

# EL RECURSO DE PROTECCION EN LA NUEVA CONSTITUCION

*Guillermo Schiessler Q. \**

## 1. INTRODUCCIÓN

La Junta de Gobierno, en su afán de ir estableciendo progresivamente una nueva institucionalidad, ha dictado múltiples decretos leyes, varios de ellos con rango constitucional, entre los que cabe destacar aquellos que recibieron la denominación de "actas constitucionales".

Se trata de textos que abarcan ciertas materias específicas y trascendentes propias de una Constitución Política dentro de la tradición jurídica chilena. Se ha pretendido así ir creando gradualmente el futuro ordenamiento constitucional, comenzando por aquellas materias que a juicio del Gobierno y de sus órganos asesores podrían ser abordadas, desde luego con mayores elementos de juicio, para dejar para una etapa posterior las que requerían de una mayor reflexión o de mayores antecedentes para su debida regulación.

Recientes circunstancias de conocimiento público produjeron una relativa aceleración, dentro de lo proyectado, para que la Comisión encargada de estudiar, elaborar y proponer un anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado entregara un anteproyecto aún no articulado al Gobierno, que no se ha dado a conocer oficialmente al público. No obstante esta circunstancia, diarios y revistas han proporcionado diversas informaciones extraoficiales, a veces incluso con bastante detalle, sobre el referido anteproyecto, el que sería sometido a consulta ante el Consejo de Estado.

Es perfectamente posible, en consecuencia, que aun supuesta la veracidad y exactitud de las informaciones periodísticas, el anteproyecto de una nueva Constitución de que se ha tomado conocimiento extraoficial no sea exactamente en definitiva el proyecto que sería sometido a una consulta plebiscitaria en una futura oportunidad aún no precisada. A pesar de esta circunstancia, hay razonables probabilidades que las actuales disposiciones relativas al recurso de protección, tanto en las de rango constitucional como las contenidas en el auto acordado sobre tramitación del recurso, se mantengan tal cual ahora existen si no se formulan oportunamente ra-

\* Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Chile-Valparaíso.

zonables observaciones que propugnen su parcial modificación. Como las actuales disposiciones reguladoras del recurso han producido o pueden producir ciertas discrepancias interpretativas y, consecuentemente, dudas y dificultades en su aplicación, parece conveniente tratar de precisar algo más el alcance y sentido que deben tener tales disposiciones. Ello tiene particular importancia en relación con la que en definitiva resulta ser la nueva Constitución.

El presente documento de trabajo no tiene otro objeto, como conclusión, que formular precisamente algunas observaciones tendientes a perfilar de una manera más precisa el citado recurso en la nueva Constitución que se proyecta, tratando de evitar que en el porvenir existan las dudas y dificultades que actualmente pueden suscitarse o que se han ya suscitado respecto del mismo.

## 2. LAS ACTUALES FUENTES POSITIVAS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN Y TIPOS DE PROBLEMAS QUE SU APLICACIÓN PUEDA SUSCITAR

### 2.1. *Enumeración de las fuentes*

Las actuales fuentes del recurso de protección son las siguientes:

a) El Decreto Ley N° 1.552, dictado el 11 de septiembre de 1976 y publicado en el Diario Oficial del día 13 del mismo mes y año, que tiene rango constitucional y es conocido como el "Acta Constitucional N° 3", en cuyo artículo segundo se consagra en la actualidad este recurso;

b) El Art. 14 del Decreto Ley N° 1.553, dictado igualmente el 11 de septiembre de 1976 y publicado el día 13 del mismo mes y año en el Diario Oficial, igualmente de rango constitucional y conocido como el "Acta Constitucional N° 4", en su texto establecido por el Decreto Ley N° 1.684, del que más adelante se trata, y

c) El auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección, dictado en virtud de lo dispuesto en el inciso final del Art. 2º del Acta Constitucional N° 3, según acuerdo de dicho Tribunal, de fecha 29 de marzo de 1977 y publicado en el Diario Oficial del 2 de abril del mismo año.

### 2.2. *El Art. 2º del Acta Constitucional N° 3*

El Art. 2º, situado en el Capítulo II titulado "De los Recursos Procesales", del Acta Constitucional N° 3, que ha venido a consagrar en nuestro Derecho Constitucional el recurso de protección, literalmente dispone: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus garantías establecidas en el Art. 1º, N°s. 1, 3, incisos 4, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, inciso primero, 16, 17, 19, inciso final, 20, inciso 7º<sup>1</sup>, 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 estos recursos”.

Los derechos protegidos por el recurso, conforme con la referencia que el citado artículo segundo del Acta Constitucional N° 3 hace a otras disposiciones del mismo texto, son las siguientes:

(a) El derecho a la vida y a la integridad de la persona, sin perjuicio de la procedencia de las penas establecidas por las leyes (Art. 1, N° 1, inciso 1°);

(b) La vida del que está por nacer (Art. 1, N° 1, inciso 2°);

(c) El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta (Art. 1, N° 3, inciso 4°);

(d) El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. En las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales que la ley establezca (Art. 1, N° 7);

(e) El derecho a asociarse sin permiso previo (Art. 1, N° 9, inciso 1°);

(f) El derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación, salvo en el caso de colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión universitaria (Art. 1, N° 9, inciso 3°, en relación con el N° 20, inciso 6°, del mismo artículo);

(g) El derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia (Art. 1, N° 10, inciso 1°);

(h) El derecho a que sea respetada y protegida la inviolabilidad del hogar. El hogar sólo puede allanarse en los casos y formas determinados por la ley (Art. 1, N° 10, inciso 2°);

(i) El derecho al respeto y protección de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Las comunicaciones y documentos privados sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse, en los casos y formas determinados por la ley (Art. 1, N° 10, inciso 2°);

(j) El derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres, o al orden público, pudiendo por tanto las respectivas confesiones religiosas erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes (Art. 1, N° 11);

(k) El derecho a la libertad de emitir sus opiniones y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley. Con todo, los tribunales podrán prohibir la publicación o difusión de opiniones o informaciones que afecten la moral, el orden público, la seguridad nacional o la vida privada de las personas, sin perjuicio del sistema de censura para la exhibición de la producción cinematográfica y su publicidad que establezca la ley (Art. 1, N° 12, incisos 1° y 2°);

(l) El derecho a recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional, sin otras limitaciones que las expresadas en el inciso 1° del N° 12, del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3 (Art. 1, N° 12, inciso 3°);

(ll) El derecho de toda persona natural o jurídica que ha sido ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por ese medio de comunicación social (Art. 1, N° 12, inciso 4°);

(m) El derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones que determine la ley, sin perjuicio de que no podrán ser dueños de tales medios de comunicación social las personas que hubieren sido condenadas a pena aflictiva o por delito que atente contra el ordenamiento institucional de la República, así calificado por ley (Art. 1, N° 12, incisos 5° y 9°);

(n) El derecho a la libertad de enseñanza (Art. 1, N° 14);

(ñ) El derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que por su naturaleza son comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la Nación toda, y la ley lo declare así (Art. 1, N° 15, inciso 1°);

(o) El derecho de propiedad en su diversas especies sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales, sin perjuicio de que exclusivamente por ley pueda establecerse el modo de adquirir la propiedad, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social (Art. 1, N° 16, incisos 1° y 2°);

(p) El derecho del autor sobre su creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no puede ser inferior al de la vida del titular. Este derecho comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley (Art. 1, N° 17, inciso 1°);

(q) El derecho a la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que señale la ley (Art. 1, N° 17, inciso 2°);

(r) El derecho a la libre iniciativa para la ejecución de acciones de salud en las condiciones que determine la ley (Art. 1, N° 19, inciso final);

(rr) El derecho a la libertad de trabajo y a que no se discremine sobre otras bases que no sea la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena en los casos que ella determine (Art. 1, N° 20, inciso 1°);

(s) El derecho a la libre elección del trabajo (Art. 1, N° 20, inciso 2);

(t) El derecho a que no se exija la afiliación a una organización sindical como requisito para desarrollar un determinado trabajo (Art. 1, N° 2, inciso 7°), y

(u) El derecho a sindicarse en el orden de las actividades de la producción o de los servicios, o en la respectiva industria o faena, en los casos y en la forma que señale la ley (Art. 1, N° 22, inciso 1°).

### 2.3. *El Art. 14 del Acta Constitucional N° 4*

El Decreto Ley N° 1.553, dictado el 11 de septiembre de 1976 y publicado en el Diario Oficial el 13 del mismo mes y año, dispuso en su texto primitivo:

“Los recursos de protección y de amparo establecidos en los artículos 2° y 3° del Acta Constitucional N° 3, sólo serán procedentes en la medida que sean íntegramente compatibles con las disposiciones legales que rijan las referidas situaciones de emergencia”<sup>2</sup>. Dicho artículo fue substituído por el artículo único del Decreto Ley N° 1.684, de 28 de enero de 1977, y publicado en el Diario Oficial del 31 del mismo mes y año, por el siguiente:

“El recurso de protección establecido en el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3 será improcedente en las situaciones de emergencia, sea de las contempladas en el Acta Constitucional N° 4, de 1976, o en otras normas constitucionales o legales”. El nuevo artículo 14 recién transcrito empezó a regir desde el 31 de enero de 1977, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo transitorio del Acta Constitucional N° 4, en su actual texto, que substituyó el citado artículo en su tenor primitivo conforme con lo dispuesto por el artículo único del D.L. N° 1.689, de fecha 9 de marzo de 1977 y publicado en el Diario Oficial del 11 del mismo mes y año.

### 2.4. *El auto acordado sobre tramitación del recurso de protección*

La Corte Suprema, cumpliendo con lo dispuesto por el inciso final del artículo 2° del Acta Constitucional N° 3, dictó el respectivo auto acordado para regular la tramitación del recurso de protección (I.L. c.).

De acuerdo al tenor literal de sus numerandos, dicho auto acordado dispone:

1º El recurso se interpondrá dentro del plazo fatal de 15 días corridos ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasione privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales a que se ha hecho referencia;

2º El recurso podrá interponerse por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, en papel simple y aun por telégrafo;

3º 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 sean 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. Conjuntamente con el informe el obligado a evacuarlo remitirá al Tribunal todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto que hubiera motivado el recurso. Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal dispondrá traer los autos en relación y ordenará agregar extraordinariamente el recurso a la tabla del día siguiente, previo sorteo en las Cortes de Apelaciones de más de una Sala. El Tribunal, para mejor acierto del fallo, podrá decretar todas las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Los oficios necesarios para el cumplimiento de las diligencias decretadas se despacharán por comunicación directa, por correo o telegráficamente a través de las oficinas del Estado o por intermedio de un Ministro de Fe.

La sentencia que se 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;

4º Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal ordenará traerlos en relación y agregará extraordinariamente el recurso a la Sala indicada en los Arts. 99 y 101 del C.O. de Tribunales, según proceda. La Corte Suprema, para entrar al conocimiento del recurso o para mejor acierto del fallo, podrá solicitar, de cualquier autoridad o persona, los antecedentes que estime necesarios para la resolución del asunto. Todas las notificaciones se efectuarán por el estado diario;

5º El órgano del Estado, la persona o el funcionario afectados, podrán hacerse parte en el recurso;

6º Tanto en la Corte de Apelaciones como en la Corte Suprema la suspensión de la vista de la causa procederá por una sola vez a solicitud del recurrente, pero la otra parte sólo cuando el Tribunal estime el fundamento de la solicitud muy calificado. Si la persona o funcionario fuere

más de uno, dicha suspensión sólo podrá solicitarse, asimismo, por una sola vez;

7º La sentencia que se dicte por la Corte de Apelaciones o por la Corte Suprema tendrá el carácter de definitiva, y se apreciará en conciencia los antecedentes que se acompañaren al recurso y todas las probanzas que se produjeran;

8º En las Garantías Constitucionales contempladas en los N.ºs. 1, 3, inc. 4º, 7, 12 y 19 inciso final del Art. 1º del Acta Constitucional N.º 3, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, en su caso, fallará el recurso en el término de 24 horas, y en las demás garantías que señala el artículo 2º de esa Acta el fallo deberá dictarse dentro del tercer día, plazo que se contará desde que se halla la causa en estado;

9º En contra de la sentencia que expida la Corte de Apelaciones no procederá el recurso de casación;

10º Si respecto de un mismo acto u omisión se dedujeren dos o más recursos, aun por distintos afectados, y de los que corresponda conocer a una determinada Corte de Apelaciones, de acuerdo con lo establecido en el punto primero del presente auto, se acumularán todos los recursos a que se hubiere ingresado primero en el respectivo libro de la Secretaría de Tribunal, formándose un solo expediente para ser resuelto en una misma sentencia;

11º Firme el fallo de primera instancia por haber transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación, sin que éste se hubiere deducido, o dictado sentencia por la Corte Suprema cuando fuere procedente, se transcribirá lo resuelto a la persona, funcionario o autoridad cuyas actuaciones hubieren motivado el recurso de protección, por oficio directo o telegráficamente si el caso lo requiere;

12º Si la persona, el funcionario o el representante o Jefe del Organismo del Estado, ya tenga éste la calidad de titular, interino, suplente o subrogante, o cualquiera otra, no evacuará los informes o no diere cumplimiento a las diligencias y sentencias dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema ordenaren, conforme a lo establecido en este auto acordado, podrán éstas imponer al renuente, oyéndolo, o en su rebeldía, alguna o algunas de las siguientes medidas: a) amonestación privada; b) censura por escrito; c) multa a beneficio fiscal que no sea inferior a cinco sueldos vitales mensuales de la Escala A) del Depto. de Santiago, ni exceda de un sueldo vital anual de la misma Escala; y d) suspensión de funciones hasta por cuatro meses, tiempo durante el cual el funcionario gozará de medio sueldo. Todo ello además de la responsabilidad penal en la que pudieran incurrir dichas personas, y

13º Las presentes normas de procedimiento son de general aplicación en el recurso de que se trata, sin perjuicio de lo establecido en los Arts. 1º

y 14 del Acta Constitucional N° 4, modificado este último por el Artículo Unico del Decreto Ley N° 1684, de 1977, sobre Régimen de Emergencia, a que se refiere el Decreto Ley N° 1533, de 11 de septiembre de ese mismo año”.

### 2.5. *Los tipos de problemas jurídicos que pueden suscitar las actuales normas reguladoras del recurso*

Los tipos de problemas que pueden suscitarse al aplicar las normas que actualmente regulan el recurso de protección son los siguientes:

a) En primer término, problemas relativos a la competencia de los órganos estatales que intervienen en la regulación complementaria del recurso o en el conocimiento, tramitación, fallo y ejecución de los recursos de protección que se interpongan en la realidad;

b) Problemas relativos a los actos u omisiones lesivos de los derechos protegidos por el recurso y que pueden ser impugnados mediante el recurso de protección, y

c) Problemas relativos al procedimiento judicial por el que debe regirse el recurso en estudio.

## 3. LA COMPETENCIA

### 3.1. *Competencia de la Corte Suprema para modificar el auto acordado sobre tramitación del recurso*

De acuerdo con el inciso final del Art. 2° del Acta Constitucional N° 3, la Corte Suprema debía dictar un auto acordado que regulara la tramitación del recurso de protección, lo que dicho tribunal efectivamente hizo como ha quedado explicado precedentemente.

Una vez ya dictado dicho auto acordado, ¿puede la Corte Suprema, de su propia iniciativa y dentro de su competencia ordinaria constitucional o legal modificarlo una o más veces según lo estime conveniente?

Si se estima que el cuerpo de normas por ella dictado es simplemente un auto acordado común y corriente, de aquellos que puede dictar en ejercicio sus facultades económicas que el inciso 1° del Art. 86 de la Constitución de 1925, vigente en esta parte, le reconoce, no se presenta ninguna dificultad y dicho cuerpo de disposiciones podría ser modificado cuantas veces el tribunal que lo dictó lo estimare necesario. Si, por el contrario (y atendido el hecho que fue dictado por específico y expreso mandato constitucional para regular un procedimiento judicial que ordinariamente es materia de ley), se estimare que tal cuerpo de disposiciones si no por el órgano de que emana ni por su proceso formador, por la materia que regula y la fuerza obligatoria y jerarquía normativa que tiene es equivalente a una ley, podría estimarse que una vez dictado ya no podría libremente

y por iniciativa de la propia Corte Suprema ser modificado por ésta, sin que previamente una nueva disposición constitucional así lo dispusiera o autorizara. Tal opinión sería sustentada, por ejemplo, por los profesores de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, señores Julio Salas Vivaldi y Héctor Oberg Yáñez. En sentido contrario entendemos que opinaría el profesor de Derecho Procesal del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile en Valparaíso, señor Renato Damilano Bonfante.

No se trata aquí evidentemente de dilucidar si una u otra conclusión es la correcta, sino que nos basta que esta situación se produzca para apreciar que la duda razonablemente puede suscitarse.

### 3.2. *Competencia de la Corte Suprema para conocer del recurso en segunda instancia*

El artículo 2º del Acta Constitucional Nº 3 dio competencia a la Corte de Apelaciones respectiva para conocer de este recurso, pero sin precisar si conocería de él en única o en primera instancia y guardó silencio, por otra parte, respecto de si podría recurrirse de apelación en contra de la resolución del citado tribunal y cuál sería el de alzada en este evento. O sea, no atribuyó expresamente competencia a ningún otro tribunal para conocer de dicho recurso. Como el artículo 6º del Acta Constitucional Nº 2, manteniendo la regla del antiguo artículo 4º de la Constitución de 1925, establece que ninguna magistratura puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes y en este caso, al menos directamente, no ha existido tal atribución expresa para conocer del recurso en segunda instancia, hay base para pensar que no le habría correspondido a la Corte Suprema atribuirse por sí misma dicha competencia, salvo que se estimare que tal atribución quedaba comprendida dentro de las reglas de mera tramitación del recurso de protección. Si se considera que tradicionalmente se hace una distinción entre competencia y procedimiento y que la propia organización y atribuciones (competencia) de los tribunales ordinarios figura en el Código Orgánico de Tribunales y las reglas de procedimiento judicial en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, respectivamente (como regla general), cabe pensar que podría estimarse dudosa la facultad de la Corte Suprema para atribuirse competencia como tribunal de alzada tratándose del recurso de protección.

### 3.3. *Competencia relativa de las Cortes de Apelaciones para conocer del recurso*

El artículo 2º del Acta Constitucional Nº 3 dice que el afectado en uno o más de los derechos protegidos por el recurso en estudio, frente a un

acto u omisión ilegal y lesivo de su derecho, puede ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, expresión similar a la empleada hoy en el artículo 3º de la misma Acta respecto del recurso de amparo. La determinación de cuál de todas las Cortes de Apelaciones sea la respectiva es un problema de competencia territorial a nuestro juicio y no de mera tramitación, por lo que debería haberse indicado en la propia norma de rango constitucional con mayor precisión el tribunal competente de dicha categoría, o haberse autorizado en términos más amplios a la Corte Suprema para la dictación del auto acordado. Hay quienes piensan que el problema ha quedado claramente solucionado mediante la regla contenida en el número 1º del citado auto acordado que expresa que el recurso se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión; pero pensamos que cuando un acto se dicta en el territorio jurisdiccional de una Corte de Apelaciones y se cumple o se ejecuta dentro del territorio de otra, el problema no queda absolutamente resuelto con claridad, pues habría que determinar dónde se entiende cometido el acto. Es una situación relativamente semejante a la de los "delitos a distancia" en que para precisar el tribunal territorialmente competente debió establecerse no sólo que lo sería aquel en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que motivare el proceso sino además que el delito se considerará cometido en el lugar donde se dio comienzo a su ejecución, según lo dispone el Art. 157 del Código Orgánico de Tribunales, regla que no está expresamente consagrada tratándose del recurso de protección.

#### 3.4. *Competencia de los tribunales que conozcan del recurso para imposición de sanciones*

El auto acordado dictado por la Corte Suprema para regular la tramitación del recurso, en su número 12, establece sanciones de amonestación privada, censura por escrito, multa a beneficio fiscal y suspensión de funciones para la persona, el funcionario o el representante o Jefe del Organismo del Estado que no diere cumplimiento a la sentencia en el plazo que el Tribunal ordenare. Nos parece dudoso que la imposición de tales sanciones sea un acto de mera tramitación del recurso, tanto porque ya se habría dictado sentencia ejecutoriada en el mismo, cuanto porque siendo la tramitación del recurso algo propio del ámbito judicial, tales sanciones ordinariamente afectarían a personas y funcionarios ajenos al Poder Judicial y dependientes en muchas ocasiones de otros poderes del Estado. Ello nos hace pensar que habría sido deseable que la propia norma de rango constitucional resolviera expresamente este punto.

#### 4. LOS ACTOS U OMISIONES LESIVOS IMPUGNABLES MEDIANTE EL RECURSO

##### 4.1. *Noción preliminar*

El artículo 2º del Acta Constitucional N° 3 se ha limitado en esta materia a señalar que podrá interponerse el recurso por actos u omisiones arbitrarios o ilegales que produzcan en el titular de los derechos respectivos que el recurso protege privación, perturbación o amenaza del ejercicio de los mismos. Esta redacción plantea cuestiones dudosas tales como si puede recurrirse contra vías de hecho, aunque no exista acto formal contra al cual reclamar; si podría estimarse que un acto fuese arbitrario aunque no fuese ilegal; si basta cualquier ilegalidad del acto o la omisión para justificar el recurso o si se requiere que ella sea manifiesta o grosera; si determinados actos quedan excluidos de su impugnación mediante el recurso en razón de quien emanan, etc.

##### 4.2. *Limitaciones derivadas de la naturaleza de las omisiones o actos lesivos*

Algunas sentencias de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones han resuelto que no cabría impugnación de resoluciones judiciales, dictadas en los respectivos procesos mediante el recurso de protección, porque éste "no ha sido creado para solucionar los conflictos específicos entre particulares ni para fallar juicios pendientes, ni para entrometerse en sus decisiones porque si del juicio conoce un Tribunal, cuya competencia no se ha discutido, los intereses en disputa se encuentran sometidos al imperio del derecho, mediante la ley respectiva, y por lo tanto, debidamente protegidos". En consecuencia, desde este punto de vista no serían impugnables mediante el citado recurso los actos jurisdiccionales propiamente tales, esto es, aquellos que dictados por los Tribunales de Justicia revisieren naturaleza de resoluciones judiciales dictadas en los correspondientes procesos.

Puede plantearse también la duda de si procedería la impugnación mediante este recurso de los dictámenes de órganos consultivos o asesores (aun todos o algunos de la propia Contraloría General de la República), en razón de su naturaleza no decisoria, por constituir una mera expresión de juicios u opiniones que por sí mismos no podrían llegar a producir privación, perturbación o amenaza de ninguno de los derechos protegidos por el recurso, sin perjuicio de lo que procediere contra los actos que, siguiendo las indicaciones del dictamen, pudiere luego dictar la autoridad administrativa activa.

Finalmente, puede por lo menos fundadamente dudarse de si el recurso procedería contra actos de contenido legislativo (leyes, decretos-leyes y

decretos con fuerza de ley por lo menos), puesto que ordinariamente contra actos de tal naturaleza su control de constitucionalidad se ha entregado a otros órganos distintos de las Cortes de Apelaciones (Tribunal Constitucional, Corte Suprema, Contraloría General de la República, según los casos y época de nuestra historia en que ello ha ocurrido).

Convendría pues precisar más la actual situación sobre esta materia.

#### 4.3. *Limitaciones derivadas de la naturaleza y jerarquía o categoría de órganos que dictan los actos o incurren en las omisiones lesivas*

Si del recurso de protección deben conocer las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, parece razonable pensar que no podrán ser las primeras las que pudieran dejar sin efecto decisiones de la última; pero igualmente está justificado pensar que entre las propias Cortes de Apelaciones, si es que excepcionalmente pudiera encontrarse algún caso posible de ser materia de este recurso, no podrían ellas recíprocamente dejar sin efecto, suspender o modificar sus resoluciones, dictadas en procedimientos distintos al recurso de protección.

Si llegara a existir otro tipo de órganos superiores del Estado, como un Tribunal Calificador de Elecciones o un Tribunal Constitucional, y excepcionalmente pudiere plantearse la posibilidad de actos u omisiones tuyas que se estimaren lesivos para derechos protegidos mediante este recurso, parece por lo menos dudoso que procediera su impugnación por esta vía.

Parece igualmente conveniente tratar de resolver claramente estas cuestiones de manera expresa.

#### 4.4. *Limitación derivada de no adolecer el acto u omisión lesivos de una ilegalidad "manifiesta"*

El profesor de Derecho Administrativo de las Universidades Católicas de Valparaíso y de Chile en el mismo puerto y abogado del Consejo de Defensa del Estado, don Pedro Pierry Arrau, estima que "Los actos de la Administración se presumen legítimos, por lo que si adolecen de algún vicio o ilegalidad, mientras un Tribunal no proceda a su anulación, no puede entenderse que no se encuentre vigente el imperio del derecho", y que, por consiguiente, la frase del artículo segundo del Acta Constitucional N° 3 que alude al restablecimiento del imperio del Derecho mediante el recurso de protección "sólo puede tener sentido frente a aquella actividad de la Administración que no sea posible unir a la presunción de legitimidad de los actos administrativos. O sea, sólo cuando esa presunción sea absolutamente inoperante, por la gravedad del vicio". Para el citado profesor, el recurso sería procedente tratándose de la vía de hecho que vendría a suponer una ilegalidad manifiesta<sup>3</sup>. Un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha discurrido también en este mismo sentido<sup>4</sup>.

Cómo la disposición Constitucional sobre el recurso no ha exigido expresamente que para su procedencia el acto u omisión susceptible de impugnación adolezca de ilegalidad manifiesta (como ocurre en alguna legislación extranjera en situaciones semejantes), sería conveniente, si tal fuere el pensamiento del constituyente, explicitarlo.

#### 4.5. *Situación respecto de los actos u omisiones lesivos emanados de particulares*

La amplitud de los términos del artículo consagratorio del recurso de protección podría autorizar para pensar que sería procedente también contra actos de particulares. No obstante, tal vez correspondiera hacer, si la respuesta debiera ser afirmativa, algunas distinciones, pues generalmente para enfrentar actos ilegítimos de particulares, atentatorios contra los derechos protegidos mediante este recurso, podrían generalmente bastar las normas penales que castigan los correspondientes delitos y la regla de procedimiento penal que establece que entre las primeras diligencias de instrucción del sumario está la de dar protección a los perjudicados con el delito (Art. 7º, del C.P.P.).

Hay casos excepcionales en que determinadas personas jurídicas privadas, no obstante, su naturaleza de tales, ejercen en alguna medida funciones públicas y los actos u omisiones de sus autoridades o funcionarios podrían lesionar uno o más de los derechos protegidos por el recurso de protección. En tal caso, por lo menos parece justificado entender que tales actos u omisiones serían impugnables mediante este recurso.

Esta situación merecería la debida aclaración.

### 5. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

#### 5.1. *Facultades de los tribunales que conozcan del recurso para dictar "orden de no innovar".*

Esta orden se consulta en forma expresa sólo excepcionalmente en nuestro Derecho Procesal. En efecto, primitivamente ella estaba consultada en el Código de Procedimiento Civil, dentro de la tramitación del recurso de hecho. Los artículos 203 y 204 del citado Código disponen que si se deniega por el tribunal inferior un recurso de apelación que ha debido concederse, la parte agraviada puede recurrir de hecho al superior respectivo para que declare admisible la apelación; el superior pedirá al inferior informe sobre el asunto en que haya recaído la negativa u ordenarle la remisión del proceso, y "podrá asimismo, ordenar que no innove cuando haya antecedentes que justifiquen esta medida".

En materia de recursos de queja la orden de no innovar que antes fuera una simple creación de la jurisprudencia pasó a quedar reconocida y

regulada expresamente por el auto acordado de la Corte Suprema, de 13 de noviembre de 1963, sobre tramitación de las quejas, el que en su número 7 expresa que la "orden de no innovar" concedida en términos generales, o sea sin limitación alguna, produce paralización de todo el procedimiento, pero no suspende el curso de los plazos fatales que hayan comenzado a correr antes de comunicarse dicha orden.

Puede apreciarse, por consiguiente, que la denominada "orden de no innovar" consiste en una resolución del Tribunal que conoce del recurso, a petición del recurrente, en virtud de la cual el Tribunal que dictó la resolución recurrida debe abstenerse de inmediato de continuar tramitando la causa y, particularmente, de hacer cumplir la resolución recurrida.

Ni en el auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación de recurso de protección ni tampoco en el Art. 2º del Acta Constitucional N° 3 se contempla expresamente la posibilidad de dictar, pendiente la tramitación del recurso, orden de no innovar para que la persona, funcionario o representante o jefe del órgano estatal que hubiere dictado el acto se abstenga de ejecutarlo o cumplirlo mientras se resuelve en definitiva sobre el recurso de protección interpuesto. En ausencia de disposición expresa sobre el particular, se suscita la duda de si será procedente la dictación de dicha orden tratándose de la tramitación del recurso de protección.

## 5.2. *La improcedencia del recurso en las situaciones de emergencia*

Hemos visto ya que el Art. 14 del Acta Constitucional N° 4, en su texto actual vigente, dispone expresamente que el recurso de protección será improcedente en las situaciones de emergencia, sea de las contempladas en el Acta Constitucional N° 4 o en otras normas constitucionales o legales.

Sobre el alcance y significado de esta disposición existen dos criterios diferentes. Para unos, la procedencia del recurso sólo se encuentra limitada por la existencia de una situación de emergencia cuando los derechos que resulten afectados por ésta sean los que se pretendan proteger mediante el referido recurso, de manera que éste sólo será improcedente si dentro de las atribuciones que tiene la autoridad de cuyo acto se reclama, en razón de la respectiva situación de emergencia, podía suspender, restringir o limitar el derecho de que se trate. Para otros, la claridad de los términos empleados por el actual artículo 14 del Acta Constitucional N° 4 no permite ni siquiera la posibilidad de limitar su alcance a través de una labor interpretativa, y establece perentoriamente un impedimento expreso para la procedencia del recurso de protección en tanto exista cualquier tipo de situación de emergencia constitucional o legal, sin que corresponda hacer distinciones de ninguna clase y, por ende, la autoridad judicial no se encuentra habilitada para efectuarlas.

Frente a estos dos criterios contradictorios respecto del alcance del artículo 14 en su texto actual del Acta Constitucional N° 4, es deseable que en la nueva Constitución esta materia sea establecida en términos absolutamente claros, de manera que cualquiera que sea la solución que se dé al problema planteado, ella no merezca dudas ni suscite dificultades en su aplicación, ni por la autoridad política o administrativa al dictar los actos correspondientes ni por la judicial al tener que pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de protección. Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de tratar de establecer la solución que sea jurídica y prácticamente la más adecuada para la cuestión de la admisibilidad del referido recurso en situaciones de emergencia.

### 5.3. *Procedencia del recurso en relación con otros procedimientos, acciones o recursos tutelares*

El inciso 1° del artículo 2° del Acta Constitucional N° 3 dispone, en lo pertinente, que el recurso de protección podrá interponerse "en perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el agraviado por el acto u omisión) ante la autoridad o los tribunales correspondientes". No obstante el tenor literal de esta disposición, la historia fidedigna del establecimiento de la misma en el seno de la Comisión Constituyente y la inexistencia respecto de este recurso de una regla expresa semejante a la contenida en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, respecto del recurso de amparo, hay quienes han sostenido la improcedencia del recurso si existen o se han interpuesto otros recursos legales contra el acto que se impugna mediante el recurso de protección. Aunque parece difícil poder aclarar más la actual disposición constitucional sobre la materia, esta tendencia limitativa de algunos fallos judiciales debe ser considerada al momento de consagrar el recurso de protección en la nueva Constitución, para precisar si se establece o no tal tipo de limitación y, en caso que la respuesta a esta cuestión fuere afirmativa, para que se establezca una norma clara y expresa sobre el particular, cuya aplicación en lo posible no suscite dificultades.

## 6. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

### 6.1. *Los principios de la jurisdiccionalidad, de la concentración y de la doble instancia*

Pensamos que el recurso de protección, como desde su creación el Acta Constitucional N° 3 ha sucedido, debe mantenerse en la nueva Constitución como un Procedimiento judicial, esto es, que sean los tribunales de justicia y no otro tipo de autoridades los que deban conocer el recurso.

Ello tanto por las garantías del personal judicial (independencia, imparcialidad y competencia profesional) cuanto por las garantías del procedimiento judicial (fundamentalmente bilateralidad, publicidad y motivación).

Aun cuando podría dudarse sobre la conveniencia de concentrar en sólo tribunales superiores el conocimiento del recurso, puesto que un sistema que entregara su conocimiento en primera instancia a los Juzgados de Letras (sin exigir que lo fueran de ciudad asiento de Corté de Apelaciones) facilitaría la interposición del recurso, la trascendencia de este procedimiento justifica a nuestro juicio que sea entregado al conocimiento de las Cortes de Apelaciones. La progresiva creación de estas últimas, por lo demás, permite una razonable facilidad para la presentación de los recursos.

La regla general en nuestro Derecho Procesal es la doble instancia. Las conocidas razones que la justifican hacen innecesaria su repetición en este trabajo, por lo que entendemos que basta, por ahora, indicar la conveniencia de mantener el principio en cuestión respecto de este recurso, de modo que conozcan de él en primera instancia las Cortes de Apelaciones y en segunda instancia la Corte Suprema, tal cual hoy sucede. Sin embargo, creemos conveniente, para cumplir con la regla de que las autoridades no tienen otras atribuciones que las que expresamente se les confiere por la Constitución y las leyes, que en la nueva Constitución se indique específicamente este principio de la doble instancia señalando determinadamente la categoría de tribunales que deban en cada instancia conocer del recurso, salvo que exista en la nueva Constitución una norma de carácter general que establezca este principio en materia judicial, el que sólo no jugaría cuando hubiere una disposición constitucional o legal expresa que lo limitare. En esta última situación, es claro, no se necesitaría expresar particularmente el mismo principio a propósito del recurso de protección.

## 6.2. *El principio de la excepcionalidad*

Aun a riesgo de tener que dar mayor extensión a la norma constitucional correspondiente, somos partidarios de señalar en el texto fundamental tanto la regla general de procedencia del recurso de protección respecto de los actos u omisiones inconstitucionales o ilegales lesivos de los derechos protegidos, como sus excepciones en forma expresa, o al menos establecer, en subsidio, en la Constitución una delegación expresa para que la ley o un auto acordado de la Corte Suprema establezcan las excepciones correspondientes. Pensamos que la actual amplitud del artículo 2º, inciso 1º, del Acta Constitucional N 3 debe ser razonablemente limitada, de modo que este recurso sea un procedimiento excepcional que

corresponda emplear sólo cuando no haya otros medios jurídicos expeditos para proteger adecuadamente los respectivos derechos. En este sentido estimamos que el recurso no debería ser procedente sino cuando la inconstitucionalidad o ilegalidad fueren manifiestas, de manera que cuando sea necesario para establecerla o acreditarla un mayor debate o prueba o la cuestión promovida fuera dudosa no debe ser acogido el recurso.

Pensamos igualmente que no debería proceder el recurso (por obvias razones) contra preceptos legales, resoluciones dictadas por la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones, ni contra resoluciones judiciales ejecutoriadas a la fecha de interposición del recurso, ni contra actos u omisiones consentidos previamente por el afectado ni cuando habiendo éste optado previamente por una vía judicial o administrativa distinta para la protección de su derecho ésta se encontrare inconclusa.

Finalmente, también debería existir alguna limitación de la procedencia de este recurso respecto de actos u omisiones de particulares.

### 6.3. *El principio de la amplitud de las atribuciones judiciales*

En materia de las atribuciones que correspondan a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones para conocer del recurso, estimamos que ellas deben ser bastante amplias, de modo que el recurso quede regulado en tal forma que sea efectivamente eficaz en los casos en que proceda. Dentro de este orden de ideas creemos conveniente destacar:

a) la conveniencia de indicar expresamente la procedencia de la dictación de orden de no innovar por el tribunal que esté conociendo del recurso cuando a su juicio los antecedentes del caso lo justifiquen, y haya sido solicitada por el recurrente, y

b) la procedencia de que en las normas complementarias del texto constitucional en esta materia puedan establecerse sanciones aplicables por los tribunales que conocen del recurso para quienes resulten renuentes en el cumplimiento de las resoluciones que se dicten durante la tramitación del recurso y respecto de las sentencias ejecutoriadas o que causen ejecutoria que resuelvan sobre el fondo del recurso.

### 6.4. *El principio de la mutabilidad procesal expresa*

Estimamos conveniente también que el texto constitucional, en caso de encargar a la Corte Suprema la dictación de un auto acordado sobre el recurso de protección, complementario de la norma de rango constitucional, establezca la atribución de dicho tribunal de modificar el que dicte las veces y en las oportunidades que estime necesarias, sin necesidad de nueva autorización constitucional o legal para ello. Como pudiera estimarse que el cuerpo de disposiciones que dictare dicho alto tribunal

tuviera un cierto carácter legislativo en cuanto a su jerarquía normativa, su contenido y fuerza obligatoria, es preferible para evitar toda duda establecer expresa y determinadamente, a nivel constitucional, esta facultad de la Corte Suprema.

#### 6.5. *El principio de la admisibilidad del recurso en las situaciones de emergencia*

Contrariamente a lo que hoy dispone el artículo 14 del Acta Constitucional N° 14, pensamos que no debe declararse improcedente el recurso de protección en las situaciones de emergencia. En un Estado de Derecho y frente a una situación de emergencia, las autoridades respectivas no deben quedar ajenas al principio de legalidad ni los particulares desprovistos de garantías constitucionales adecuadas para el resguardo del legítimo ejercicio de sus derechos. Naturalmente que según las circunstancias que legitimen el respectivo estado de emergencia, determinados derechos de las personas podrán ser, en virtud de disposiciones constitucionales expresas, suspendidos o restringidos en su ejercicio en cuanto tales circunstancias lo hicieren indispensable. Luego, disminuirían los derechos de los particulares y se acrecentarían en ciertos aspectos las atribuciones de las correspondientes autoridades. El marco de legalidad en una situación de emergencia no será exactamente el mismo que en una situación de normalidad constitucional; pero lo que debe cambiar precisamente en la medida adecuada es tal marco de legalidad, pero no debe privarse a los particulares de sus garantías constitucionales durante la emergencia para proteger sus derechos en cuanto su ejercicio subsista en la emergencia. Lo contrario parece demostrar un prejuicio en el sentido que la autoridad procederá no de acuerdo a una legalidad excepcional sino contra la ley y que se intenta coartar el procedimiento eficaz para evitarlo.

#### 6.6. *El principio de la simplificación y agilidad procesales*

El recurso de protección debe tener una tramitación simple, con plazos breves, que proporcione agilidad al procedimiento para que sea eficaz. En líneas generales estas características se cumplen con el procedimiento vigente sobre la materia y deberán conservarse en la nueva institucionalidad, sin perjuicio de realizar las modificaciones que procedan en el futuro en cualquier detalle que la experiencia aconseje. No obstante, esta celeridad y simplificación deben permitir una adecuada defensa, tanto del recurrente de protección como de la persona, autoridad o funcionario en contra de cuyo acto u omisión se recurre.

6.7. *El principio de la cosa juzgada respecto del recurso de protección y de la reserva de otros recursos, acciones o derechos.*

Rechazado un recurso de protección, la sentencia definitiva ejecutoriada que lo rechaza ha de producir cosa juzgada, de manera que no podrá renovarse tal recurso respecto del mismo acto u omisión, por o a nombre del agraviado con uno u otra, ni siquiera con fundamentos distintos de los primitivamente hechos valer en el recurso rechazado.

Si se tratare, por el contrario, de deducir acciones o interponer recursos, o emplear otros procedimientos distintos del recurso de protección en resguardo de los derechos que este último protege, no será obstáculo para ello la circunstancia de haberse interpuesto previamente el recurso de protección. El afectado con el acto u omisión lesivos, en consecuencia, deberá conservar sus derechos para impugnar el acto o la omisión por cualquiera otra vía distinta del recurso de protección, siempre que lo haga naturalmente en tiempo y forma, conforme con las reglas que sean pertinentes para dicha vía.

Es conveniente que este principio quede claramente establecido para evitar que por un error de aplicación de las normas correspondientes la opción por el recurso de protección como primera vía de reclamación sea considerada como obstáculo para el ejercicio de otros derechos que pueda hacer valer el afectado, lo que restaría eficacia en la práctica al recurso materia de nuestro interés.

## 7. OBSERVACIÓN FINAL

En razón de no conocer oficialmente el texto de un anteproyecto articulado de nueva Constitución, no se ha estimado posible concretar estos principios o al menos sus bases constitucionales a través de la proposición de una o más normas constitucionales precisas sobre el particular, debiendo limitarnos exclusivamente a señalar y fundar someramente, en su caso, los principios informadores respectivos.

## NOTAS

<sup>1</sup> Según la rectificación del inciso 1º del artículo 2º del Acta Constitucional Nº 3 en virtud de la cual la referencia que en la publicación del Acta se hacía al Nº 20, inciso 8º, debía hacerse al inciso 7º, Diario Oficial, 29 octubre de 1976,

<sup>2</sup> La primitiva redacción del artículo 14 del Acta Constitucional Nº.4 estaba en íntima relación con lo expuesto en los fundamentos 4º y 5º principalmente del Acta en cuestión, en que se reconocía expresamente que las limitaciones a los derechos de las personas, derivadas de la existencia de un estado o situación de emergencia, debían guardar proporción con la gravedad de la emergencia de que se tratara, para no imponerlas sino en la medida en que resultaran estrictamente necesarias.

<sup>3</sup> Véase P. Pierry Arrau, El recurso de Protección y lo contencioso administrativo, 1 Revista de Derecho (Valparaíso), 153-73 (1977), y la cita que en dicho artículo se hace al fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en recurso de protección interpuesto por don Carlos Galindo Vera, resuelto en primera instancia por sentencia de 29 de junio de 1977 y especialmente lo expuesto en el primer considerando de dicha sentencia.

<sup>4</sup> Id.