. 251 y ss.

proceso, mientras que el derecho al debido proceso es parte integrante del proceso en sí. Podemos afirmar en este sentido, que el derecho de acción termina su función donde comienza a operar el derecho al debido proceso, existiendo en el ámbito de la práctica procesal una suerte de orden cronológico entre ambos de acuerdo a la forma ya indicada.

CAPITULO TERCERO: LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCION.

Habiendo establecido como premisa en el capítulo anterior, que el derecho fundamental de acción comprende dos elementos, esto es, el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a obtener una resolución en derecho; conviene hacer notar, que nuestro trabajo se abocará al estudio del primero de sus contenidos, relegando al segundo, so pena de extendernos innecesariamente.

Cronológicamente hablando, el derecho de acceso a la jurisdicción, es el primero y tal vez el elemento más importante del derecho fundamental que es objeto de nuestro análisis. Es en este punto donde se hace absolutamente necesario dejar claramente establecido, que en virtud del artículo 19 número 3 de nuestra Constitución Política, el acceso a los tribunales es un derecho de configuración legal, de modo que en la medida en que se respeten íntegramente aquellos cauces legales darán los jueces cumplimiento a lo que el derecho fundamental dispone. En doctrina extranjera Joan Picó I Junoy sobre el punto, señala: *“se trata de un derecho prestacional de configuración legal. El derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto el acceso al proceso, no es un derecho de libertad, esto es, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho de prestación, por lo que sólo puede ejercitarse por los cauces*

*que el legislador establece, o dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal. Por ello, no cabe deducirla existencia de un derecho incondicionado y absoluto a la prestación jurisdiccional; de igual modo, este derecho no podrá ejercitarse al margen de los cauces y del procedimiento legalmente establecido”.*⁵²

De otro lado, los derechos y garantías consagrados por la Constitución de 1980 (y por tanto, también el derecho de acción), presentan una serie de características, y entre éstas una de particular importancia para nuestro estudio, es aquella que en opinión de la doctrina constitucional mayoritaria,⁵³ nos dice que estos se encuentran sujetos a limitaciones fundadas en el resguardo de los derechos de terceros o en la defensa de bienes jurídicos de mayor entidad, como la moral, el orden público, las buenas costumbres, la seguridad nacional y la seguridad del Estado; o, en último término, porque su ejercicio pasa por el respeto a las normas legales que los regulen.

De acuerdo a esta última opinión, podemos concluir que el derecho fundamental de acción, y por tanto el derecho de acceso a la jurisdicción, no tiene el carácter de absoluto, admite por el contrario limitaciones: es, así, de configuración legal, solo la ley puede establecer condiciones para su

⁵² Picó I Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. J.M Bosch Editor, Barcelona, (1997), pp 42.

⁵³ Cfr., Verdugo, Pfeffer y Nogueira. *Derecho Constitucional Tomo I y II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1999, pp. 194.

ejercicio; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental pues ha de respetar siempre su contenido esencial (de acuerdo al artículo 19 número 26 de nuestra carta fundamental), nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho en comento, cuyo ejercicio sólo puede regularse por ley. Así, el legislador no dispone de libertad incondicionada para dar contenido a este derecho fundamental. Por una parte, aunque el legislador goce de un amplio margen de libertad en esta materia, tales requisitos, que constituyen una limitación a un derecho fundamental, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifican su existencia.

Sin embargo, a través de un estudio analítico del tema, podemos apreciar que en la situación de la mayoría de los países, existen múltiples trabas de orden económico-cultural, o jurídico-institucional, que impiden o restringen este derecho de acceso a los tribunales.

En este desarrollo de ideas, y antes del análisis propio de cómo, cuando, y en que casos se limita excesivamente el derecho de acción, conviene hacer notar otras situaciones que si bien no son objeto de nuestro estudio pueden en definitiva transformarse en trabas fácticas para el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción. De esta manera queremos poner de relieve, brevemente, dos problemas: la celeridad en la justicia y su accesibilidad económica. El primero de estos dice relación con que el

derecho de acción, para ser efectivo, exige que el transcurso del tiempo que media entre la puesta en marcha de los órganos jurisdiccionales y el pronunciamiento final de los mismos no sea excesivo, para que de este modo, esto no signifique un desincentivo para el actor que lo lleve finalmente a no recurrir a la jurisdicción. Por otro lado, el criterio económico, los costos de la justicia, no deben ser un obstáculo insalvable para acceder a la jurisdicción, o como señala el autor español Gimeno Sendra: *“la onerosidad del proceso es otro grave obstáculo que se opone al ejercicio del derecho de acción en una sociedad que, por ser económicamente desigual, puede convertir en justicia de clase lo que ha de ser acceso efectivo de los ciudadanos a los tribunales”*. Esto es una cuestión que podemos apreciar en países con menor desarrollo y con una desigual distribución de la renta (situación que se da en Chile). Cuestión que debe necesariamente relacionarse con la asistencia jurídica gratuita del artículo 19 número 3 inciso 3° de la Constitución. Por este motivo, el Estado deberá a través de la regulación por ley (esto es por mandato constitucional), facilitar el acceso a los tribunales, asesorando y representando judicialmente a quienes no puedan procurárselo por sí mismos.

La “esencia” de los Derechos Fundamentales.

El problema de la esencia de los derechos fundamentales, y por tanto, cuando éstos pueden verse realmente afectados, implica necesariamente un análisis doctrinario en torno a la pregunta: ¿En qué consiste la esencia de los derechos fundamentales?

El artículo 19 número 26 de la Constitución nos dice: *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*.

Se trata de una garantía de carácter general para evitar que, por vía legislativa, a través de preceptos supuestamente complementarios de la Constitución o mediante la imposición de requisitos o condiciones de ejercicio de cualquier naturaleza o de tributos, se pueda afectar el ejercicio de tales derechos en su esencia.

Ahora, si en la regulación que hace la ley de un derecho fundamental se desliza alguna disposición que en lugar de facilitar su libre ejercicio lo embaraza o enerva de alguna manera, esa disposición ciertamente será inconstitucional por afectar adversamente su desarrollo.

Así, este concepto de la esencia de los derechos fundamentales viene del constitucionalismo alemán, y que recoge nuestra Constitución de 1980. Esta última no precisa que se entienda por esencia del derecho por lo que será de vital importancia la interpretación judicial que se haga de este concepto. No obstante, parece necesario analizar, aún cuando brevemente, el desarrollo doctrinario en torno a este concepto.

En general, podemos señalar que en doctrina encontramos dos grandes posturas frente al tema, la llamada tesis absoluta o material, y, por otro lado, la tesis relativa.

La primera de estas teorías, nos dice que los derechos fundamentales tienen un círculo interno, de carácter estable e inalterable. El círculo interno vendría siendo el contenido esencial del derecho fundamental, el cual se contrapone al círculo exterior o periférico. Es decir, la esencia del derecho debe cubrir aquellos aspectos que le son fundamentales y que constituyen sustancialmente tal derecho, se refiere a aquellos elementos sin los cuales el derecho no existe o degenera en algo diferente, o como dice Enrique Evans en referencia al tema: *“la esencia de una cosa es lo que hace que esa cosa sea eso y no otra distinta”*.⁵⁴

De tal manera, este contenido esencial del derecho fundamental vendría siendo un límite al legislador, el cual no podrá alterar este

⁵⁴ Evans De La Cuadra, Enrique. *Los Derechos Fundamentales Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1999), pp. 409.

contenido mínimo, cuestión entregada con anterioridad por el constituyente.

Con todo esto, se concluye que para esta posición, al señalarle el constituyente al legislador que respete el contenido esencial de un derecho, le está exigiendo que resguarde la parte principal de ese derecho, lo cual implica que nos situemos en un nivel cualitativo antes que cuantitativo. Por otro lado, debe destacarse que en definitiva serán los tribunales quienes estarán llamados a encontrar el contenido esencial de este derecho, que deberá permanecer inalterable tras la limitación.

Una breve lectura de esta tesis nos muestra lo difícil que es fijar criterios claros y absolutos para determinar o encontrar este contenido esencial del derecho, principalmente porque, si bien es cierto que será el tribunal quién deberá determinarlo, esta teoría no entrega ninguna pauta a seguir que pudiera iluminar la labor hermenéutica del juez. Este problema de falta de claridad, se acentúa aún más cuando las privaciones o limitaciones de un derecho no son claramente absolutas sino que tienen un carácter más parcial.

Por su parte, la tesis relativa aborda este tema a través de un método cuantitativo, basado en criterios de racionalidad, y de proporcionalidad o igualdad. Así la racionalidad nos dice que la limitación sea racional o fundada, la proporcionalidad por su parte significa que no sea excesiva esta limitación, mientras que la igualdad implica la falta de discriminación. O

sea, que en contraposición a la anterior teoría, estos principios no suponen ningún contenido material y previo del derecho fundamental, sino sólo constituyen una manera de justificar o fundamentar una decisión y una manera de controlar los posibles excesos de poder del legislador o de la administración sobre los derechos ciudadanos.⁵⁵

Finalmente, siguiendo a la tesis absoluta o material, el contenido esencial de un derecho sería un contenido preestablecido y mínimo, que fijaría un límite para el legislador, y que correspondería en definitiva al juez, a través de una tarea interpretativa el reconocerlo, de esta manera tomaríamos una postura demasiado poco concreta para un tema que tiene excesiva repercusión en los derechos más inherentes a las personas. Por estos motivos, adherimos a la teoría relativa que nos parece mas útil para lograr determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, puesto que nos entrega herramientas más prácticas para la labor hermenéutica del juez; estas herramientas vendrían siendo principios jurídicos que pueden extraerse de la propia Constitución (racionalidad, proporcionalidad, igualdad).

⁵⁵ Cfr., Bordali Salamanca, Andrés. *La Función social como delimitación interna*, en *Revista de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Austral de Chile, Agosto de 1998, pp 161.

Posibles Limitaciones al Derecho de Acción.

Esta amplia consagración del derecho a la acción, como derecho fundamental, y que emana directamente de la Constitución, representa un límite infranqueable para el legislador, pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de nuestra carta fundamental, en cuanto dispone que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y 19 ordinal 26 de la misma, en cuanto no podrá afectarlo en su esencia; este derecho nunca podrá excluirse, por el contrario, el legislador deberá darle cada vez que sea necesario consagración; y en silencio de la regulación legal, la ley tendrá que integrarse con el referido precepto constitucional. Es decir, que como todos los derechos fundamentales, también el derecho de acción (y por tanto, el derecho de acceso a los tribunales) es indisponible para el legislador en su esencia.

Ahora, si bien los derechos fundamentales, como ya vimos, no pueden ser afectados en su esencia, por mandato del constituyente, no es menos cierto que éstos no tienen el carácter de absolutos, existiendo limitaciones o restricciones habituales, cotidianas u ordinarias, inherentes al ejercicio común del derecho, lo cual, obviamente, incluye al derecho fundamental de acción y a su contenido primario, esto es, el derecho de acceso a los tribunales.

Se trata, en consecuencia, de un derecho fundamental, es decir, constitucional, pero de configuración legal. Únicamente puede ejercerse en la forma prevista por la ley, aunque ello no quiere decir que el legislador no tenga límites a la hora de regularlo.

Por otro lado, habiendo dejado claramente establecida nuestra visión sobre el concepto de la esencia de los derechos fundamentales (visión de carácter cuantitativa), podremos apreciar con mayor claridad cuando la intervención del legislador del derecho en estudio constituye una traba o limitación excesiva.

Habiendo analizado, brevemente, los impedimentos más bien fácticos que afectan al derecho de acción (lentitud y onerosidad del proceso), aparece como un necesario indispensable el estudio con más detenimiento de limitaciones que provienen de manos del legislador en ejercicio de sus funciones. Estos impedimentos, trabas o limitaciones de acuerdo a un estudio acabado del tema son:

- los plazos,
- las cauciones o fianzas ,y
- la exigencia obligatoria de trámites o diligencias previas para el acceso a la jurisdicción.

De este modo los requisitos y obstáculos para acceder a la jurisdicción, serán válidos constitucionalmente sí y sólo sí respetando el contenido esencial del derecho fundamental, están enderezados a preservar

otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.⁵⁶ En cualquier caso, la interpretación y aplicación de tales requisitos tiene que hacerse de la forma más favorable a la efectividad de este derecho fundamental.⁵⁷

Plazos.

En cuanto a la exigencia legal de cumplir determinados plazos, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la necesidad de ejercer el derecho de acción dentro de determinados plazos que fije la ley, de manera que no respetando éste el derecho se entiende caducado, representa un legítimo presupuesto procesal que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.⁵⁸ En este sentido, el mismo tribunal señala que el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad es una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde resolver a los jueces y tribunales. No obstante

⁵⁶ Sentencias de Tribunal Constitucional de España 138/ 1987 de 22 de julio, 140/1987 de 23 de julio, 158/1987 de 20 de octubre, 241/1991 de 16 de diciembre, 114/1992 de 14 de septiembre, 140/1995 de 28 de septiembre, 152/1996 de 30 de septiembre, 48/1998 de 2 de marzo y 86 /1998 de 21 de abril.

⁵⁷ Sentencias de Tribunal Constitucional de España 60/1982 de 11 de octubre, 19/1983 de 14 de marzo, 69/1984 de 11 de junio, 126/1984 de 26 de diciembre, 4/1985 de 18 de enero, 29/1985 de 28 de febrero, 79/1985 de 13 de julio, 118/1987 de 8 de julio, 139/1987 de 22 de julio, 148/1988 de 14 de julio, 241/1991 de 16 de diciembre, 31/1992 de 18 de marzo, 87/1992 de 8 de junio, 98/1992 de 22 de junio, 115/1992 de 14 de septiembre, 161/1992 de 26 de octubre 140/ 1995 de 28 de septiembre y 172/1995 de 21 de noviembre.

⁵⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 15/ 19985 de 5 de febrero, 194/1990 de 29 de noviembre, 101/1993 de 22 de marzo, 220/1993 de 30 de junio, 335/1994 de 19 de diciembre, 135 /1996 de 23 de julio y 104/1997 de 2 junio.

esta situación es susceptible de promoverse en amparo cuando en el cómputo que conduce a la inadmisibilidad sea apreciable un error patente, fundamentación irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho de acción.⁵⁹

No obstante lo recién expuesto, es interesante analizar el tema del plazo para interponer el Recurso de Protección existente en nuestro país. La regla general -de cuestionada constitucionalidad- es que hay un límite temporal de quince días para ejercer la acción de protección respecto del momento en que se concreto la acción arbitraria o ilegal que afectó el derecho o desde que ella fue conocida fehacientemente por la persona afectada en sus derechos.

Dicho plazo ha sido establecido como lapso de caducidad, lo que significa que opera de pleno derecho con el transcurso del tiempo señalado, sin que se requiera pronunciamiento al respecto de un tribunal a diferencia de la que ocurre en el caso de la prescripción, la que debe ser declarada por el tribunal respectivo.

El plazo para interponer la pretensión de protección tiene como fundamento, sin lugar a dudas, otorgar seguridad jurídica y firmeza a los actos, cautelando la seguridad de ellos, lo que se concreta en el plazo de

⁵⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 89/1992 de 8 de junio, 201/1992 de 19 de noviembre, 75/1993 de 1 de marzo, 146/1993 de 18 de mayo, 322/1993 de 8 de noviembre, 335/1994 de 19 de diciembre, 135/1996 de 23 de julio, 165/1996 de 28 de octubre y 104/1997 de junio.

caducidad que establece el auto acordado indebidamente, lo que no se justifica en materia de derechos fundamentales.

De tal manera el artículo 20 de nuestra Constitución, es el precepto que regula de manera general dicha proceso constitucional. Pero el plazo fatal de 15 días, plazo brevísimo y perentorio, se encuentra establecido por el auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, vulnerando en nuestro concepto el artículo 19 número 26 de nuestra carta fundamental. Efectivamente, por la vía de un precepto complementario, que carece de rango legal, se está imponiendo un requisito de procedencia: el plazo fatal de 15 días; término cual impide con posterioridad a su transcurso, el libre ejercicio de la acción, no obstante la subsistencia de ilícitos atentatorios de los derechos y garantías que ella esta destinada a resguardar. En este punto resulta interesante la opinión del profesor Humberto Nogueira Alcalá quién expresamente señala: “ *Consideramos que bajo el imperio de la Constitución de 1980, el derecho a la acción jurisdiccional establecida en el artículo 20 de la Constitución en el ámbito de la acción de protección, no puede ser regulado por una norma de carácter instrumental, ya que la Carta Fundamental exige el respeto al principio de reserva legal en la regulación de los derechos y garantías constitucionales, como también lo exige la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo contrario a la Constitución el Auto Acordado en su artículo 1° que se refiere a este*

plazo de quince días corridos y fatales. El grave problema de nuestro sistema jurídico es que no existe control de constitucionalidad preventivo ni represivo sobre Autos Acordados de los Tribunales superiores de justicia, por tanto, no hay instancia jurisdiccional ante la cual recurrir por dicha norma inconstitucional, y el legislador habilitado en la materia para regularla mediante ley aún no lo ha hecho para superar dicho vicio⁶⁰”.

A lo anterior, la imposibilidad técnica de revisión del Auto Acordado que regula la Acción de Protección, se une lo efímero del plazo para ejercer esta acción, lo que podría hacer resultar ilusorio el ejercicio de esta acción constitucional, en efecto si el afectado no ejerce este derecho dentro del plazo establecido en el Auto Acordado no se podría obtener la protección de derechos fundamentales. Esto ultimo tiene vital importancia ya que las acciones constitucionales como la de protección tienen hoy en día, ya que constituyen el medio mas efectivo para obtener el respeto de tales derechos, elevados precisamente por su trascendencia a esa categoría y reconocidos como tales en las constituciones y/o tratados internacionales. Sobre este ultimo aspecto conveniente apreciar la opinión del profesor Alex Carocca Pérez quién sobre este punto se refiere de la siguiente forma: “ *En una de las decisiones que más criticas han merecido, el actual Auto Acordado sobre regulación de la protección, establece que debe imponerse dentro del plazo fatal de quince días corridos desde la*

⁶⁰ Nogueira Alcalq, Humberto. CIEDLA, “ *La Protección Constitucional del Ciudadano Konrad –*

ejecución del acto o la concurrencia de la omisión o, según la naturaleza de estos, desde que se hayan tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos.

La doctrina ha tratado concurrentemente el tema del plazo. Manteniendo diversas posturas, aunque la mayoría estima que el contemplado en el Auto Acordado es demasiado breve y que no se hace cargo del grave problema de que si no se intenta dentro de él, el afectado ya no puede obtener la protección jurisdiccional de un derecho fundamental⁶¹”.

Resulta fundamental en este punto dejar claramente establecido que el establecer plazos para el ejercicio de una acción no constituye una limitación ni mucho menos un atentado contra este derecho fundamental, al respecto adherimos a la opinión del profesor Andrés Bordalí Salamanca, quién señala en lo que atañe al plazo para interponer la acción de protección :“ *...la fijación legal de un plazo para ejercer este derecho fundamenta (con la presentación de la demanda) representa un legitimo supuesto procesa que no lesiona al derecho a la tutela judicial en su esencia. Sin embargo, considero que el plazo de 15 días fijado por el Auto Acordado es breve, por lo que debiera ampliarse*

Adenauer Stiftung, Argentina 1999, pp. 88, y 89.. 88, y 89.

Por todo esto, es necesario, sea en el plano constitucional o legal, regular el plazo de caducidad para interponer el recurso de protección, el que debe ampliarse mas allá de los quince días corridos establecidos por el auto acordado de la Corte Suprema, o al igual que en la acción de Hábeas Corpus, no establecer un plazo, pudiendo ejercerse el recurso en cualquier momento en que la acción u omisión arbitraria o ilegal se encuentre afectando el ejercicio de una o varios derechos esenciales de la persona.

Cauciones o Fianzas.

Otra limitación que podría encontrarse al derecho de acción, y que en consecuencia impediría a las personas el acceso a la jurisdicción, es la imposición obligatoria de cauciones o fianzas para dar inicio al proceso⁶².

Apoyándonos en doctrina comparada, más específicamente en la doctrina constitucional española, en términos generales, el requisito de la fianza no vulnera el derecho a la acción, en tanto no resulte prohibitiva o particularmente gravosa.⁶³ Por ello, la exigencia de una fianza para el ejercicio de una acción determinada, no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho que ha venido siendo objeto de nuestro

⁶¹ Carocca Pérez, Alex. CIEDLA, “*Bases para fijar nuevos procedimientos para tramitar las acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales*” Konrad – Adenauer Stiftung, Argentina 1999, pp. 209.

⁶² Esta institución se conoce en doctrina como *solve et repete*.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 202/1987 de 17 de diciembre.

estudio, siempre y cuando, su cuantía, con relación a los medios de quienes pretendan ejercitarla, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio.⁶⁴

En nuestra doctrina el tema nuevamente ha sido prácticamente obviado por los autores, quizás la única excepción la encontramos en una opinión de Eduardo Soto Kloss quién señala que no se ve motivo alguno que pueda ser considerado como razonable o necesario para un acceso a los tribunales, la imposición de causales o fianzas que limitan tal acceso. Y aún cuando el monto de la caución o fianza pueda ser proporcionada a la capacidad económica de quienes pretendan acceder al órgano jurisdiccional, dicha exigencia puede significar una traba o una limitación al libre y fácil acceso a los tribunales que el Estado chileno, por expreso mandato constitucional, tiene que proveer y garantizar a todas las personas en términos de igualdad.⁶⁵

Por nuestra parte, adherimos a la opinión del profesor Andrés Bordalí, quien señala que el rechazo de cauciones o fianzas no puede ser considerado en todas las ocasiones como una traba infranqueable al derecho de acceso a la jurisdicción.⁶⁶

En apoyo de esta última opinión, puede presentarse como ejemplo el requerimiento de un tribunal en orden a exigir en un juicio de

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 62/1983 de 11 de julio, 108/1983 de 29 de noviembre y 147/1985 de 29 de octubre.

⁶⁵ Soto Kloss, Eduardo. Actuando como abogado integrante del Tribunal Constitucional, en fallo que se pronuncio sobre la constitucionalidad de la Ley General de Bases del Medio Ambiente.

⁶⁶ Bordalí Salamanca, op. cit. en nota 13, pp. 97.

arrendamiento la previa consignación de las rentas vencidas por parte del arrendatario actor; todo esto para evitar cualquier perjuicio que se le podría provocar al arrendador demandado⁶⁷.

Finalmente, debemos señalar -a pena de parecer majaderos- que esto de pagos, cauciones y fianzas, debieran tener siempre el carácter de excepción, y sólo para la protección de intereses mayores o para evitar cualquier tipo de perjuicio.

Trámites o diligencias previas.

El último de los posibles obstáculos del derecho de acceso a la jurisdicción que analizaremos es la exigencia de diligencias o trámites antes de poder solicitar la opinión de algún tribunal, hablamos principalmente de trámites carácter administrativo.

Ahora, si bien el particular que desea la oportuna intervención del tribunal para que resuelva algún conflicto jurídico, acude voluntariamente a un órgano de cualquier naturaleza como medida previa al acceso a la jurisdicción, nos encontramos ante otra situación que en ningún caso embaraza de manera alguna el derecho de acción.

⁶⁷ *Ibid.*

El punto que ahora abordamos se refiere a la situación de que la ley exija imperativamente como requisito de acceso a los tribunales acudir o depender de controles administrativos o de otros poderes. No obstante lo recién expuesto, no parece inadmisibles el hecho de que la ley por razones objetivas pueda establecer diligencias previas de carácter conciliatorio para evitar de esta forma un proceso; ejemplo de esto último podría ser una transacción que signifique una solución extraprocésal al conflicto, ya que en este caso, más que una traba, estaríamos frente a un aplazamiento de la intervención de los órganos jurisdiccionales. Empero, se debe dejar claramente establecido que nunca un requisito previo puede significar una traba insuperable para el particular que desea la intervención de la justicia.

En nuestra legislación encontramos casos en que la exigencia de trámites previos puede significar, en nuestro concepto, un grave atentado al derecho de acción. Sólo a modo ejemplar, podemos citar aquel procedimiento administrativo para la investigación de atentados a la libre competencia, en el cual los pronunciamientos (dictámenes) de las Comisiones Preventivas Regionales y la Comisión Preventiva Central, sólo pueden ser recurridos ante la Comisión Resolutiva, y solamente después de que este órgano haya emitido alguna resolución, se podrá acudir a los tribunales ordinarios de justicia. Otro caso que en nuestra opinión estaría vulnerando el derecho de acceso a los tribunales lo encontramos en el procedimiento administrativo para aplicar sanciones por infracciones a las

obligaciones tributarias. En efecto, cuando el acto administrativo determina la existencia de un crédito fiscal contra el contribuyente, el reclamo de éste hace devenir el acto de fiscalización en un procedimiento contencioso, en el cual, el Director General del Servicio, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conoce en primera instancia del asunto en cuestión, impidiendo, por tanto, recurrir al particular directamente a la tutela de los tribunales ordinarios de justicia.

Para concluir debemos señalar que labor de la ley en esta materia es complementar y regular la norma constitucional, y nunca debe significar un entorpecimiento a lo que nuestra constitución desea como finalidad en todos sus preceptos.

CAPITULO CUARTO: CONCLUSIONES GENERALES.

Las conclusiones que podemos extraer de la exposición anterior, se coligen, primordialmente, de un tema recurrente en el decurso de la investigación: el evidente atraso que existe en Chile sobre la materia. Es en pos de tal deuda, de donde debe surgir la conclusión más importante, la que se traduce, ni más ni menos, en la imperiosa necesidad de legislar. En efecto, las constantes necesidades y exigencias de la sociedad chilena requieren avances permanentes en la reforma del Estado. En este sentido, creemos que debe cederse para la realización de las reformas constitucionales que sean precisas para ello, con la finalidad de hacer efectivo, en este caso particular, la protección del derecho fundamental de acción. Se lograría incuestionablemente consolidar la democracia y perfeccionar los instrumentos de la toma de decisiones gubernamentales. Es claro entonces, que no puede quedar el derecho fundamental de acción como una mera declaración semántica.

En vista de lo anterior propugnamos, en este orden de importancia, las siguientes conclusiones:

1. Sin perjuicio que desde nuestro parecer el derecho de acción se encuentra recogido en nuestra carta fundamental, menester es reconocer que ello se deriva de una ardua la labor hermenéutica, por ende, sería

decididamente beneficioso el expreso reconocimiento por parte de nuestro constituyente como un derecho fundamental único e independiente dejándolo, eso si, nítidamente diferenciado del derecho al debido proceso.

Desde esta óptica, resulta inconcuso que debería ser incluido dentro de las garantías tuteladas en el Recurso de Protección (art. 20 C.CH.) para de esta manera darle una real efectividad práctica.

2. Partiendo de la premisa que el catálogo de los derechos fundamentales sólo puede ser regulado y complementado por normas jurídicas con rango legal, fuerza es colegir, al amparo del principio de la supremacía constitucional, que cualquier desarrollo por ley no puede de modo alguno afectar la esencia de los derechos consagrados (19 N° 26 C.CH.). De lo que se desprende que cualquier medida legislativa que guarde relación con el derecho fundamental de acción debe tener por objeto una colaboración que busque la facilitación y perfección en el ejercicio de ese derecho, y no una limitación excesiva del mismo.

De cualquier manera, y siempre en mira de conseguir el objetivo primario del derecho de acción, cual es el libre acceso a los tribunales de justicia, todo requisito, aún cuando pueda parecer justificado, debe significar un régimen excepcional. Este derecho nunca puede excluirse.

3. El libre acceso a la jurisdicción debe trascender la esfera constitucional y legal para arraigarse en el espíritu del juez. Éste deberá hacer una labor intelectual que derive en la búsqueda de la interpretación más favorable a la efectividad del derecho de acceso a los tribunales, restringiendo así el excesivo ritualismo que inunda nuestro derecho procedimental, abriendo paso a la posibilidad de permitir la subsanación de los defectos procesales que encuentre.

4. Por su decisiva importancia no podemos dejar de estimar que debe examinarse la cuestión atinente al plazo para impetrar la acción de protección (a nuestro juicio claramente limitante al ejercicio de la acción). Al efecto, y sin que obste a la posibilidad de otras soluciones, podemos mencionar tres criterios eventualmente aplicables, a saber:

a) La eliminación del plazo de caducidad para accionar jurisdiccionalmente mientras el derecho se encuentre afectado. La tutela constitucional debería ser imperecedera mientras el derecho se encuentre conculcado.

b) Regular, sea en el plano constitucional o legal, el plazo de caducidad para interponer el recurso de protección, ampliándose de todos modos el término de los 15 días que establece el auto acordado de la Excma. Corte Suprema de 1992.

c) Establecer derechamente un plazo de prescripción extintiva del Recurso de Protección y no de caducidad. De esta forma, y previa alegación por

parte del recurrido, el tribunal podría entrar a conocer la situación fáctica que impelió al recurrente a solicitar su intervención en cierto plazo y no en otro.

BIBLIOGRAFÍA.

- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRES. “El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el derecho en el orden constitucional chileno”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVII, N° 3, Año 2000.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRES. “La función social como delimitación interna”, en Revista de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Agosto de 1998.
- COUTURE, EDUARDO J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”.Ediciones Depalma, Buenos Aires 1990.
- BUJOSA VADELL, L y RODRÍGUEZ GARCIA, N, en Revista “La Ley”, N° 4765, España, año 1990.
- PICO I JUNOY, JOAN. “Las garantías constitucionales del procesa”. J. M. Bosch Editor, Barcelona, año 1997.
- GIMENO SENDRA, JOSE VICENTE. “Fundamentos del Derecho Procesal”. Editorial Civitas S.A., Madrid, año 1981.
- PEREZ ROYO, JAVIER. “Curso de Derecho Constitucional”. M. Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid – Barcelona, año 2000.

- GARCIA DE ENTERRIA y OTROS. “Jurisdicción administrativa y revisora y tutela judicial efectiva”. Editorial Civitas S.A., Madrid, año 1998.
- MONTERO AROCA, JUAN y OTROS. “Derecho jurisdiccional”, Tomo I, Parte general. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, año 1999.
- ALMAGRO NOSETE, JOSE. “Consideraciones de derecho procesal”. Librería Bosh, Primera Edición, año 1998.
- CENTRO INTERDISCIPLINARIO DE ESTUDIOS SOBRE EL DESARROLLO LATINOAMERICANOS. “La protección Constitucional del Ciudadano”. Editorial Komad-Adenauer Stiffung, Argentina, año 1999.
- PAILLAS ENRIQUE. “El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990.
- STHOEREL MAES, CARLOS. “De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento” Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, año 1995.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. “Los Derechos Fundamentales”. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1999.

- NUÑEZ VASQUEZ, CRISTOBAL. “Tratado de los Recursos Jurisdiccionales y de los recursos Administrativos. Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1994.
- QUINTANA BENAVIDES, AUGUSTO. “El Procedimiento Penal ante el Derecho y Jurisprudencia Internacionales, Proceso Penal y Derechos Fundamentales”. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago 1994.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRES. “Temas de Derecho Procesal Constitucional”. Universidad Austral de Chile, Editorial Fallos del Mes, Santiago, año 2003.