

LA LENTA AGONIA DEL RECURSO DE PROTECCION

Fernando Saenger Gianoni ()*

1. LA PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

La evolución histórica de los derechos humanos, está presente en toda la historia de la humanidad. Las expresiones *Derechos de la personalidad, derechos individuales, derechos innatos, derechos personales, derechos naturales, derechos del hombre y del ciudadano* son acepciones relativamente parecidas que indican una idea fundamental que denota el carácter inherente a la naturaleza humana. Se adquieren por el hecho del nacimiento o de la concepción y el Estado solamente los reconoce y se compromete a garantizarlos.

La expresión *derechos humanos* ha comenzado a circular con gran fuerza en el mundo del siglo XX, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, consagrándose en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre por las Naciones Unidas.

Hoy existe la clasificación que distingue entre derechos de Primera Generación, que corresponderían a aquellos proclamados por la Independencia de los Estados Unidos y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, en 1789. Serían ejemplos típicos el derecho de propiedad, la libertad individual, el derecho de reunión, la libertad de expresión, etc.

La 1ª Guerra Mundial consagra los derechos de la segunda generación. Entre estos podemos mencionar los derechos económicos, sociales y culturales, tales como el trabajo, vivienda, salud, educación, etc.

Y finalmente existen los derechos de la Tercera Generación que corresponderían a los de naturaleza ecológica o medioambiental, del espacio y el ciberespacio.

La mayoría de las Constituciones del mundo, y en especial aquellas que se han dictado en el siglo XX, contienen en su articulado un gran catálogo de garantías del hombre, abarcando todo tipo de ellos. Pero este trabajo se encamina a examinar los instrumentos,

medios y controles que los distintos ordenamientos jurídicos pueden establecer para que efectivamente estos derechos tengan una vigencia real, se observen tanto por gobernantes como gobernados y tengan una viva existencia, especialmente a partir de la realidad que nos ha tocado vivir desde la consagración del recurso de protección y el estado actual de la institución frente a la jurisdicción conservadora. Porque como lo han observado innumerables tratadistas, tales como Bidart Campos, José Castan, Tobeñas, Linares Quintana, no es posible contemplar declaraciones líricas y teóricas sin una efectiva protección para todos los derechos de las personas.

2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1925 Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El 18 de septiembre de 1925 el señor Presidente de la República, don Arturo Alessandri Palma, promulga la Constitución de 1925. Su capítulo III consagra las Garantías Constitucionales. Artículos 10 al 23. El Artículo 10 contenía los aspectos más fundamentales de los derechos humanos. además se promulgan varias garantías de la Segunda Generación, como producto de las insinuaciones y sugerencias del señor Alessandri, en especial sobre función social de la propiedad, impuestos y otros.

La Constitución Política experimenta numerosas modificaciones desde el año 1943 a 1971, como las introducidas por el denominado "*Pacto de Garantías Constitucionales*" celebrado entre distintos grupos políticos al momento de asumir Salvador Allende. Quien diera lectura a esa Constitución podía pensar que nos encontrábamos en la vigencia plena de un Estado de Derecho perfeccionado y evolucionado. Sin embargo, la realidad, la historia y los hechos fueron completamente distintos.

La generación de abogados que nacimos, estudiamos, nos titulamos y ejercimos con la vigencia de esa Constitución, comprobamos que ella no tuvo una vigencia "*viva*", sino se trató de una Constitución "*nominal*", en la expresión de Loewenstein. Innumerables derechos consagrados por ella quedaban solo en el tintero ante la imposibilidad práctica de hacerlos efectivos. Y los acontecimientos históricos posteriores nos dan la razón.

La supremacía constitucional, proclamada en el mundo del derecho público ya tantos siglos con ante-

(*) Fernando Saenger Gianoni. Abogado de la Universidad de Concepción, desde 1963. Profesor de Derecho Político y Constitucional de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, desde 1975. Profesor de Derecho Político y Constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, desde 1992. Abogado Integrante de la I. Corte de Apelaciones de Concepción en los períodos 1978-1981-1989. Miembro Fundador del Estudio Jurídico Fernando Saenger Gianoni.

rioridad al siglo XX, se transformó en un axioma inútil en el concierto chileno.

Pero se debe reconocer que el constituyente de 1925 y todas las reformas posteriores no contemplaron ni consideraron la redacción y promulgación de instrumentos de rango constitucional suficientemente eficaces para la preservación, resguardo, tutela y garantía de todos los derechos humanos, de manera que asistimos a la creación de una gran "laguna constitucional", en cuyas aguas se hundieron imperceptiblemente muchos principios del régimen democrático constitucional.

No podemos negar la existencia del recurso de amparo establecido en el artículo 16 de esa Constitución. Pero tal como quedó establecida en la histórica jurisprudencia, no tuvo otro objeto más que resguardar la libertad personal, en casos muy específicos y concretos, constreñido a determinadas figuras de infracciones, que comparados con el actual Recurso de Amparo preventivo y represivo dan la idea de estar en presencia de dos instituciones absolutamente distintas.

Tampoco existió en la Constitución de 1925 la denominada vinculación directa de la Constitución que hoy está expresamente consagrada en el artículo 6° de la C.P. 80. Así las cosas, aquella "laguna constitucional" del sistema anterior fue la de un verdadero "abismo constitucional".

En la segunda parte del Gobierno de Frei Montalva comienzan a producirse síntomas de graves, sistemáticas y reiteradas violaciones a los derechos individuales. Así, por ejemplo, comienzan las tomas de industrias y predios agrícolas, violaciones al derecho a la vida y la integridad física y psíquica, etc.

Con el advenimiento del Gobierno de Salvador Allende, la situación ya fue dramáticamente caótica como lo demuestran los múltiples sucesos que culminaron el 11 de septiembre de 1973. Miles de campos tomados, muchas personas que murieron en defensa de su vida y libertad personal, violación de los derechos de libertad de informar y de prensa, tomas masivas de cientos de empresas, etc.

La Constitución de 1925 regía como si fuera un "paraguas insensible" a las inclemencias del tiempo; el derecho tradicional se hacía completamente insuficiente con las acciones y recursos que heredamos del derecho romano.

Si se tomaban una fábrica, un campo u otro bien de similares características, era lógico interponer un interdicto posesorio para conservar o recuperar el respectivo bien raíz, lo que requería de un engorroso sistema de notificación establecido en el Código de Procedimiento Civil, sin contar con que las acciones penales por usurpación u otros delitos eran lentas e ineficaces. En definitiva, la Constitución pasó a ser letra muerta, o una declaración poética, sin ninguna vigencia efectiva.

No son pocos los historiadores y comentaristas que estiman que esta ausencia de verdaderas garantías a todos los derechos humanos fue lo que permitió la violación sistemática del sistema constitucional y la

culminación en el hundimiento total con el pronunciamiento militar.

Y en este contexto histórico intervienen los profesores señores Jaime Navarrete (Q.E.P.D.) y Eduardo Soto Kloss que, alarmados y desesperados ante las sistemáticas violaciones de los derechos individuales, prepararon un borrador de ideas que fue entregado al diputado Sergio Diez Urzúa, en 1972.

La reforma tenía como filosofía inspiradora el establecimiento de una nueva acción para reformar el Artículo 11 de la Constitución de 1925, agregando el siguiente inciso:

"Quien por procedimientos, actos u omisiones arbitrarios o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quienquiera, sea perturbado o privado del legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, trabajo o derechos garantizados por la Constitución y las leyes, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las provisiones que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de las acciones que ejerciten ante los Tribunales correspondientes. La Corte Suprema acordará lo necesario para la rapidez y eficacia de este procedimiento y del señalado en el artículo 16, los que estarán exento de todo tributo".

Además, para dar adecuada correspondencia y armonía al articulado del Texto Fundamental, buscando la eficacia de la nueva institución, se modificó el Art. 87 en los siguientes términos:

"El que entorpezca el procedimiento, resista o no cumpla una resolución de un tribunal de justicia será detenido por orden de la misma autoridad judicial, la que después de oírlo, podrá disciplinariamente imponerle arresto hasta por dos meses, atendida la gravedad del hecho, lo que determinará prudencialmente el tribunal".

Lamentablemente, dadas las circunstancias que se vivían, fue imposible lograr alguna reforma a la Constitución. El asunto ni siquiera fue discutido.

3. EL CAMBIO DE GOBIERNO EN 1973 Y EL ESTUDIO DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Como habría dicho Carl Schmitt, el 11 de septiembre de 1973 se produjo la "destrucción" de la Constitución de 1925. Y una de las primeras labores que enfrentó el nuevo Gobierno que asumió el mando, fue abordar la dictación de una nueva C.P. Para lo anterior, y mediante D.S., se designó la Comisión de Estudios que presidió el profesor señor Enrique Ortúzar Escobar. En sesiones número 214, 215 y 216, celebradas en mayo de 1976, se preocupó del estudio de "La Ampliación del Recurso de Amparo". Es interesante destacar que la Comisión acordó tomar como base de discusión el proyecto elaborado en 1972 por los profesores Navarrete y Soto Kloss, que fuera sometido a

la consideración del Senado, sin éxito final en 1973, por los senadores Jarpa y Diez.

Creo indispensable para la inteligencia y comprensión de este trabajo transcribir las opiniones de algunos comisionados en la tramitación y estudio de lo que iba a ser el Recurso de Protección. En la discusión del proyecto intervinieron nuestros conocidos juristas señores Silva Bascañán, Ortúzar, Evans, Guzmán, entre otros.

Tal como lo dijo el Código Civil de don Andrés Bello hace siglo y medio, *la historia fidedigna del establecimiento de la ley* es un importante método de interpretación. Así que con estas transcripciones, veremos el genuino sentido de la institución cautelar y servirán para concluir si conservan o no la historia fidedigna las reformas que al procedimiento en su interposición y otros aspectos se han introducido.

Recordemos las palabras pronunciadas por don Enrique Ortúzar, en la sesión 214 de 25 de mayo de 1976:

"En seguida le parece conveniente que la disposición sea amplia y no solo comprenda los actos u omisiones arbitrarios de la autoridad política o administrativa, sino que quienquiera, como expresa el proyecto".

O estas otras, dichas por don Gustavo Lorca Rojas en la misma oportunidad:

"...es absolutamente necesario que se otorgue la verdadera garantía que precisa todo este cúmulo de derechos y de libertades que se otorgan a los ciudadanos. Si no se entrega un instrumento útil, práctico y ágil, en el fondo no se está dando más que una ilusión, una teoría, y esa fue la idea que tuvieron presente los redactores de la disposición que se ha citado como antecedente de este precepto sobre recurso de amparo".

Don Enrique Evans agregó la siguiente opinión:

"Cree en la necesidad de una ampliación del recurso de amparo, pero como un recurso diferente de este que llamaría 'recurso de protección'. No cree en la generalización del Recurso de Amparo, o sea, que este nuevo "recurso de protección" sea general para todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución o en las leyes que aparezcan conculcados. No piensa que debe existir un recurso de amparo tal como está consagrado, pero ampliándolo un poco respecto de la libertad personal".

"Explica que concibe un recurso de protección similar al de amparo respecto de otras determinadas garantías constitucionales, de libertades y derechos que están en la Carta Fundamental que permita la solución rápida, eficaz de un atropello que se está produciendo y que afecte el ejercicio de una de esas libertades, garantías y derechos constitucionales".

"Lo que se está estableciendo ahora es un recurso de protección especial, de acción y de resolución inmediata en caso de conculcación de ciertas garantías, distinto de la otra acción corriente de quien se crea afectado en el disfrute legítimo de otros derechos".

El señor Ortúzar en la misma sesión, agregó la siguiente fundamentación:

"En seguida, parece que también hubiera consenso en el sentido de que este recurso de amparo puede ejercer respecto de cualquier acto u omisión arbitrario o ilegal, sea de la autoridad política o administrativa o de quienquiera".

Debemos recordar también las consideraciones emitidas en el Informe de la Comisión de Estudios de la Constitución del 80, que reproduce fielmente el espíritu, sentido y alcance de la nueva institución que velaría por la tutela de los derechos individuales:

"El Recurso de Protección es un medio pronto y eficaz de prestar inmediato amparo al afectado cada vez que una garantía de libertad o un derecho básico, de los que dan lugar al recurso, esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares."

La decisión del recurso deja intactos los derechos y acciones que puedan corresponder al particular o a la autoridad y que el ordenamiento jurídico general o especial contempla."

Hemos querido señalar este solo caso para demostrar la trascendencia de este recurso y cómo él no importa sustituir los procedimientos ordinarios que puedan ejercerse ante los Tribunales de justicia o ante los llamados a conocer de lo contencioso administrativo".

Conclusiones particulares:

- a) Como se ha dejado constancia, el sentido histórico y filosófico del establecimiento del Recurso de Protección fue el crear un procedimiento rápido, inmediato, inquisitivo, eficaz, amplio, casi sin limitaciones para precaver y resguardar la gran mayoría de derechos humanos.
- b) Se pensó en establecer una fórmula que no estuviera revestida de formalismos, rigurosidades procesales y otras limitaciones de tipo formal.
- c) Su carácter innovador en el Derecho Público.
- d) Se establecería sin perjuicio de otros procedimientos legales.
- e) Vinculación directa de la C.P. con el resto del ordenamiento jurídico.

4. EL ACTA CONSTITUCIONAL N° 3 DE 1976

Como fruto del constante y acucioso trabajo de la Comisión de Estudios, el Acta Constitucional N° 3 fue promulgada mediante D.L. 1.552 del 13 de septiembre de 1976, "De los Derechos y los Deberes Constitucionales". Consagra en su capítulo II relativo a los Recursos Procesales el nuevo recurso de protección. El Considerando N° 10 fue de una claridad meridiana al señalar:

“Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, estos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección. Uno de los más trascendentales lo constituye la creación de un nuevo recurso de protección de los derechos humanos en general, con lo cual el resguardo jurídico no queda solo limitado al derecho a la libertad personal y al recurso de amparo, sino que se extiende a aquellos derechos cuya naturaleza lo permita”.

El artículo 2° consagra este nuevo y poderoso instrumento en los siguientes términos:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en el artículo 1, N° 1, 3, inciso cuarto, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, inciso primero; 16, 17, 19, inciso final, 20, inciso séptimo, 22, inciso primero, y en la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los Tribunales correspondientes. La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso”.

Por tal motivo fue necesario dictar la normativa complementaria que estableciera la forma procesal de promover el procedimiento, texto que con el tiempo fue sufriendo variados cambios, a los que aludiremos más adelante.

5. EL AUTO ACORDADO DE LA CORTE SUPREMA

Bajo la presidencia del señor José María Eyzaguirre, el más alto Tribunal de la República dictó el Auto Acordado del 29 de marzo de 1977. Sin ánimo de hacer un estudio de lo adjetivo, materia ajena a este trabajo, no deja de ser importante repasar al menos los principios que se establecieron, tan importantes como el siguiente, que contempló en consecuencia la más amplia posibilidad para su interposición:

“El recurso podrá interponerse por el afectado o por cualquier otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, en papel simple y aun por telégrafo”.

En materia de admisibilidad no se contempló ninguna norma específica, sino que la materia se desprende del siguiente párrafo:

“Interpuesto el recurso, el Tribunal pedirá informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, a la persona, personas o funcionarios que según el recurrente o en concepto de la Corte de Apelaciones son los causantes del acto u omisión arbitraria o de la privación, perturbación o amenaza, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe solicitado”.

Siendo el principio de la doble instancia uno de los más importantes del debido proceso, como expresión de un Estado de Derecho, el Auto Acordado señaló expresamente lo que sigue:

“La sentencia que pronuncie será notificada personalmente o por el Estado a la persona que hubiere deducido el recurso y será apelable ante la Corte Suprema, apelación que podrá interponerse en el acto de la notificación o dentro de las 24 horas siguientes”.

6. LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El 11 de septiembre de 1980 tiene lugar el plebiscito aprobatorio de esta Constitución. Seis meses después comienza la vigencia de ella. El recurso de protección se mantuvo con similar redacción al Acta Constitucional N° 3, en el Artículo 20 de la Carta Fundamental con el siguiente texto:

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

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

Siguió vigente el Auto Acordado de 1977 para todos los efectos legales. Durante la década de los 80 el Recurso tomó un auge y una fuerza impresionante. Todas las Cortes del país incrementaron sus ingresos casi en progresión geométrica, y ello por las siguientes razones fundamentales:

- a) La novedad histórica y extraordinaria que significaba el establecimiento de esta tutela.
- b) La simplicidad, facilidad y velocidad de su tramitación.
- c) El valor mínimo en materia de costas y honorarios.
- d) La calidad de inquisitivo de su procedimiento.
- e) El numeroso conjunto de derechos, directamente protegidos por la acción.
- f) La manera sencilla e inmediata de resolver los problemas jurídicos.

- g) El amparo a derechos que antes fueron meras declaraciones teóricas, como la libertad de enseñanza, la libre elección de la salud y otros.
- h) La posibilidad de llegar hasta la Corte Suprema sin necesidad de formalismos que entraben el último pronunciamiento de doble instancia.
- i) La ausencia de limitaciones inútiles para la interposición, tramitación y vista.
- j) El derecho de las partes a ser oídas en la vista de la causa, y en doble instancia.

Todas las Salas de la Excma. Corte Suprema conocían de estos recursos agregados extraordinariamente y en relación. Dieron origen a nutrida jurisprudencia en los últimos veinte años, cuyo estudio excede los límites de esta monografía, pero podemos decir que cualquier estudioso del derecho podrá advertir que el volumen, relevancia e importancia de las cuestiones resueltas por esta vía son incalculables y de importancia trascendental para el imperio del derecho en este país.

7. EL AUTO ACORDADO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE 1992

En junio de 1992, mediante un nuevo Auto Acordado, el pleno de la Corte Suprema modificó el anterior que databa de 1977, en relación a los siguientes aspectos básicos:

- a) Se estableció la fecha exacta, desde que se contaban los 15 días para la interposición del Recurso.
- b) Se incluyó la expresión "*acogido a tramitación el recurso*". Esta frase dio origen a que todas las Cortes hicieran un análisis formal previo de admisibilidad. Desde sus comienzos significó innumerables problemas, por cuanto numerosos Tribunales declaraban inadmisibles el recurso desde el instante de su presentación, por distintas razones y circunstancias. Apelada esta resolución ante la Exma. Corte Suprema, el recurso era declarado inadmisibles, quedando el recurrente sin posibilidad de ser amparado en sus derechos.

c) Se cambió radicalmente la vista de la causa en la C. Suprema. Hasta 1992 todas las apelaciones se veían previa dictación del decreto "autos en relación", y se agregaban preferentemente en la tabla extraordinaria, para que los abogados efectuaran sus alegaciones orales. La nueva norma indicó que recibidos los autos en la secretaría de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal ordenaba dar cuenta preferente del recurso en alguna de las Salas y en el caso que se solicitara con fundamento plausible, el Presidente podía ordenar autos en relación. Pero fueron escasas las oportunidades en que así se procedió, porque el 99% de los recursos se vieron "en cuenta".

8. EL A.A. DE LA C. SUPREMA QUE MODIFICA LA DISTRIBUCION DE LAS MATERIAS ENTRE LAS SALAS DE LA CORTE SUPREMA, POR ESPECIALIDADES

El 27 de marzo de 1996 el Pleno de la C.S., tomando en consideración el gran número de causas que debe conocer cada una de las Salas del Alto Tribunal, acuerda modificar el A.A. de 7 de marzo de 1995, sobre "materias que tratarán las Salas de la Corte Suprema conforme a la Ley 19.374", en relación a la competencia de las Salas. En el numerando 2º señala:

Segundo: "Durante el funcionamiento ordinario de la Corte Suprema, en el que se dividirá en tres Salas, estas conocerán:...

...La tercera Sala o Sala Constitucional.

...1.- *De las apelaciones de los Recursos de Protección*":

A contar de 1998, en el funcionamiento extraordinario de la Corte Suprema, la Segunda Sala conocerá de las Apelaciones de Sentencias recaídas sobre Recursos de Protección provenientes de las C. de Apelaciones de Rancagua, Talca, Chillán y Concepción y ya no será competencia exclusiva de la Tercera Sala, que es la especializada en materias constitucionales. Desde este año las cuatro salas de la C.S. conocen de las apelaciones de los recursos de protección.

9. EL A.A. DE LA C. SUPREMA PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL EL 9 DE JUNIO DE 1998

El 4 de mayo de 1998 la Corte Suprema, reunida en pleno, introdujo una vez más un conjunto de modificaciones que fueron publicadas en el Diario Oficial del 9 de junio, procediendo a diferentes reformas a las normativas de 1977 y 1992. Los considerandos del A.A. señalan:

"En Santiago, a cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se reunió esta Corte Suprema en Pleno, presidida por su titular don Roberto Dávila Díaz... y habiendo advertido este Tribunal que existen criterios dispares acerca de la procedencia del recurso que eventualmente se intenta en contra de la resolución que se pronuncia sobre la inadmisibilidad de la acción de protección, ya sea que ello tenga lugar con oportunidad de la cuenta o en la sentencia que posteriormente dicte la Corte de Apelaciones, resulta necesario reglamentar convenientemente esa materia, junto con la que incide en la ritualidad a la que debe sujetarse la interposición y el conocimiento de la apelación; y en el ejercicio de las facultades económicas que confiere el artículo 79 de la Constitución Política y el artículo 96 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales SE ACUERDA..."

Las principales modificaciones tienen relación con un conjunto de materias que se irán comentando a continuación, y que demuestran claramente que la de-

cisión de cambiar debilitó importantes aspectos de la institución cautelar:

a) Se agregó en el número 2 un inciso segundo cuyo texto es el siguiente:

“Presentado el recurso el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de los integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento, lo declarará inadmisibles desde luego por resolución someramente fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día.”

Podemos concluir que se ha precisado el examen de admisibilidad, fijando límites que permiten al órgano jurisdiccional hacer un juicio previo sobre su contenido. Decidir si un Recurso se ha presentado o no dentro de plazo, es una cuestión cronológica relativamente simple que no afectaría el ejercicio de los derechos, sin perjuicio de opiniones dispares que existen sobre el particular.

El asunto se complica con respecto al estudio de los fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. En efecto, basta la opinión unánime de los integrantes de la Sala para decretar que el Recurso adolece de manifiesta falta de fundamento, y lo declara inadmisibles por resolución someramente fundada. Esta es una situación de extraordinaria gravedad. Si partimos de la base que la acción constitucional es inquisitiva y el Tribunal ordenará a todos los recurridos que se informe en un plazo breve y perentorio, en muchas ocasiones el fundamento plausible se irá conociendo en los días posteriores. Por ejemplo, en cuestiones contra la administración pública o las municipalidades. No hay que olvidar que para su presentación no se requiere asesoría jurídica ni ritualidades tal como lo dice el inciso primero del artículo 2º del A.A.

El A.A. resuelve el tema de la apelación de la resolución que declaraba su inadmisibilidad. Este asunto había tenido votos disidentes en la Corte Suprema. Actualmente no hay recurso de Apelación posible y solamente el de reposición ante el mismo Tribunal y dentro de tercero día. Pero no cabe duda que la admisión a tramitación es un antejuicio que equivale a poner una cortapisa o una valla a la procedencia del recurso. Tratándose de cuestiones que muchas veces inciden en la defensa de los derechos humanos, estimamos que esta limitación constituye un contrasentido a la existencia y razón de ser del Recurso de Protección.

b) Existe una interesante innovación en relación a la interposición del Recurso de Apelación, siendo esta materia una de las más polémicas en la última reforma efectuada por la C. Suprema. Se modifica el artículo 6º en el siguiente sentido:

“6º.- La sentencia se notificará personalmente o por el Estado a la persona que hubiere deducido el recurso y a los recurridos que se hubieren hecho parte en él.

La apelación se interpondrá dentro del término fatal de cinco días hábiles, contados desde la notificación de la parte que entable el recurso, y deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulen al tribunal. Si la apelación se interpusiere fuera de plazo o no es fundada o no contiene peticiones concretas el tribunal la declarará inadmisibles”.

Este aspecto de la reforma nos merece una serie de comentarios y consideraciones. El Auto Acordado contiene una grave contradicción. El artículo segundo señala que el Recurso se puede interponer por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito o en papel simple y aun por telégrafo o télex. Exigir a un recurrente que no es abogado, y que muchas veces puede ser una persona de muy modestos conocimientos culturales, fundamentar en el hecho y en el derecho las peticiones que se formulan al Tribunal, es una contradicción lógica, porque solo es propio de los letrados el conocimiento del lenguaje y el razonamiento jurídico. Es impedir su presentación. Tratándose de un Recurso de tan extraordinario nivel e importancia y rodearlo con las formalidades propias de un escrito de casación, es cercenarlo y minorarlo en la práctica. Vemos en este aspecto una clara intención de que nuevamente el mínimo de Recursos de Protección puedan llegar a la Segunda Instancia.

El requisito de la admisibilidad, e incluso la apelación fundada, es un grave atentado al derecho de acceder a la justicia. Se puede dejar sin defensa a muchas personas en estas condiciones con grave infracción del Art. 19 Nº 3 inc. 1º y Art. 5º de la CP del 80. La Constitución señala en el Art. 19 Nº 3 lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

3º La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.

Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción deberá fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Estimamos que las grandes limitaciones que contienen las últimas reformas en materias de admisibilidad y apelación atentan contra estos preceptos constitucionales, porque, como quedó establecido en el sentido de la Constitución y su historia, dejan clara-

mente de manifiesto que el Recurso de Protección es amplio y se permite a todo el mundo con un mínimo de formalismos. ¿De qué manera se protege a todas las personas en la forma que se expone en la modificación?

Cuando la C. Suprema dicta un A.A., desde el punto de vista de la división de los poderes, realiza una función del tipo legislativo. En consecuencia, a este Alto Tribunal le corresponde establecer las garantías de un procedimiento racional y justo. Pensamos que con estas reformas no se están dando los mandatos del constituyente. Y curiosamente, la historia de la génesis de la Constitución es meridianamente clara en esta materia. Los comisionados fueron enfáticos al establecer que todos los derechos, declaraciones y libertades debían estar amparados. Y transcribir las opiniones de los señores Silva Bascuñán y Evans es la mayor prueba de lo que afirmamos:

En la Sesión 100ª, de 6 de enero 1975, don Alejandro Silva Bascuñán dijo:

"...por esa razón, debe afirmarse dicho principio en la Constitución, por cuanto le parece que es absolutamente incongruente establecer diversos derechos, declaraciones y libertades si después, en la práctica, garantías como la libertad, la igualdad y otras, no están amparadas por un órgano con jurisdicción adecuada. Estima que el ordenamiento jurídico debe ser cerrado, de manera que no permita, en un momento determinado escaparse este tipo de materias o problemas, y si corresponde que un asunto solo sea resuelto en el orden político así debe expresarse, estableciéndose claramente aquello que queda reservado a una decisión política, pero lo que no esté reservado a una decisión de esta índole debe ser resuelto por un órgano jurídico, porque, de otro modo, como sucede en el caso mencionado, no habría otra forma de resolverlo que por la fuerza, lo que sería indigno en gremios e instituciones que no están llamadas a actuar en ese plano".

Y en la Sesión 103ª de 16 de enero de 1975, Enrique Evans:

"No basta con consagrar la legalidad del proceso, si no se consagra un mecanismo constitucional que garantice el otro valor que está en juego en esta materia, que es el debido proceso. A su juicio, no hay otro camino que encargarle al legislador que establezca garantías mínimas para un racional y justo proceso. Porque si se acuerda que toda sentencia debe emanar de un proceso legalmente tramitado y que sea justo y racional, se abren las compuertas para interponer un sinnúmero de recursos, porque no habrá nadie en Chile que no recurra a los Tribunales para sostener que si bien la tramitación del pleito se ajusta a la ley, él no fue ni justo ni racional.

"De modo que el señor Evans es partidario de establecer un mecanismo que le entregue al legisla-

dor la obligación de que, cuando dicte leyes de procedimiento, consagre fórmulas que garanticen un proceso racional y justo. Si no lo hace, será la Corte Suprema la que, a través de un recurso de inaplicabilidad, le señale que su procedimiento no garantiza ese justo y racional proceso".

Además existe una grave infracción al art. 19 N° 26 de la Constitución, cuyo contenido expresa la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Carta regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Este principio, de la más alta importancia y que está ubicado como numerando final del Art. 19, nos permite concluir que se viola claramente con el Auto Acordado, ya que se están afectando los derechos en su esencia e imponiendo condiciones y requisitos que impiden el libre ejercicio, en este caso de un derecho contemplado en el art. 20 de la C.P. Hay un claro olvido de la Corte a lo que se denomina el "contenido esencial de los derechos". Intimamente vinculado con esta idea, está el derecho a la justicia, como antes se vio.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una contraposición con el art. 5° C.P., cuyo contenido indica que 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. 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.

Existe un conjunto de Tratados Internacionales cuyo contenido ha sido transgredido por el A.A. de la Excma. C. Suprema, desde que se desconocen algunas garantías contenidas en ellos, como por ejemplo el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

"Artículo 14.

1. Todas las personas son iguales ante los Tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente, y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

Recordemos también el contenido del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“Artículo 8.

1. - Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Como puede advertirse, después de la Reforma de 1989 (30 de julio) se ha constituido en un deber de los órganos del Estado, y por supuesto de la Corte Suprema, respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y también por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Entre estos pactos están precisamente los que hemos citado anteriormente.

Y si revisamos lo expuesto con anterioridad, a la luz del Texto Constitucional, sin duda que otra vez debemos concluir con tristeza y con algo de nostalgia de lo pasado, que *a contrario sensu* de efectuar una promoción de los derechos, se está realizando una campaña para la restricción de las garantías. Ya hemos dicho que el Acta Constitucional N° 3 señaló que de nada sirve la enunciación de los derechos, si estos no pueden hacerse efectivos. Lamentablemente el A.A. en esta parte es un grave retroceso en nuestro avance constitucional.

Advertimos un hecho histórico de reducción y debilitamiento de la protección. Es otro baldón en la escalada que proviene desde 1992. Conocido es el aforismo que señala que *“todo derecho lleva consigo una acción”*, y el otro que *“a quien se reserva un derecho se le reservan los medios de conservarlo”*.

Tamañas limitaciones o cortapisas no hacen más que imposibilitar y dificultar el ejercicio de los derechos humanos, todo lo cual produce honda inquietud para quienes vivimos el difícil período de la C.P. de 1925, todo lo que pone un gran manto de interrogaciones sobre lo que pueda acontecer hacia el futuro.

10. VOTOS DISIDENTES DE LOS SRES. DÁVILA, JORDÁN, CARRASCO Y CURY EN EL A.A. DE LA C. SUPREMA PUBLICADO EL 9 DE JUNIO DE 1998:

Nuestros comentarios anteriores se ven plenamente respaldados por los votos disidentes que se emitieron en el Pleno de la C. Suprema, al momento de estudiarse las innovaciones y modificaciones al A.A. Fueron de tanta claridad, que no resistimos la tentación de transcribir parte de su texto, ya que nos ahorran todo comentario.

El lector podrá apreciar de inmediato si nuestras argumentaciones tienen o no algún fundamento. El texto del voto disidente es el que sigue:

“Acordada con el voto en contra del Presidente Señor Dávila y de los Ministros señores Jordán, Carrasco y Cury, quienes fueron de opinión de no efec-

tuar las modificaciones precedentes por estimar que importan trabas o vallas que perturban el rápido, expedito y libre ejercicio y desenvolvimiento del Recurso de Protección de las garantías constitucionales previsto en la Carta Fundamental, al establecer exigencias que, por cierto, ni aquella, ni los dos autos acordados que sucesivamente se dictaron después para regularlo, jamás dispusieron. En efecto, mientras la normativa vigente ha conferido hasta ahora al afectado o a cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio —aunque no tenga para ello mandato especial—, el derecho a interponerlo sin formalidad alguna, por escrito en papel simple y aun por telégrafo o télex, es decir, cerca o distante del Tribunal llamado a conocer del mismo y de centros profesionales que puedan asesorarlo, las modificaciones de que se trata entregan, en cambio, al tribunal la facultad de, una vez presentado, examinarlo en cuenta y decidir si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación y declarar de inmediato su inadmisibilidad si en opinión unánime de sus integrantes “adolesce de manifiesta falta de fundamento”, creando así un motivo de rechazo muy similar al que existe en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil para el Recurso de Casación de fondo que sí es, por el contrario, de derecho estricto y de exigencias propias a su especial naturaleza y relevancia en juicio, pero que no vienen al caso en una demanda de protección.

Por otra parte, nada se dice en qué podría consistir esa “manifiesta falta de fundamento” que causaría la inadmisibilidad, más aún si va con el agregado que semejante decisión no es susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal, intento que, con seguridad, no tendrá mejor suerte”.

En otra de sus partes dicen:

“Finalmente, los disidentes no concuerdan con lo que se establece en el numeral “3”, en atención a que el cambio a que se refiere es, a su juicio, contrario a sus características esenciales, frenando su rápido y expedito desarrollo, como quiera que el recurso de apelación en contra de la sentencia, que en el actual Auto Acordado puede interponerse en el acto de la notificación, si fuere personal, o dentro de los cinco días hábiles siguientes, no necesitando ser fundado, pasa con la modificación a ser tratada en las mismas condiciones y con iguales formalidades que rigen para la apelación en el proceso civil común, según lo dispone el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, recibiendo también su incumplimiento la sanción que prevé el artículo 201 de dicho cuerpo legal, esto es, de ahora en adelante la apelación de la sentencia recaída en un recurso de protección tendrá que ser fundada y ‘deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan al tribunal’, so pena de ser declarada inadmisibile.

Va implícito, aunque nada se diga al respecto, que será menester en lo sucesivo tanto para la interposi-

ción de la acción de protección como para la apelación de la sentencia que recaiga en él, del patrocinio o asesoría de un letrado, puesto que solo de esta manera será posible presentarlos bien fundamentados y sortear así la valla inicial de inadmisibilidad, del mismo modo que ante el fallo adverso se pueda asegurar que la apelación contenga los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan al superior.

Con todo, estiman conveniente dejar constancia que en el acuerdo se echa de menos la única modificación necesaria que se estaba esperando, cual es la de traer la apelación del recurso "en relación", en los mismos términos procesales como se ven las demás causas ante la Corte".

Conclusiones particulares

- a) Es evidente que el A.A. del 9 de junio de 1998 constituye un cercenamiento y una limitación no constitucional al contenido y esencia del Recurso de Protección.
- b) Es preciso recordar a Linares Quintana cuando señala: *"En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de Gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en el amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre".*
- c) El establecimiento con mayor rigurosidad de la "Admisibilidad" está generando en todas las Cortes del país una dilatación en la providencia y tramitación de los Recursos. A la fecha de escribir estas líneas una rápida estadística efectuada en varias Cortes nos permite afirmar que la resolución que admite a tramitación el Recurso tiene un promedio de 4 a 5 días.
Y muchas veces las órdenes de no innovar toman más tiempo.
- d) Igualmente, la apelación fundada en el hecho y en el derecho es una gravísima cortapisa en especial para aquellas personas que no son letradas.
- e) El voto disidente que anteriormente se transcribió refleja perfectamente las ideas que hemos expuesto y esperamos que en un futuro ellas puedan revertir el criterio mayoritario, ya que el buen sentido y la lógica deberán prevalecer ante errores que quedarán al descubierto en los meses venideros.

11. EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE PROTECCIÓN

Desde hace más o menos cuatro años que la C. Suprema se ha venido pronunciando en una jurisprudencia

parcialmente uniforme, en relación a los Recursos de Inaplicabilidad con respecto a una Protección.

El asunto se plantea de la siguiente forma. Se deduce el Recurso de Protección en una Corte de Apelaciones. De los antecedentes puede deducirse que se estaría aplicando o por aplicar un precepto legal, que alguna de las partes puede considerar que es inconstitucional. Acto seguido se formula formalmente el Recurso de Inaplicabilidad en la C. Suprema, tramitándose el mismo hasta obtener el fallo definitivo. Invariablemente el Pleno ha sentado las doctrinas que transcribiremos.

a) En causa Rol 3052-97, caratulado "Soc. Agrícola y Forestal Casino Ltda.", de 20 de mayo de 1998, señaló:

"...Considerando

4º.- Que el Recurso de Protección de Garantías Constitucionales contemplado en el artículo 20 de la Carta Fundamental tiene por objeto obtener que la Corte de Apelaciones respectiva adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando alguien haya sufrido privación, perturbación o amenaza a sus legítimos derechos como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, de todo lo cual se colige que en dicho recurso solo se establecerá si se produjo o no algún acto u omisión que agravie al recurrente, si este, al momento de producirse, fue arbitrario o ilegal y si atenta en contra de alguna de las garantías individuales que la norma citada asegura a todos los habitantes de la República...

En efecto, como ya se ha señalado, tratándose de un Recurso de Protección los Tribunales deben examinar, como cuestión fundamental, si la conducta del recurrente fue o no arbitraria o ilegal, y para lo que interesa, si ella precisamente tiene este último carácter en el momento en que se ejecutó el acto cuestionado. De esta manera, la eventual acogida del recurso de inaplicabilidad, en estos casos particulares, no puede producir el efecto de influir en la decisión de los recursos de protección, desde que la conducta del recurrente se sustentó en una norma vigente al momento de producirse el acto cuestionado y que tiene un carácter vinculante para el funcionario público de que se trata.

Se declara IMPROCEDENTE el recurso de inaplicabilidad..."

b) En fallo Rol 23.118, caratulado "Inversiones Forestales CCA y otra", del 10 de noviembre de 1995, la Excma. Corte Suprema señaló exactamente iguales planteamientos.

c) En otro fallo de fecha 31 de mayo de 1996, Rol 34024-95, caratulado "ABN AMRO Bank y otros con SII":

"9.) Que la voz gestión empleada por el Art. 80 de la Constitución ha de ser entendida en su alcance corriente, a saber, la consecuencia o efecto de hacer diligencias conducentes al lograr de un negocio o de un deseo cualquiera, porque la expresión gestión se

usó para precisar que se extendía la aplicación del recurso más allá del ámbito que le otorgaba el primitivo texto constitucional, que lo reducía exclusivamente al de los juicios pendientes (art 86 de la Constitución de 1925).

Por lo demás, el referido sentido concuerda con el que la misma Carta Fundamental le da al usarlo en otros preceptos. Como sucede con su artículo 57, que trata de la cesación en el cargo de los parlamentarios, si actúan como procurador o agente en gestiones particulares".

En síntesis, el recurso de protección tenido a la vista es una gestión pendiente ante los Tribunales de justicia y, por lo tanto, satisface en ese aspecto la exigencia del artículo 80 de la Constitución.

10) Que la conclusión precedente se encuentra conforme al pensamiento de los miembros de la Comisión Redactora de la Constitución, según sus actas, en la sesión N° 288 de 28 de Abril de 1977, el señor Jaime Guzmán expresó textualmente con motivo de un comentario que sobre la procedencia del recurso de inaplicabilidad en un recurso de protección pendiente que hizo don José María Eyzaguirre, en ese tiempo Presidente de la C. Suprema -que "está completamente de acuerdo", a continuación agregó que "hay que distinguir entre el recurso de protección y el recurso de inaplicabilidad. Que a raíz de la interposición de un recurso de protección pueda generarse un Recurso de Inaplicabilidad le parece incuestionable, y por esta vía puede llegarse a declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal"....

...12) Que, de consiguiente, en el referido Recurso de Protección no procede aplicar el art. 101 de la Ley de Impuesto a la Renta, en el sentido a que se refiere el art. 80 de la CP, porque ese precepto no es el que resuelve la situación allí planteada, que consiste en examinar si la resolución N° 5.111 del señor Director del SII excedió o no -en la oportunidad en que la dictó- el ámbito de la disposición legal que la respalda, o si es arbitraria. Se trata exclusivamente de que la C. de Apelaciones respectiva determine si la resolución que se califica como abusiva e ilegal está o no conforme con el art. 101 de la ley sobre Impuesto a la Renta, que es lo solicitado por los recurrentes de protección...

...15) ...Criterio que no puede compartirse porque ilegalidad y antijuridicidad son nociones distintas, lo ilegal es lo contrario al texto, al precepto legal; antijurídico es lo contrario al derecho, al ordenamiento jurídico globalmente considerado. El Recurso de protección está destinado a "restablecer el imperio del derecho y la seguridad del ofendido", dentro del ámbito señalado por la propia Constitución, esto es frente a actos u omisiones "arbitrarios o ilegales" que afecten a los precisos derechos constitucionales que taxativamente enumera, y no a otros; ello ha de entenderse en el marco establecido por el art. 7 de la Carta Fundamental, que impone la obligación tanto a los órganos del Estado como a las personas, de que desarrollen sus actuaciones "dentro de la competen-

cia y en la forma que prescriba la ley", lo que debe extenderse también a la forma de proteger los derechos y reclamar su respeto. El recurso de protección controla solo la legalidad, no la juridicidad, esta última -si se discute frente a un acto realizado conforme al precepto legal- debe determinarse en el procedimiento pendiente, como lo señala el art. 20 de la Constitución ("sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los Tribunales correspondientes"), toda vez que la acción inherente al recurso de protección es de naturaleza esencialmente cautelar; sumaria y no contradictoria".

Varias otras sentencias han emitido similares opiniones. Estas sentencias han tenido votos disidentes de diversos Ministros, tales como los señores Aburto, Faúndez, Toro, Libedinsky, entre otros, los que en síntesis han opinado de la siguiente manera:

"3°) Que el criterio mayoritario sustentado en el presente fallo siempre impediría la procedencia de un Recurso de inaplicabilidad interpuesto para producir sus efectos en uno de protección, por cuanto en ese supuesto a dicha procedencia le sería aplicable también lo dicho en los razonamientos 12° a 14° de esta sentencia que tiene un carácter general para todos esos casos.- Pero lo cierto es que, según quedó expresa constancia en las Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, esa improcedencia no se produce y, por el contrario, resulta totalmente posible que a través de un recurso de inaplicabilidad, y declarada la inconstitucionalidad de un precepto, la protección en la cual dicho recurso incida deba resolverse prescindiendo de tal precepto, como si el mismo no existiera;

4°) Que, en efecto, en la Sesión 286ª de la mencionada Comisión, celebrada el 21 de abril de 1977, su Presidente don Enrique Ortúzar Escobar, haciendo referencia al tema "que una de las materias más fundamentales de la nueva institucionalidad es la relativa a la creación de un estado de derecho sólido, que descansa en el principio de la supremacía constitucional" manifestó en cierto modo su preocupación en el sentido de "que no se podría invocar el Recurso de protección como suficiente garantía en favor de los particulares, en el supuesto de que la ley inconstitucional violara una garantía constitucional, porque el recurso de protección, tal como la comisión lo ha consagrado en el Acta Constitucional, dice relación a los actos arbitrarios e ilegales en que pueda incurrir una autoridad. Pero en este caso el acto no sería arbitrario porque precisamente se ajustaría a la ley; ni tampoco sería ilegal, porque estaría dentro de los términos de la ley -se está refiriendo, señala, al caso de que la autoridad estuviera aplicando una disposición legal inconstitucional-, de manera que no procedería el Recurso de Protección; y si se estimara lo contrario, quiere decir que se le estaría dando a la Corte de Apelaciones y no a la Corte Suprema incluso la posibilidad de desconocer la eficacia de esta nor-

ma legal contraria a la Constitución. Por lo tanto, no le parece que se pueda invocar como argumento para no contemplar el recurso de inaplicabilidad, el que exista el recurso de protección, porque se refiere más bien a los actos arbitrarios e ilegales de la autoridad administrativa y no a las disposiciones legales que puedan ser inconstitucionales”;...

6°) *Que en el curso de esta misma Sesión 288°, y abundando en estos conceptos, el señor Ortúzar sostuvo que a esa fecha, “conociendo la Corte de Apelaciones de un recurso de protección por un acto de autoridad basado en una disposición legal, pero contraria a la Constitución, podría el particular que recurre de protección solicitar a la Corte Suprema la inaplicabilidad de la ley”.*

Acto seguido, hizo uso nuevamente de la palabra don Jaime Guzmán para expresar que estaba completamente de acuerdo con lo anterior y que así había tratado de expresarlo en su intervención precedentemente transcrita, agregando textualmente, que: “Lo que le parece claro es lo siguiente: hay que distinguir entre el Recurso de Protección y el de Inaplicabilidad. Que a raíz de la interposición de un recurso de protección pueda generarse un recurso de inaplicabilidad es algo que estima incuestionable, y por esa vía puede llegarse a declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal. Señaló que estimaba que el recurso de protección como tal y el fallo de la Corte de Apelaciones que resuelve el recurso de protección entablado no pueden entrar a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley; solo puede entrar a pronunciarse sobre la ilegalidad o la inconstitucionalidad de un acto administrativo. Y, en el caso de que se tratara de la inconstitucionalidad, tendría que ser de un acto administrativo que no se fundare en una disposición legal; es decir, que atropellara ya no solo la ley, sino directamente un precepto constitucional. Este es el sentido que le atribuye a la complementación de los dos recursos. Pero le parece evidente que a raíz de la interposición de un recurso de protección puede generarse un recurso de inaplicabilidad y, en ese caso, obviamente declarar la Corte Suprema, y solo ella, que un precepto legal es contrario a la Constitución”;

Conclusiones particulares

- a) Las sentencias referidas anteriormente, y varias otras iguales que se han dictado en los últimos años, han significado que se han declarado improcedente todos los Recursos de Inaplicabilidad en relación a un Recurso de Protección.
- b) Que, no obstante que la mayoría del pleno ha tenido presente que una ley que se pretende aplicar es inconstitucional, esa declaración se ha omitido, por las razones estrictamente formales ya antes transcritas.
- c) Ello significa abdicar a las facultades constitucionales que la C. Suprema tiene, ya que de acuerdo

al art. 80 de la C.P., “*de oficio*” puede hacer esta declaración.

- d) La improcedencia en la práctica del Recurso de Inaplicabilidad a muchas protecciones significa una discriminación arbitraria de la Supremacía Constitucional que se resguarda con la inaplicabilidad con relación a la Protección.
- e) Por las razones expuestas también en el voto disidente antes transcrito, creemos que lo único precedente es que el tiempo y la experiencia futura influyan en el ánimo de los Ministros que son de la mayoría en orden a modificar sus opiniones sobre la base de nuevas reflexiones sobre el particular.

12. CENTRALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Por otra parte, la acción conservadora no ha escapado al fenómeno de la centralización. Este es uno de los problemas más graves que tiene Chile. Ya en la década del 20 don Arturo Alessandri Palma decía en sus intervenciones que Chile era uno de los países más centralizados del mundo. Han transcurrido casi 80 años y la situación se agrava día a día, Santiago es un monstruo fenomenal, es el leviatán de los tiempos modernos.

El art. 3° de la C.P. dispone que el Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Y agrega que su administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley. Si bien esta disposición guarda relación más bien con la administración pública y otros organismos conexos, no es menos cierto que la filosofía que inspira al constituyente es la descentralización del país en todos los sentidos, incluido el ámbito judicial.

La experiencia de los últimos años nos demuestra que lamentablemente en el Recurso de Protección cada día más cuestiones que deberían generarse, radicarse y resolverse en las regiones, van a la Corte de Santiago como Tribunal de Primera Instancia. Los siguientes ejemplos clásicos ilustrarán lo que aquí venimos aseverando.

a) Se recurre en contra del D.S. que declara la Araucaria Monumento Nacional. Los afectados por esta resolución que tienen sus predios en la VIII, IX y X Región deben recurrir a la C. de Santiago, domicilio del P. de la R., donde supuestamente se habría cometido el acto ilegal o arbitrario.

b) Son innumerables los Recursos que se han intentado en contra de decretos y resoluciones en materia pesquera. He patrocinado un número apreciable de ellos. Estos decretos se aplican solo en determinadas zonas geográficas, como por ejemplo, con oportunidad de la veda del jurel o de la anchoveta en la VIII o IX Región. Pero el decreto o resolución está firmado por el Ministro o Subsecretario del ramo, y otra vez

las Cortes regionales se declaran incompetentes y el caso debe ser resuelto por la Corte de Santiago, ciudad distante a 150 km del mar.

c) Recursos contra la instalación de plazas de peaje en Regiones. Igualmente si se trata de caminos que han sido dados en concesión, mediante D.S., la protección debe interponerse en Santiago, porque allí se habría cometido el acto ilegal o arbitrario. Así ocurrió precisamente con el Camino de la Madera entre Concepción y Nacimiento, en que la Corte de Concepción tuvo que declararse incompetente por haber sido alegada esa incompetencia por el Ministerio. Los Magistrados que fallaron el caso no conocían la zona geográfica que abarcaba este camino.

d) Otro ejemplo es el D.S. del Presidente de la República y Ministro de Planificación, que declara área de desarrollo indígena el Alto del Bío Bío. Solo afecta la VIII y IX Región. El hecho de provenir de un Decreto del Ejecutivo, obligó a presentar el recurso de protección en la Corte de Santiago. Su interposición originó innumerables diligencias en el terreno, todas las cuales se tuvieron que hacer a 600 km o más del Tribunal que las ordenó.

Siendo un asunto enormemente importante a nivel nacional nunca se realizó una inspección ocular por los Ministros que integraron la Sala. Se trataba de cuestiones fácticas, geográficas, de hecho, que en forma similar a los grandes conflictos territoriales internacionales, exigía una visita al terreno para mayor conocimiento. Esta diligencia tan elemental se omitió, sin duda por la imposibilidad de la distancia.

¿Conocerán, los Ministros que fallaron el caso, el Alto del Bío Bío? Es evidente que se ha hecho una justicia solo con papeles y documentos. Un asunto resuelto sin profundizar

e) Recursos Contra la Administración Pública, por ejemplo Impuestos Internos, Aduanas, Servicios de Salud, CONAF, SAG, Dirección de Aguas, Contraloría, Tesorería, etc.

Al igual que en situaciones anteriores, es frecuente que en Recursos presentados en Cortes a lo largo del país, los funcionarios públicos recurridos contesten en sus informes y defensas que sus actos obedecen a instrucciones, circulares, resoluciones o decretos emanados de Directores Nacionales, Subsecretarios, etc., todos los cuales se domicilian en Santiago. Planteadas las cosas así, y siendo un claro objetivo el manejo del asunto en la capital, toda la gestión tiene como destino final la cuna del centralismo. Y valgan los ejemplos anteriores como algunos de los más fundamentales, pues hay numerosos más.

La centralización del Recurso está produciendo los siguientes efectos en la defensa de los derechos fundamentales:

1.- Siendo el objetivo del Recurso la protección de los derechos de las personas, tal como lo señala el Art. 19 en su encabezado "La Constitución asegura a todas las personas", este se desvirtúa cuando la defensa del derecho se hace imposible, por ser obligado a pleitear en un lugar completamente di-

ferente al de su domicilio. En un país tan largo y extenso como Chile constituye una aberración y es denegación de justicia, contrariando claramente el art. 19 N° 3 de la C.P.

- 2.- Los costos enormes que esto significa, en cuanto a contratación de otros abogados, gastos de viajes, hoteles, etc., deja a las personas de provincias en una abierta desigualdad, principalmente con los entes públicos.
- 3.- Todos los órganos del Estado tienen sus sedes en Santiago, gran capacidad económica y muchos letrados. Así obtienen un manejo mucho más directo de los casos planteados. El particular queda en una situación de inferioridad.
- 4.- Si la Constitución Política asegura a todas las personas la igualdad ante la justicia y la igualdad ante la ley, es inicuo que mediante diferentes interpretaciones, con respecto al lugar en que tiene lugar el acto o la omisión ilegal o arbitraria, se obligue a trasladar el lugar del litigio. Diferente es la situación de la C.S., que todos sabemos es una sola y se ubica en la capital. El más alto Tribunal conoce solamente de la apelación. Y todo el procedimiento inquisitivo de averiguaciones, oficios, documentos, inspecciones oculares ya ha sido practicado en primera instancia.
- 5.- Desgraciadamente de continuarse con esta escala de centralización. En pocos años más tendremos la posibilidad de que la gran mayoría de las Protecciones que afecten a los diferentes órganos del Estado necesariamente deben ser planteadas en la C.A. de Santiago.

El futuro del Recurso está en juego. Hace siglo y medio Rodolfo von Jhering escribía su "Lucha por el Derecho". Chile ha suscrito importantes Tratados Internacionales en torno a los derechos humanos. Sin duda es un avance importante hacia un perfeccionamiento del Estado de Derecho.

13. CONCLUSIONES FINALES

- a) El Recurso irrumpe en el Derecho chileno en 1976, constituyendo uno de los logros más importantes en el resguardo histórico de los derechos humanos.
- b) Esta es la opinión casi unánime de juristas, jueces, historiadores, docentes y especialistas que han estudiado el tema.
- c) Con la promulgación y vigencia de la C.P. 80 adquiere mayor fuerza, desde el 11 de marzo de 1981, al precisarse aún más el resguardo de los derechos.
- d) Durante 11 años la interposición estuvo exenta de limitaciones y en la vista de la causa se permitían alegatos tanto en primera como en segunda instancia.
- e) Desde 1992 comienza la declinación de nuestro Recurso, al establecerse la admisibilidad previa y decretarse que la vista de la causa en la C. Suprema será "en cuenta".

- f) Este retroceso continúa con los reiterados fallos relativos a los Recursos de Inaplicabilidad que inciden en una Protección.
- g) La concentración agobiante en la Corte de Santiago absorbe innumerables casos que deberían ser conocidos por las Cortes de regiones para facilitar el ejercicio de los derechos a todas las personas.
- h) Con el A.A. de junio de 1998 se entra a una etapa que denomino de "agonía del recurso". Ello porque la admisibilidad se transforma en un profundo juicio de mérito que puede permitir declarar improcedente cualquier recurso. Hay subjetivismo y ausencia de elementos concretos para declarar inadmisibile la Protección.
- l) En la misma forma establecer que la apelación debe tener fundamentos de hecho y de derecho y

pretensiones concretas; significa que el resguardo de los derechos queda sujeto a formalidades clásicas, legalistas, completamente ajenas al sentido histórico y constitucional del recurso.

- j) La tramitación del recurso será más lenta y engorrosa. Nuevo perjuicio para todas las personas.
- k) Se observa una clara tendencia de parte de nuestro más alto Tribunal por limitar y constreñir, por todos los medios posibles, el ejercicio de esta acción.

Valgan las anteriores conclusiones, en forma sintética, para demostrar mi pensamiento y aseveración en orden a que estaríamos viviendo un acontecimiento gravísimo de nuestro derecho constitucional, que puede ser esta "agonía" que lamentablemente he descrito.