

“SIN PERJUICIO DE...” EN EL RECURSO DE PROTECCION*

EDUARDO SOTO KLOSS
Universidad de Chile

1. EN EL PROYECTO DE 1972

En la idea central que anima este proyecto aparece claro que es un remedio procesal breve y sumario destinado al amparo inmediato del afectado frente al abuso de un tercero. Y puesto que tiene tal finalidad es que se plantea allí el que la interposición de este recurso deje a salvo todas las acciones ordinarias que sean pertinentes para la tutela jurídica ordinaria de los derechos del agraviado.

Dice la expresión de motivos de dicho proyecto de 1972, a la letra:

“Si bien es cierto que los afectados pueden entablar las acciones civiles y criminales que correspondan ante los tribunales ordinarios para obtener remedio a la situación arbitraria o ilegal que los afecta, no es menos cierto que dichos procedimientos ordinarios son latos, como va dicho, y muchas veces es indispensable una acción inmediata para evitar daños irrepa-

* *Abreviaturas usadas*

AC	Acta constitucional
AOCC	Actas oficiales de la comisión constituyente
RP	Recurso de protección
SII	Servicio de Impuestos Internos
CP	Constitución Política de la República
DFL	Decreto con fuerza de ley
DL	Decreto ley

rables al afectado, tanto en sus bienes o en sus derechos, que una indemnización pecuniaria posterior jamás puede subjetivamente reparar. Por ello se hace indispensable establecer en nuestra Constitución Política un procedimiento eficaz y brevísimo, paralelo al recurso de amparo para la libertad personal ya contemplado en ella, que permita al afectado por los abusos mencionados tener protección inmediata y evitarle daños mayores, y todo ello, y tal como es el caso de la libertad personal, sin perjuicio de las acciones civiles y criminales ante los tribunales que corresponda a que dé lugar el acto u omisión arbitrario e ilegal”.

Aparece indudable, entonces, que el proyecto referido contempla con claridad y precisión suficientes la complementariedad de las acciones ordinarias con este remedio inmediato y pronto, puesto que la interposición de este recurso breve y sumario análogo al de amparo, que imaginaba el constituyente de 1972, deja intactas las tutelas jurisdiccionales ordinarias, que fueren pertinentes y que el ordenamiento general otorga al agraviado.

Y es más, el proyecto enfoca el problema con entera amplitud, pues permite no sólo el ejercicio posterior de las acciones ordinarias de tutela jurisdiccional, sino también simultáneo, pues que éstos suelen ser “latos por su naturaleza” y “muchas veces es indispensable una acción inmediata para evitar daños irreparables al afectado, tanto en sus bienes o en sus derechos, que una indemnización pecuniaria posterior jamás puede subjetivamente reparar”.

El propio texto del proyecto, concordante con la motivación ya transcrita, expresa además la misma idea: “la Corte de Apelaciones respectiva... adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias... “sin perjuicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes”.

Ya lo señalaba también el inciso mismo de la exposición de motivos cuando insertando este remedio pro-

cesal pronto y eficaz dentro de la "vigencia del Estado de Derecho", expresa que ello "hace indispensable que se adopten todas las medidas que la experiencia indica para dar una eficaz y rápida protección a todos los derechos, igualdades y libertades que el ser humano requiere para ser protegido contra abusos y arbitrariedades, sea de otros ciudadanos o de quienes ejercen el poder público".

Ni la interposición de acciones ordinarias impide acudir ante los tribunales a través de esta acción de amparo general, ni la interposición de este remedio breve, sumario e inmediato impide acudir ante la justicia por medio de las acciones ordinarias que el ordenamiento ha previsto para tutela de los derechos; ninguna vía tutelar se opone a la otra, por el contrario, ambas se complementan y se integran mutuamente en su finalidad de protección tanto del ordenamiento jurídico ("el imperio del derecho") como de los derechos del agraviado.

Tal es el contenido en este punto de este proyecto de 1972, y que aparece claramente tanto de su exposición de motivos como de su propio texto.

2. EN LAS ACTAS DE LA COMISION CONSTITUYENTE

Esa amplitud que veíamos estaba en la idea del proyecto de 1972, queda no sólo reforzada sino ampliamente confirmada y explicada si se considera el Acta de la Sesión 216 (27.5.76) de la Comisión Constituyente, que elabora el AC N° 3, cuyo art. 2° contempla precisamente el RP, y donde los comisionados se expusieron al respecto y se llega a un acuerdo unánime sobre la materia.

En dicha Sesión, a la que concurren los comisionados Ortúzar, Evans, Guzmán y Silva Bascuñán, y también el Ministro de Justicia de la época, Schweitzer Spikin, se produjo un debate en extremo interesante al punto que el texto que iba aprobado hasta dicho mo-

mento —y precisamente en la parte que aquí nos interesa— fue complementado y precisado por obra de uno de los comisionados, al plantear una duda muy pertinente.

En efecto, aprobado el texto del recurso de protección —así llamado provisionalmente¹— en las sesiones 214 y 215, verdadero amparo “respecto de los demás derechos o garantías que consagra la Carta Fundamental², su tenor en la frase final decía, “sin perjuicio de las acciones que procedan ante los tribunales correspondientes”³.

A la sesión 216 se invitaba al Ministro de Justicia para considerar el recurso de “habeas corpus”; antes de comenzar a tratar dicho tema el Presidente de la Comisión Constituyente —Ortúzar Escobar— estima conveniente dar a conocer brevemente al referido Ministro el texto aprobado hasta ese momento del RP, lo que así se hace.

Pues bien, toma luego la palabra el comisionado Silva Bascañán, y señala la conveniencia de modificar dicha frase final, ya que “las reacciones en el ordenamiento jurídico, frente al atropello, al margen del recurso de protección, son de muy distinta naturaleza, y ante organismos de diferente índole, muchos de los cuales no son tribunales”.

Además, agregaría instantes después, es necesario realzar la máxima amplitud de este RP a fin de evitar que ocurra con él lo que ha sucedido con el recurso de amparo donde “por no haberlo dicho en forma expresa el constituyente, consideró el legislador que no podía ejercerse el recurso de amparo si se habían adoptado dentro del ordenamiento otros caminos para salvar la situación”. De allí que si se quiere —continúa— que no haya obstáculos para que este recurso sea efectivo,

¹ Sesión 216, p. 2.

² Vid. nota anterior

³ Vid nota 1.

cualesquiera que sean los demás caminos de protección que se adopten dentro del ordenamiento jurídico, hay que decirlo claramente”⁴.

Señala Ortúzar, entonces, que debe establecerse esta aclaración, pues aparece indispensable, ya que “aquí se está estableciendo un recurso judicial y se dice que este recurso es sin perjuicio de las demás acciones”, pensando que las “peticiones” que puedan hacerse ante otras autoridades —distintas de las judiciales— siempre serán posibles por estar ellas amparadas en virtud del derecho de petición.

Queda claro, pues, que los constituyentes del AC 3, art. 2º, pensaron en el problema que se podía presentar en cuanto a la compatibilidad de este RP y las demás acciones o peticiones que el agraviado pudiera interponer ante los tribunales u otras autoridades. Y no sólo lo pensaron, sino que debatieron el punto, surgieron controversias y decidieron unánimemente la solución que dar⁵.

⁴ Sesión 216, p. 5.

⁵ Cabe advertir que en esta Sesión 216 el comisionado Evans planteó la duda de si era necesaria la frase del “sin perjuicio de . . .”; dijo él:

“si al cautelarse la libertad personal el constituyente nunca estimó necesario hablar de que el recurso de amparo procedía y ello no obstaba ni obstaculizaba el ejercicio de las demás acciones, ¿por qué tiene que decirlo ahora? ¿Qué necesidad hay de expresarlo? ¿Por qué se va a suponer que un recurso de protección como el que se está estableciendo va a extinguir los demás derechos y acciones que tenga el afectado por la acción u omisión arbitraria de que se trate?”. “... es absolutamente innecesaria la expresión, pues no tiene objeto, ya que no se ve por qué se va a suponer que la existencia de estos recursos especiales extinguirá otro tipo de acciones o derechos que puede tener el afectado con ocasión o a causa del acto u omisión arbitraria o ilegal de que ha sido víctima” (p. 4 in fine).

A ello respondió el Ministro de Justicia (p. 5) haciéndole presente que era indispensable colocar tal frase por cuanto la Constitución de 1925 al establecer el recurso de amparo (art. 16)

Y ella fue la de establecer "la solución más amplia", para lo cual modificaron el texto que hasta allí llevaban aprobado y acordaron el texto que, en definitiva, es hoy disposición constitucional: "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" (art. 20 inc. 1º CP).

Y ello sea previa, simultánea o posteriormente a la interposición del RP.

Pero un texto normativo, sea constitucional, legal, o reglamentario, es una directriz para concretarse en la acción, dirigida ya a la autoridad pública, ya a los ciudadanos. Esta directiva para la acción que constituye el RP, previsto por el constituyente, y destinada primordialmente al juez para reestablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, ¿habrá sido entendida por el juez —en este punto del "sin perjuicio de..."— del mismo modo que lo entendieron sus autores, tal como lo hemos mostrado? Alguien decía que en definitiva es Derecho lo que resuelven los jueces⁶; el Derecho que han resuelto los jueces, en este caso ¿es el mismo que ha establecido el constituyente? ¿o es, acaso, diferente?

¿Qué es lo que han dicho los Tribunales?; ¿cuál es su jurisprudencia?

nada dijo al respecto, y el Código de Procedimiento Penal (art. 306), precisamente desarrollando el texto constitucional, planteó la posibilidad de recurrir de amparo sólo si no se hubieren deducido otros recursos legales. De no decir nada aquí en el RP se entendería, o podría entenderse, lo mismo que en el recurso de amparo; en cambio, con la redacción que ahora se propone para el RP sería la propia Constitución la que salvaría el eventual problema, decidiendo el asunto de modo directo y claro, expresamente.

⁶ A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, Rialp, Madrid (varias ediciones); en la de 1963, 12-26 (la 2ª ed. 1976 es de Ediciones Universitarias de Valparaíso); vid. también *Derecho es lo que aprueban los jueces*, en *Atlántida* (Madrid) 45 (1970), 233-243

3. EN LA JURISPRUDENCIA

Aun cuando la frase final del inc. 1º del art. 20 de la Constitución (ex art. 2º del AC 3/1976) podría decirse que incide fundamentalmente sobre la cosa juzgada en relación con el RP y debería ser, en consecuencia, abordada por un procesalista, con el rigor técnico de la ciencia procesal, me permito aquí en este párrafo mostrar los fallos más relevantes que en este aspecto han pronunciado los tribunales superiores de justicia, y, animado ciertamente por dichos fallos, realizar algunas consideraciones tanto sistemáticas como críticas teniendo en cuenta que la jurisprudencia parece haber reducido el alcance del "sin perjuicio de..." a un ámbito puramente práctico y operativo, sin mayor o ninguna disquisición teórica procesal.

La frase "sin perjuicio de..." que contempla el texto constitucional suele haberse planteado en dos líneas diversas, que inciden *una* en la posibilidad jurídica de interponer RP en contra de actos jurisdiccionales, y la *otra* en la posibilidad de recurrir de protección no obstante haber otras vías jurídicas previstas en el ordenamiento sustancial, o procesal, para el amparo, defensa o tutela del legítimo ejercicio de derechos constitucionales agraviados por la acción u omisión ilegal o arbitraria de un tercero, sea éste persona privada o pública, o aún entes sin personalidad, públicos o privados.

La primera se refiere a un tema que merece párrafo especial, y en tal virtud remitimos a otro lugar su tratamiento⁷; no podemos aquí dejar de anunciar, con todo, que la postura jurisprudencial del RP intentada frente a agravios producidos por actos jurisdiccionales ha sido refractaria desde su inicio a una posible admi-

⁷ Vid. párrafo referente a recurso de protección cuando el origen del agravio de derechos fundamentales proviene de actos jurisdiccionales

sión, a pesar de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional, rechazo casi diría “de principio”, que ha llevado curiosamente a fallos ciertamente contradictorios —pues tal postura no ha sido ni constante ni homogénea— y a la aplicación de la “queja de oficio”, con los quemantes problemas de la cosa juzgada en tales casos, como medio para hacer justicia en casos de iniquidades manifiestas o aberraciones inaceptables en el ejercicio de actividad jurisdiccional.

Como decíamos, nos ha parecido metodológicamente más adecuado tratar ello en el párrafo donde estudiamos el *origen del agravio*, es decir, el acto u omisión que, adoleciendo de ilegalidad o arbitrariedad, priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio de un derecho fundamental protegido constitucionalmente por esta acción de amparo que es el recurso de protección.

La segunda, que es el punto que trataremos aquí, nos revela en la jurisprudencia un variado espectro de soluciones, pero tal vez más en la forma en que han sido planteadas que en lo sustancial, donde creemos poder extraer alguna unidad de dirección.

Si se estudian los principales fallos en especial de la Corte Suprema, pero sin dejar de considerar algunos de las Cortes de Apelaciones, no parece ser a primera vista muy fácil la tarea de estructurar un pensamiento jurisprudencial uniforme, si bien algunas sentencias señeras dictadas en 1980 han esclarecido —así pensamos— notoriamente el panorama, quien sabe si por haberse ya decantado debidamente los perfiles o contornos del recurso de protección luego de más de cuatro años de práctica jurisprudencial.

A fin de mostrar en su línea evolutiva esta materia, seguiremos no precisamente un orden cronológico, sino más bien de tipo aproximativamente sistemático.

1. Relacionando este punto con el anterior (referente al acto jurisdiccional como fuente de agravio) claro y

muy bien perfilado en su expresión ⁸, creemos que es el fallo *Amenábar Herrera* (Corte Suprema rol 13809, sentencia de 27.8.79) recaído en un asunto en que después de interpuesto el RP, y mientras éste se tramitaba ante la Corte de Apelaciones de Santiago, se interpuso reclamo de ilegalidad contra un acto de autoridad municipal (art. 5° transitorio DL. 1.289, de 1976, ley orgánica de municipalidades).

Esta sentencia señala en sus cinco primeros considerandos lo siguiente:

“ 1) Que la locución ‘sin perjuicio de’ utilizada en el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3 significa literalmente que la institución que se crea —el recurso de protección— no perjudica los demás derechos u acciones que el interesado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes;

“ 2) Que el tenor del precepto constitucional, por tanto, permite en este caso al afectado recurrir por medio de recurso de protección y en seguida por cualesquiera otros procedimientos a los tribunales de justicia para poner remedio a la privación o perturbación del derecho a la libertad de trabajo, con las precisiones que se verán en seguida:

“ 3) Que la primera de las aclaraciones es que la redacción de dicho precepto constitucional que establece los recursos procesales, permite —es cierto— concluir que el de protección es sin perjuicio de ‘los demás derechos que pueda hacer valer (el afectado) ante la autoridad o los tribunales correspondientes’; pero no per-

⁸ Hago reserva aquí respecto del fondo, de la solución misma, que lamentamos no poder compartir, y que estudiaremos más adelante en el texto.

*“ mite deducir que el ejercicio de estos derechos
“ es sin perjuicio de aquel recurso; lo que quiere
“ decir que un recurso de protección en trámite
“ o fallado deja a salvo los recursos procesales
“ establecidos ante las autoridades y tribunales
“ respectivos; y que impetrada la intervención
“ de las autoridades o tribunales de justicia
“ cuando proceda para que remedien la pertur-
“ bación o amenaza de las garantías constitu-
“ cionales protegidas, ya no es posible recurrir
“ de protección, salvo que las autoridades y los
“ tribunales se declaren incompetentes para co-
“ nocer y resolver por la vía natural el asunto
“ promovido⁹, porque, en tal caso, podría el
“ interesado requerir de la Corte de Apelaciones
“ respectiva el respeto del derecho que le ha
“ sido perturbado o amenazado por la vía espe-
“ cial del recurso de protección;*

*“ 4) Que la segunda salvedad es que resuelto
“ un asunto por un tribunal de justicia, no po-
“ dría atacarse la resolución respectiva por
“ medio del recurso constitucional, porque éste
“ no se estableció como un nuevo medio de
“ impugnación de tales resoluciones, sino inde-
“ pendentemente de ellos, sometidos a otras
“ normas en su iniciación, trámites y efectos, y
“ sin lesión de la cosa juzgada establecida en
“ beneficio de la estabilidad de las resoluciones
“ judiciales;*

*“ 5) Que esto último es así, porque las decisio-
“ nes jurisdiccionales no pueden perder validez
“ sino en el proceso en que fueron emitidas, ya*

⁹ Como v. gr. si un tribunal se negara —alegando incompetencia o falta de jurisdicción— a conocer de un asunto tachándolo de “contencioso-administrativo”, invocando al art. 79 de la Constitución.

“ por otra decisión del mismo tribunal que dictó
“ la primera, ya por un superior jerárquico, o en
“ virtud del recurso de revisión; y nunca en
“ virtud de un recurso independiente sin vínculo
“ procesal con la decisión que se trata de in-
“ validar;”.

Si nos hemos permitido transcribir textual esta sentencia en la parte pertinente se debe a su claridad expositiva y al rigor lógico con que se desarrolla la argumentación¹⁰. Esta solución revela una dirección jurisprudencial bien definida en orden a entender la frase “sin perjuicio de...” de un modo determinado, y que lleva a excluir el RP —salvo excepción, como señala el considerando 3º— como remedio procesal frente a actos jurisdiccionales¹¹.

Pero fuera de eso revela algo más y muy importante, y es que para este fallo el RP debe ser anterior a toda interposición de otra acción jurisdiccional, ni

¹⁰ No es de extrañar ello, pues la redacción del fallo es del Ministro don Rafael Retamal.

¹¹ La lógica de la argumentación no excluye —a nuestro entender— su contradictoriedad con el texto mismo del art. 2º, inc. 1º del Acta Nº 3 (hoy art. 20 inc. 1º CP), y la historia fidedigna de su establecimiento, y nos parece, además, que encierra una falacia, como veremos en su oportunidad. El juez supremo entiende el texto de un modo enteramente contrario a como lo entendieron los constituyentes que lo establecieron, pero ello se inserta obviamente en un hecho que no admite sino una solución, cual es que el propio constituyente señale como interpretación auténtica la que él tuvo presente al estatuir la norma del art. pertinente, lo que es enteramente improbable que ocurra; siendo así, es la solución jurisprudencial la que adquiere vigencia en la práctica y no el texto constitucional. Y es que como decíamos no hace mucho (vid. nuestro *Recurso de protección y amparo judicial*, en RDP 19/20 (1976) 155-189, esp. 165s.) en último término es Derecho lo que dice el juez supremo, y no sólo en el caso controvertido donde se da esa solución sino también para el futuro porque el litigante posterior debe conocer esa solución como muy posible de serle aplicada igualmente, en su caso, a menos que logre revertirla con sus argumentaciones

simultánea ni posterior, sino con anterioridad ¹². Retengamos sólo esto aquí, para seguir con otras sentencias más particularizadas, y luego, al final, extraer ciertas conclusiones.

2. Otra solución que se ha dado al "sin perjuicio de..." es la que aparece en un fallo particularmente interesante, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Sucesión Ducchi* (Rol 71-79), de 26.11.1979 ¹³.

Dice la Corte en su considerando 9º:

"Que esta Corte estima que el recurso constitucional de protección se puede deducir con plena autonomía e independencia y desvinculado de otros institutos procesales, sin que sea requisito que ellos se hayan ejercido previamente o que, intentados, no hayan tenido éxito. El predicamento que antecede se apoya en el texto del artículo 2º del Acta Constitucional Nº 3, Decreto Ley 1.552, de 1976, y, particularmente, en el modo adverbial que emplea el constituyente en la parte final del inciso

¹² El juez supremo ha resuelto aquí el problema del recurso de protección del mismo modo, con la misma solución dada al recurso de amparo, sólo que parece no haber leído el acta de la Sesión 216 de la Comisión Constituyente citada, o conociéndola muy bien (que es con toda seguridad lo que ha sucedido) ha desechado de plano la solución del constituyente allí expresada y plasmada en el propio texto del art. 2º del Acta Constitucional Nº 3 (= art. 20 inc. 1º CP 1980):

¹³ En igual sentido, vid. igual tribunal en caso *Hamel* (Rol. 79-78) sentencia de 13.12.78 cuyo considerando 2º expresa: "*Que el recurso de protección tiene por objeto amparar las garantías constitucionales, permitiendo obtener que se le proteja de todo acto u omisión arbitrario o ilegal que ocasione privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de aquéllas, entre las cuales se cuenta el derecho de dominio; y también puede valerse de este recurso extraordinario y ejercer simultánea o sucesivamente las acciones ordinarias que le franquea el ordenamiento común, como expresamente se establece en el artículo 2º del Acta Constitucional Nº 3...*".

"1° de ese precepto que expresa "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes", lo cual significa que esos derechos subsisten entablado el recurso de protección y que no es indispensable prepararlo intentando primero los medios procesales ordinarios" 14.

- 14 Esta solución difiere fundamentalmente como se ve de la que la misma Corte de Apelaciones de Valparaíso dio en *Samit Guzmán* (Rol 94-77 de 30.11.77), donde exigió recurrir por la vía de la acción ordinaria prevista en el ordenamiento para solución de una controversia; la solución que plantea el fallo *Samit* cit. ha tenido paralelos en un comienzo, vid. v.gr. entre otros, *Kogan y Cía.* Rol 35-78 de la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 18.8.78, y *Malveira*, de igual Corte, sentencia de 22.6.78. También no hace mucho, v. gr. entre otros *García Guzmán* (rol 39-80 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24.6.80) consid. 21 a 23, sobre una reclamación interpuesta contra fijación de tarifas eléctricas, existiendo un procedimiento especial (DFL 4, de 1959), o *Huidobro de Valdés* (rol 47-81, igual Corte, sentencia de 22.7.81) sobre expropiación de inmuebles, existiendo toda una ley de procedimientos expropiatorios como regulación procesal especial: en este fallo el tribunal ha tenido la gentileza de citarnos (consid. 3º) diciendo "Que desde la instauración del nuevo recurso, y debido al sinfín de los interpuestos en situaciones muy ajenas o aquellas que motivaron su razón de ser, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales se vieron enfrentados a la necesidad de delimitar el ámbito de acción propio de la protección, y en este orden de ideas un comentarista expresaba que "aparece este recurso de protección como el medio eficaz procesalmente para tutelar los derechos agraviados o amenazados de agravio del administrado, cuando no haya acción directa, sea en la vía ordinaria, sea en una vía especial, para lograr dicha tutela; en otras palabras, cuando de no existir este remedio previsto en el Acta Constitucional Nº 3, el administrado quede en la indefensión, por no contar con una acción directa que permita tutelar sus derechos" (Eduardo SOTO KLOSS, Recurso de protección ¿una acción incomprendida? *El Mercurio*, 19 de junio de 1977, p. 2)". Sólo por amor a la verdad y a la justicia me detengo en este punto, ya que desgraciadamente la cita está incompleta y al estarlo da una idea que ni remotamente hemos alguna vez afirmado; en efecto, decíamos en esa ocasión citada por el fallo aludido: "Si bien no es tal paliativo, sí es un medio de tutela eficaz cuando el agraviado administrado se ve lesionado de tal

3. En la misma línea del fallo anterior encontramos el caso *Rojas Bascur* (Rol 4.665) de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, de 31.10.1980, confirmada por la Corte Suprema (vid. RDJ. 77 II, 1^a, 109-111).

“manera que de la aplicación de un acto administrativo se sigue un perjuicio irreparable o de difícil reparación, y este recurso le permite a aquél solicitar, por ejemplo, la suspensión del acto lesivo, mientras que por la vía que el ordenamiento general ha previsto se sigue el debido proceso en que se declaren en definitiva los derechos del afectado. También es un medio de tutela eficaz cuando el agravio del particular es originado por un acto administrativo en que hay un error manifiesto y, por tanto, hay una irregularidad en él que le torna antijurídico. Del mismo modo aparece este recurso como remedio eficaz si el acto administrativo de que se trata adolece de una manifiesta arbitrariedad, sea, porque carezca de razonabilidad, sea, porque haya una torcida utilización de las potestades jurídicas por parte del autor del acto. Es igualmente un medio de protección eficaz si se está frente a una vía de hecho del administrador, esto es, cuando actúa de modo tal que su proceder no es reconducible propiamente a ninguna de sus atribuciones legales, como por ejemplo cuando actúa no obstante que su decreto o resolución ha sido representado por la Contraloría por antijurídico, según ha establecido su jurisprudencia desde hace largo tiempo. Asimismo será un remedio pronto y eficaz cada vez que la omisión de la Administración signifique una privación, una perturbación o una amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos que el Acta Constitucional N° 3 enumera en su artículo 2° inc. 1°, caso el cual lo vemos como el de mayor efectividad, pues raro es en nuestro régimen que la ley dé al administrado acción contra la omisión administrativa (como v.gr. ocurre en la actual ley de municipalidades, DL. 1.289/76). Pero por sobre todos los casos enunciados, y muchos más podrían agregarse, aparece este recurso de protección como el medio eficaz procesalmente para tutelar los derechos agravados o amenazados de agravio del administrado, cuando no haya acción directa, sea en la vía ordinaria, sea en una vía especial, para lograr dicha tutela: en otras palabras, cuando de no existir este remedio previsto en el AC 3, el administrado quede en la indefensión, por no contar con una acción directa que permita tutelar sus derechos. Decimos acción directa, porque a veces hay que existen medios indirectos, pero de tan poca eficacia o expedición que a la postre resultan inidóneos para los fines de garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos”.

Dice su considerando 5º:

“Que, sostiene el citado informe [del recurrido] que el recurso es improcedente, pues siendo de carácter extraordinario sólo es admisible y procedente cuando no está prevista otra vía o instancia para impugnar el acto ilegal o arbitrario. Manifiesta que el “Reglamento de Alumnos de la Universidad de Concepción”, en su artículo 69, inciso segundo, establece expresamente el derecho que tiene el alumno para solicitar reconsideración en contra de un Decreto como el que ha sido objeto del recurso de protección, vía que no estaría agotada.

“La tesis expuesta es inaceptable, porque si bien es cierto que el recurso en análisis es excepcional en nuestra legislación, está dispuesto por el artículo 2º del Acta Constitucional N° 3, para obtener la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Vale decir, tiende a remediar prontamente un agravio inferido a una persona sin precluir o alterar

Luego de esta cita completa, se ve bien que lo afirmado por nosotros —tomado en su contexto integral— es muy distinto de lo que la sentencia referida afirma que decimos, asilándose en una cita aislada y desechando el recurso por existir vías específicas (pero tal vez inidóneas en su eficacia) como si el RP fuere incompatible con ellas. También ha sido rechazada por la Corte Suprema y varias veces: vid. especialmente *Juegos Diana* (rol 14.186, sentencia de 27.3.80) donde se revoca enteramente el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (6.2.1980 redacción Cánovas) que rechazaba el recurso en atención a que había en la ley una vía específica de reclamo o tutela del agraviado (El fallo del tribunal *a quo* puede verse en Gaceta Jurídica 31 (1979) 17-18: su argumentación radicaba en que existiendo vías específicas de amparo el agraviado debe recurrir a ellas siendo en tal caso improcedente la protección; el fallo de la Corte Suprema puede verse en RDJ tomo 77, II, 1ª. 18-22).

*“ el derecho amagado, impidiendo que él se
“ haga valer ante la autoridad o ante el tribu-
“ nal que corresponda.*

*“Por lo demás, nuestra Corte Suprema en
“ reiterados fallos ha sentado el principio de
“ que el recurso de protección procede aun
“ cuando existan otras vías para restablecer el
“ imperio del Derecho y asegurar la debida pro-
“ tección de las perturbaciones o amenazas. En
“ una de las últimas sentencias de este alto
“ Tribunal se dijo que el derecho de dominio
“ estaba amparado por el recurso de protección,
“ aun cuando a su respecto podía usarse de los
“ demás recursos legales como la querrela de
“ amparo, las acciones posesorias e incluso la
“ reivindicatoria, puesto que lo que se pretende
“ evitar es la adopción de medidas irreflexivas
“ que lesionen los derechos fundamentales del
“ individuo”¹⁵.*

4. Sin embargo, y no obstante la claridad de los fallos anteriores, también ha dicho la Corte Suprema en *Velásquez Peralta* (Rol 13.738) de 18.6.79, que tratándose en la especie

*“ de la ejecución o cumplimiento de una obli-
“ gación contractual, materia que por su natu-
“ raleza no es dable discutir y resolver en un
“ recurso constitucional que tiene por objeto
“ amparar a personas que se encuentran en la
“ situación señalada en el considerando segun-
“ do de este fallo y no en el caso de obtener ese
“ amparo, sino el cumplimiento o ejecución de*

¹⁵ Aun cuando no se trate del fallo a que hace referencia el sentenciador (que lamentablemente no lo cita, aunque parece referirse a Rojas Bascur, Corte Suprema, considerando 5º), puede citarse el caso semejante deparado por *Juegos Diana*, indicado en nota precedente.

Dice su considerando 5º:

*“ Que, sostiene el citado informe [del recurrido]
“ que el recurso es improcedente, pues siendo de
“ carácter extraordinario sólo es admisible y
“ procedente cuando no está prevista otra vía
“ o instancia para impugnar el acto ilegal o
“ arbitrario. Manifiesta que el “Reglamento de
“ Alumnos de la Universidad de Concepción”, en
“ su artículo 69, inciso segundo, establece expre-
“ samente el derecho que tiene el alumno para
“ solicitar reconsideración en contra de un De-
“ creto como el que ha sido objeto del recurso
“ de protección, vía que no estaría agotada.*

*“La tesis expuesta es inaceptable, porque
“ si bien es cierto que el recurso en análisis es
“ excepcional en nuestra legislación, está dis-
“ puesto por el artículo 2º del Acta Constitucio-
“ nal N° 3, para obtener la debida protección
“ del afectado, sin perjuicio de los demás dere-
“ chos que pueda hacer valer ante la autoridad
“ o los tribunales correspondientes. Vale decir,
“ tiende a remediar prontamente un agravio
“ inferido a una persona sin precluir o alterar*

Luego de esta cita completa, se ve bien que lo afirmado por nosotros —tomado en su contexto integral— es muy distinto de lo que la sentencia referida afirma que decimos, asilándose en una cita aislada y desechando el recurso por existir vías específicas (pero tal vez inidóneas en su eficacia) como si el RP fuere incompatible con ellas. También ha sido rechazada por la Corte Suprema y varias veces: vid. especialmente *Juegos Diana* (rol 14.186, sentencia de 27.3.80) donde se revoca enteramente el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (6.2.1980 redacción Cánovas) que rechazaba el recurso en atención a que había en la ley una vía específica de reclamo o tutela del agraviado (El fallo del tribunal *a quo* puede verse en Gaceta Jurídica 31 (1979) 17-18: su argumentación radicaba en que existiendo vías específicas de amparo el agraviado debe recurrir a ellas siendo en tal caso improcedente la protección; el fallo de la Corte Suprema puede verse en RDJ tomo 77, II, 1ª, 18-22).

*“ el derecho amagado, impidiendo que él se
“ haga valer ante la autoridad o ante el tribu-
“ nal que corresponda.*

*“ Por lo demás, nuestra Corte Suprema en
“ reiterados fallos ha sentado el principio de
“ que el recurso de protección procede aun
“ cuando existan otras vías para restablecer el
“ imperio del Derecho y asegurar la debida pro-
“ tección de las perturbaciones o amenazas. En
“ una de las últimas sentencias de este alto
“ Tribunal se dijo que el derecho de dominio
“ estaba amparado por el recurso de protección,
“ aun cuando a su respecto podía usarse de los
“ demás recursos legales como la querrela de
“ amparo, las acciones posesorias e incluso la
“ reivindicatoria, puesto que lo que se pretende
“ evitar es la adopción de medidas irreflexivas
“ que lesionen los derechos fundamentales del
“ individuo”¹⁵.*

4. Sin embargo, y no obstante la claridad de los fallos anteriores, también ha dicho la Corte Suprema en *Velásquez Peralta* (Rol 13.738) de 18.6.79, que tratándose en la especie

*“ de la ejecución o cumplimiento de una obli-
“ gación contractual, materia que por su natu-
“ raleza no es dable discutir y resolver en un
“ recurso constitucional que tiene por objeto
“ amparar a personas que se encuentran en la
“ situación señalada en el considerando segun-
“ do de este fallo y no en el caso de obtener ese
“ amparo, sino el cumplimiento o ejecución de*

¹⁵ Aun cuando no se trate del fallo a que hace referencia el sentenciador (que lamentablemente no lo cita, aunque parece referirse a Rojas Bascur, Corte Suprema, considerando 5º), puede citarse el caso semejante deparado por *Juegos Diana*, indicado en nota precedente.

*“ las obligaciones contractuales antes mencio-
“nadas mediante el ejercicio de las acciones y
“ ante los tribunales respectivos;”*¹⁶.

Se hace aquí en *Velásquez Peralta* —como se advierte— un distingo basado en la materia, pues si es contractual aun si se tratare de obligaciones entre particulares y entes públicos (como en el caso en cuestión, una institución de previsión social) ella escaparía a la posibilidad de resolverse por la vía proteccional, siendo pertinente no este remedio procesal, sino las acciones ordinarias del ordenamiento civil.

5. Si bien no es reciente, explícito y muy claro es el fallo *Marcet Munilla* (Rol 11-78) de la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 28.6.78, confirmada por la Corte Suprema.

En un caso merecedor de figurar en una antología por la arbitrariedad del acto recurrido (acto de autoridad administrativa), el juez *a quo* ha dicho:

*“ 9º Que no obsta a la decisión de este recurso
“ el reclamo interpuesto por Vinos Marcet S.A.
“ en la causa Nº 8.333-78, del 7º Juzgado Civil
“ de Santiago, que se ha ordenado traer a la
“ vista, puesto que el artículo 2º del Acta Cons-
“ titucional Nº 3 alude a la decisión del recurso
“ de protección dejando a salvo los demás de-
“ rechos que pueda hacer valer el afectado ante
“ la autoridad o los tribunales corespondientes”.*

6. Un último caso que merece ser destacado en este aspecto es el fallo *Sociedad Agrícola y Forestal, Los*

¹⁶ El considerando 2º a que se hace referencia en el fallo expresa en su frase segunda: “Entre esos derechos amparados está el del Nº 16 del art. 1º de la misma Acta Constitucional que es aquél en que se apoya el que se interpone en autos a fs. 17, sobre la base de que no debió formularse el descuento del sueldo del empleado por pago de una propiedad aún no entregada”.

Chenques Ltda. (Rol 218880/causas criminales) dictado por la Corte Suprema el 7.7.1980.

Aunque directamente no se refiere al tema, pues no se hace en él alusión alguna al punto del "sin perjuicio de...", las consecuencias de las afirmaciones que establece, en especial en sus considerandos 4º, 5º, 8º y 9º, permiten deducir conclusiones bien claras sobre el particular.

A pesar de su extensión nos permitimos transcribir los citados considerandos:

" 4º Que los datos que arroja el proceso criminal N° 21.634 del Juzgado del Crimen de Los Angeles por delito de usurpación, denunciado con ocasión de los mismos hechos que motivaron este recurso, y que se tiene a la vista, concuerdan con los antecedentes que se han anotado anteriormente y, todos ellos, apreciados en conciencia conducen a demostrar que los señores actuando por cuenta de don, instalaron labores agrícolas y ganaderas dentro de un retazo de terreno ocupado materialmente desde antes, por personas que trabajaban el mismo sector del predio, sea en calidad de arrendatarios de don, sea en calidad de trabajadores de éste;

" 5º Que de los mismos antecedentes, más las copias autorizadas por escrituras públicas inscritas y planos correspondientes a los fundos Los Chenques y Queuco respectivamente, acompañados también a los expedientes, se desprende que tanto el señor en calidad de mandatario de la Sociedad Agrícola que representa como el señor discuten el dominio de la sección de terreno en que se han producido los hechos de ocupación que indujeron al primero para recurrir en grado de

“ protección. Sin embargo, esta controversia que
“ no corresponde admitir en el ejercicio de esta
“ acción de resguardo de derechos fundamenta-
“ les de orden institucional, no es idónea para
“ enervar la facultad que le corresponde a
“ cualquier ciudadano en orden a impetrar del
“ tribunal competente mediante esta vía, la de-
“ bida protección cuando terceros conculcan el
“ libre ejercicio de una garantía consagrada en
“ la Carta Fundamental;

“ 8° Que como se ve, el texto constitucional que
“ crea el recurso de protección tiene por función
“ primordial restablecer el imperio del derecho,
“ es decir, recuperar el orden jurídico cuando
“ éste se altera a causa de actos arbitrarios que
“ perturben o amenacen el ejercicio legítimo de
“ un derecho garantido por la Carta Funda-
“ mental.

“ En el caso sub-júdice consta claramente
“ que se ha perturbado el ejercicio del derecho
“ de dominio del recurrente, ante el hecho obje-
“ tivo y probado de haber sido invadido por per-
“ sonal del propietario colindante, el retazo del
“ terreno en que laboran determinadas personas
“ por cuenta del primero. No es óbice para la
“ concurrencia de los antecedentes que justifi-
“ can el recurso de protección, el hecho de que
“ el propietario invasor alegue a su vez derecho
“ de dominio sobre el predio ocupado antelada-
“ mente por el reclamante, toda vez que este
“ recurso no tiene otro objetivo que el de man-
“ tener, como ya se ha anotado, el statu quo
“ vigente en el desenvolvimiento de los derechos,
“ impidiendo precisamente las acciones de facto
“ que alteren el orden jurídico. Aun en el su-
“ puesto de que el reclamante no fuera real-
“ mente propietario de la porción del predio que

“ procura proteger, el ejercicio de su derecho a
“ través de los actos propios de poseedor es
“ legítimo, mientras no se decida por voluntad
“ de los propios contradictores o por sentencia
“ judicial ejecutoriada a quién le corresponde el
“ dominio de ese sector del suelo;

“ 9º Que la aceptación de una tesis distinta de
“ la que acaba de enunciarse, significaría el
“ desaparecimiento del recurso de protección
“ cuando se trata de amparar el ejercicio del
“ derecho de dominio y de sus atributos propios,
“ como quiera que cada vez que se dedujera tal
“ recurso tendiente a proteger este derecho pa-
“ trimonial, bastaría con que la persona contra
“ la cual se reclama alegara a su vez derecho
“ de dominio sobre la misma especie, para que
“ tal recurso no pudiera prosperar. Tal alegato
“ no es hábil por consiguiente para enervar el
“ recurso, toda vez que, como ya se ha expre-
“ sado, al crearlo el constituyente ha perseguido
“ fundamentalmente la mantención regular del
“ orden jurídico y tal aserto es incuestionable
“ frente al texto constitucional cuando éste
“ ordena que el tribunal debe adoptar las pro-
“ videncias necesarias para “restablecer” el im-
“ perio del derecho, esto es, reparar de inmediato
“ la juridicidad quebrantada. Se trata por con-
“ siguiente de un recurso expedito, rápido, que
“ debe resolver con premura una irregularidad
“ contra el orden jurídico establecido. No se
“ trata, en consecuencia, de que el derecho pa-
“ trimonial que se pretende proteger sea de
“ carácter indiscutible e incuestionable, como
“ tampoco de que el fallo que se pueda dictar
“ acogiendo el recurso produzca efectos para
“ decidir quién es el verdadero titular de un de-
“ terminado derecho. Para esta finalidad están

*“ las acciones judiciales pertinentes que aque-
“ llos que se estimen verdaderos titulares pue-
“ dan ejercer. Y esta es, justamente, la razón
“ por la cual la parte final del inciso 1º del ar-
“ tículo 2º del Acta Constitucional Nº 3, expresa
“ que lo que se resuelva en la interposición del
“ recurso de protección es sin perjuicio de los
“ demás derechos que puedan hacerse valer ante
“ la autoridad o los tribunales correspondientes,
“ lo que se traduce evidentemente en manifestar
“ que lo que se controvierte en el recurso de
“ protección son situaciones esencialmente fác-
“ ticas, que como ya se dijo, alteran el orden
“ jurídico de modo que aquellas cuestiones que
“ miren a decisiones de fondo, tienen expedita
“ la vía judicial mediante el ejercicio de las
“ acciones que procedan”.*

Vistos estos principales fallos en que se ha dado ya de modo directo y palmario, ya de manera indirecta, referencias bien explícitas al problema del “sin perjuicio de...”, a un primer análisis no parecería muy fácil —al menos aparentemente— poder concluir algunas bases que fueran bien establecidas y asentadas muy firmemente.

Da la impresión al analizar los fallos de la Corte Suprema que hay más una preocupación por la justicia del caso concreto —lo que ciertamente es muy loable y digno de todo encomio— que por efectuar también —lo que no debería ser olvidado por la suprema jurisdicción, pues ello es parte de su propia e inherente función fundamental— una labor de verdadera jurisprudencia, perfilando conceptos, esclareciendo problemas prácticos, uniformando decisiones, abriendo nuevos cauces, etc., a fin de ir perfeccionando el Derecho patrio y ayudar así a una convivencia social más justa y por ende en paz.

A una primera lectura pudiera estarse tentado de afirmar un verdadero caos sobre el tema; un estudio

más meditado y ponderado de los diversos elementos que concurren en los principales casos llevan, sin embargo, a una visión diferente, un tanto más optimista y tal vez hasta podría decirse reconfortante.

En efecto: antes que todo debe recordarse que la expresión adverbial "sin perjuicio de" no indica sino una idea bien precisa en el texto, y ella es que, por su sentido literal, este RP "deja a salvo", no afecta, no altera, deja intangible, "los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" el recurrente agraviado.

Si "deja a salvo" los demás derechos que el agraviado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales es, porque esta acción tutelar que es el RP "es compatible con", "no obsta a", y "no afecta" las demás vías de tutela jurídica que el ordenamiento contemple, otorgue o confiera para resguardo de los derechos de los ciudadanos o individuos, sean considerados individualmente, sean considerados en agrupaciones, sociedades o entes comunitarios con o sin personalidad jurídica.

Y si es "compatible con" y "no obsta al" ejercicio de los demás derechos es debido a una razón, a un fundamento, y bien específico y determinado: a su carácter de ser un remedio pronto y eficaz en amparo de los derechos fundamentales garantidos por este medio procesal. No debe olvidarse que su adopción y establecimiento fue siempre visto por el constituyente como una "ampliación del recurso de amparo" y "como instrumento esencial para la adecuada protección de los derechos humanos" cuando un derecho fundamental distinto del de libertad personal "esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares" ¹⁷.

¹⁷ Informe del Presidente de la Comisión de Reforma Constitucional, de 8.11.1974, párrafo 5º (en nuestra edición de *Actas Constitucionales. Antecedentes y Textos*. 3ª ed. Ed. Revista de Derecho Público, 1978, p. 35).

Es más, como un mecanismo expedito "para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado"¹⁸.

Y es que el objetivo del RP como lo señalaran los comisionados de la Comisión Constituyente, y lo han entendido muy bien los Tribunales Superiores en algunos fallos, no es otro que "mantener el statu quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren el orden jurídico" (*Los Chenques*, consid. 8), o bien "evitar la adopción de medidas irreflexivas [hechos jurídicos] que lesionen los derechos fundamentales del individuo" (*Rojas Bascur*, consid. 5), u omisiones "desprovistas de asidero y como tal merecedoras del calificativo de abusivas" (*Hexagon*, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23.4.77, consid. 3). En otros términos, puesto que se trata de un remedio extraordinario, pronto, inmediato y eficaz, su objetivo es permitir no sólo el acceso expedito a la justicia, sino también una decisión que lleva prontamente a remediar un agravio inferido a una persona (natural o jurídica, pública o privada) o a un grupo, ente o asociación, en sus derechos fundamentales, pero "sin precluir o alterar el derecho amagado", esto es, sin impedir por la interposición del RP que dicho derecho amagado en su legítimo ejercicio pueda hacerse valer por otros medios, administrativos o jurisdiccionales, ante la autoridad de la Administración si es el caso, o ante la jurisdicción, ordinaria o especial según las acciones y ante los órganos que al efecto disponga el ordenamiento.

Si es tal la finalidad y objetivo que aparece de modo palmario y evidentemente claro de las Actas de sesiones de la Comisión Constituyente, y del propio

¹⁸ *Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República*, de 26.11.1973, párrafo 2 in fine (en nuestra edición cit. nota precedente, p. 11; en nuestro *Ordenamiento Constitucional*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1980, 11-31, la cita en 16).

texto, aparece claro —como se ha dicho también en algunos fallos— que no es necesario ni resulta exigible el preparar esta vía mediante la interposición de otros recursos o acciones, pues “se puede deducir con plena autonomía e independencia y desvinculado de otros institutos procesales, sin que sea requisito que ellos se hayan ejercido previamente, o que intentados no hayan tenido éxito” (*Sucesión Ducci*, consid. 9).

Si tal es la finalidad del RP, aparece claro también que este remedio pronto y eficaz es procedente “aun cuando existan otras vías para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección de las perturbaciones o amenazas” que se presentaren: y así, por ejemplo, el derecho de dominio se encuentra amparado por el RP “aun cuando a su respecto podía usarse de los demás recursos legales, como la querrela de amparo, las acciones posesorias e incluso la reivindicatoria” (*Rojas Bascur*, consid. 5), y se ha llegado a establecer que “aun en el supuesto de que el reclamante no fuera realmente propietario de la porción del predio que procura proteger, el ejercicio de su derecho a través de los actos propios de poseedor es legítimo, mientras no se decida por voluntad de los propios contradictores o por sentencia judicial ejecutoriada a quién le corresponde el dominio” (*Los Chenques*, consid. 8).

Y tan cierto es, que es procedente el RP no obstante que el ordenamiento prevea otras vías de tutela procesal o defensa, o amparo de los derechos amagados, que si se admitiera una solución contraria ello llevaría en la práctica al desaparecimiento mismo de esta vía pronta, ágil, expedita y eficaz (*Los Chenques*, cit., consid. 9), o en todo caso se desvirtuaría entera y totalmente su característica más propia y esencial, deviniendo, en consecuencia, inutilizable o inservible.

4. NUESTRA POSICION

Yendo más a fondo del tema, ¿cómo entender, entonces, la frase final que comienza con el "sin perjuicio de los demás derechos..."? ¿Es cierto que la magistratura suprema la ha entendido de modo diverso y contraria al texto constitucional según lo concibiera el constituyente? o ¿hay jurisprudencia contradictoria, y, por tanto, no hay jurisprudencia, hablando en puridad?

Si nos atenemos, en una primera aproximación, al fallo, *Amenábar Herrera* (Rol 13.809, de la CS sentencia de 27.8.1979), donde se analiza el punto, según veíamos, resultaría una solución jurisprudencial que podría resumirse diciendo que:

- a) Interpuesto primeramente RP con motivo de un acto u omisión ilegal o arbitrario, la decisión jurisdiccional que lo resuelva deja a salvo las acciones o recursos que el ordenamiento también prevé para hacer frente a dicho agravio, sea ante la autoridad administrativa, contralora o jurisdiccional.
- b) Interpuesta primeramente una acción jurisdiccional, distinta al RP, para tutela o defensa de sus derechos por agraviado, no ya posible el RP, pues ya estaría bajo el imperio del Derecho y habría así el debido aseguramiento para proteger al afectado, lo que haría innecesario, superfluo e incompatible el ejercicio del RP, éste sólo cabría si tal jurisdicción se negara a conocer declarándose incompetente para conocer y resolver por la vía natural el asunto promovido¹⁹.

¹⁹ Pienso que tal sería el caso si hubiere algún juez ordinario aún que se declarara incompetente para conocer lo contencioso administrativo, desconociendo la voluntad claramente expresada del constituyente de 1976 y 1980 (vid. v.gr. entre otras, sesiones 101 y 103: de su negativa cabría —de acuerdo a este fallo— recurso de protección para amparar el derecho agraviado en su legítimo ejercicio y que dicho juez se niega a proteger por la

c) Como consecuencia de lo anterior, si la justicia conoce, o está conociendo, de un asunto, una resolución recaída en ese proceso no podría ser atacada por el RP, pues afectaría la cosa juzgada, establecida ésta en beneficio de la estabilidad de las resoluciones judiciales. Y esto, porque las decisiones jurisdiccionales no pueden perder validez sino en el mismo proceso en que fueron dictadas o en virtud del recurso de revisión, y nunca en virtud de un recurso independiente sin vínculo procesal con la decisión que se trata de invalidar.

Pero, curiosamente, esta postura jurisprudencial, que gira sobre el punto que hemos referido hace un instante como b), ha tenido fallos contradictorios tanto antes como después de ser ella formulada.

En *Marcet Munilla*, cit. (28.6.78), su propio considerando 9º declara que la Corte "ha tenido a la vista" el proceso que se seguía simultáneamente, y sobre la misma materia, ante el 7º Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago (Rol 8.333-78), y donde el agraviado impugnaba procesalmente (recurso de apelación) el mismo acto administrativo, que invocara como ilegal y arbitrario para recurrir de protección.

vía señalada. Es la posición afirmada también en *Ormeño e hijos Ltda.* (RDJ 77 (1980), II, 1ª 16, sentencia de la Corte Suprema de 10.3.1980) donde el ministro Erbetta Vaccaro expresa —en su voto en contra— que "este recurso puede tener cabida en decisiones judiciales pronunciadas por funcionarios que carecen de jurisdicción": el caso era referente a un RP interpuesto contra resolución de autoridad tributaria en ejercicio de potestades conferidas por el art. 165 del Código Tributario. A pesar de que parecía que ya la Corte Suprema había superado lo que llamó el "síndrome fiscal" —temor a conocer de la arbitrariedad del gobernante o administrador— y sobre todo ya vigente la CP 1980 que terminó con los problemas del art. 87, CP 1925 (vid. arts. 73 y 19 N.ºs. 2, 3, etc.), ha aparecido un fallo increíble que aún sostiene la solución que tanto estrago produjera en el período 1925-1973 pero sobre todo 1970-73: vid. Corte Suprema, sentencia de 16.7.1981, queja rol 5.200 (ministros Maldonado, Ramírez, Rivas, Erbetta y abog. integrante Cousiño) y citando art. 87 de la Constitución 1925...

“No obsta —dice la Corte— a la decisión de este recurso el reclamo interpuesto [se trata de una apelación] por *Vinos Marcet S.A.* en la causa N° 8.333-78, del 7° Juzgado Civil de Santiago, que se ha ordenado traer a la vista, puesto que el art. 2° del Acta Constitucional N° 3 alude a la decisión del recurso de protección dejando a salvo los demás derechos que pueda hacer valer el afectado ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

En *Soc. Agrícola y Forestal Los Chenques Ltda.* (7.7.1980), la Suprema Corte no sólo ha tenido a la vista el proceso criminal N° 21.634 del Juzgado del Crimen de Los Angeles por delito de usurpación, denunciado por el agraviado con ocasión de los mismos hechos que motivaron el RP interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Concepción, sino que llega a hacer aplicación del citado proceso penal en la decisión misma del RP sometido a su conocimiento.

En efecto, en el considerando 4° de su sentencia, y en el 5° de ella, la jurisdicción establece que los datos que arroja dicho proceso criminal, “que se tiene a la vista”, concuerdan con los antecedentes que rolan en el RP, “y todos ellos, apreciados en conciencia conducen a demostrar que...”.

¿Que no estaban ya amparados por la justicia tanto *Marcet Munilla* como la *Soc. Los Chenques*, pues que habían acudido a ella por la vía ordinaria, civil y criminal, respectivamente? ¿No estaban ya ellos bajo el imperio del Derecho, pues que un juez de la República conocía de su reclamo y de su querrela criminal, respectivamente? ¿No eran protegidos en sus derechos por la judicatura ya? ¿Cómo es, entonces, que en ambos casos se haya fallado derechamente el RP y acogiendo en todas sus partes?

¿Cuál será, en definitiva, la solución? ¿O dependerá de la sala de la Corte Suprema que toque por mera casualidad resolver el RP?

Puesto que el Derecho es obra de la razón, obra sólo humana²⁰, ¿cuál será la solución más racional, o, en todo caso, más razonable y conforme a razón?

Si nos atenemos a la historia fidedigna del establecimiento del precepto constitucional —como la hemos ya visto— tanto en el proyecto de 1972, como en las sesiones de la Comisión Constituyente, es clarísimo el sentido del texto constitucional, al punto de dejarse expresa constancia y formal que la interposición de acciones ordinarias, o simplemente de otras acciones, distintas del RP, no impedía el recurrir posteriormente de protección para amparar el ejercicio legítimo de un derecho fundamental privado, perturbado o amenazado por la acción u omisión ilegal o arbitraria de un tercero, particular o autoridad.

La voluntad del constituyente es, pues, bien precisa en este punto, y es más, no admite duda, dados los esclarecimientos que él mismo formuló a fin de evitar futuras controversias. Si el texto del precepto constitucional fuere oscuro o su sentido confuso, dichos antecedentes serían más que suficientes para conseguir una aplicación esclarecida de él.

Ahora bien, hemos visto cómo la jurisdicción ha dado aplicación diversa y contradictoria.

Si la Corte Suprema en *Amenábar Herrera* concluye que impetrada la intervención de un tribunal de justicia ya no procede recurrir de protección, significa, entonces, básicamente dos cosas: 1º) que se decide de un modo entera y frontalmente contrario a la expresa

²⁰ Obviamente no nos referimos aquí al derecho divino, sino al derecho humano. Por otra parte, ni los ángeles ni las bestias necesitan del Derecho para regular su convivencia; las últimas, por carecer de razón y por ende de libertad; los primeros, por no padecer error ya que su conocimiento difiere radicalmente del modo de conocer la realidad que tiene el hombre.

previsión normativa del constituyente²¹, y 2º) que impone el RP como vía procesal previa a toda otra acción.

Esta solución parece presentar dos inconvenientes verdaderamente serios y que no parecen haber sido advertidos por el Tribunal Supremo: 1º) desconoce enteramente el tenor mismo del texto y la historia fidedigna de su establecimiento, poniendo, en cambio, una normación que no estuvo ni remotamente en el criterio de sus autores, y que, por el contrario, fue expresamente repudiada; y 2º) deja en condiciones desmedradas al agraviado recurrente, pues le hace perder el ejercicio de acciones y defensas ordinarias transformándolas en incompatibles, en circunstancias que el RP ha venido precisamente a integrarse al ordenamiento general como remedio extraordinario, complementario y no excluyente, breve y sumario y no lato y formal, ágil y expedito y complejo y tortuoso.

En otras palabras, desvirtúa totalmente la naturaleza y sentido y fin del RP, dándole un aspecto diferente del que el texto constitucional tiene de suyo y de acuerdo a la expresa voluntad del constituyente.

Sin embargo, otros fallos discurren por otras vías, y los hemos transcrito en sus principales considerandos.

Según ellos —v. gr. *Marcet*, *Los Chenques*, o también *Hamel*, *Suc. Ducchi*, o *Rojas Bascur*, etc.— este recurso extraordinario puede hacerse valer, previa, simultánea o sucesivamente a las acciones ordinarias; “antes”, pues los derechos del recurrente “subsisten entablado el recurso de protección” (*Suc. Ducchi*, consid. 9), o “deja a salvo los recursos procesales establecidos ante las autoridades y tribunales respectivos” (*Amenábar Herrera*), “simultáneamente” o “después” con las acciones ordinarias pues ello no obsta a la decisión del

²¹ El cual alejó formalmente la solución dada por el legislador del Código de Procedimiento Penal al recurso de amparo (art. 306), que sólo admite el habeas corpus “si no se hubieren deducido otros recursos legales”.

recurso" (*Marcet* consid. 9º y *Hamel* consid. 2º); y es más, ayudan esos procesos jurisdiccionales al mejor esclarecimiento de los hechos invocados en este último permitiendo concordarlos y fallar de mejor modo (*Los Chenques*, consid. 4º).

Es obvio que estos fallos son más conformes al texto constitucional y a la expresa voluntad del constituyente establecida en las actas de sesiones de la Comisión encargada de redactar dicho texto fundamental. Y yo diría, también más conforme a razón: sí, porque el sentido del RP es proporcionar al ciudadano una tutela expedita de sus derechos fundamentales, ágil, pronta y eficaz; compatible con todas las demás previsiones normativas del ordenamiento tendientes a asegurar jurisdiccionalmente sus derechos, y dejando al propio agraviado la libre elección del remedio procesal que estime más apto y adecuado en un determinado momento para la defensa o protección de su esfera subjetiva por el Derecho y violada ilegal o arbitrariamente por un tercero.

Y si tal en su sentido es natural que si escoge como vía previa el RP subsistan los otros remedios para una mejor y más completa defensa de sus derechos; si intenta el agraviado el RP simultáneamente con una acción ordinaria o después de interpuesta ésta (si v. gr. el plazo para deducir la acción ordinaria es menor que el previsto para recurrir en protección), es natural que no sean ellas incompatibles, pues persiguen tal vez fines diversos, y si aún fuere el caso que persiguieren el mismo fin, el RP resuelve el caso de modo más rápido, ágil y expedito, lo que obviamente redundaría en una mejor administración de justicia, lo que no puede perjudicar de modo alguno a la judicatura, cuya misión no es otra que hacer justicia: si lo puede hacer de modo pronto y eficaz, ¡enhorabuena! No parecería, pues, razonable impedir ello por un afán de purismo mal entendido o un formalismo aparentemente racional: no debe olvidarse que si es apto este RP para desagraviar

al recurrente, será el medio procesal ordinario el que devendrá inoperante a tal fin, y este RP devendrá prontamente un remedio ordinario al efecto, sustituyendo, en consecuencia, a aquél.

Cierto es —y en esto no creo que ande errada la Corte Suprema en *Amenábar Herrera*— que si se ha acudido a la justicia por un remedio procesal ordinario, de lato conocimiento, antes o simultáneamente que recurrir de protección, ya se encuentra el agraviado amparado en sus derechos, bajo la protección de la judicatura, pero de allí a deducir por ello la incompatibilidad de esa protección lata y ordinaria con esta acción de amparo pronta y eficaz que es el RP, hay verdaderamente un salto lógico evidente; y ese salto significa precisamente desconocer el sentido y la finalidad del RP, claramente expresada en la historia de su establecimiento. Y en ello consiste la falacia que vemos envuelta en *Amenábar* citado.

Falacia es el lugar sofisticado donde concurren dos elementos, la apariencia (que hace que el argumento parezca bueno, principio movente que induce al asentimiento), y el defecto o carencia de necesidad. La apariencia, que se da en la aparente protección de la judicatura pero por ser un remedio de lato conocimiento y largo aliento viene a hacer justicia cuando ya el mal es irreparable o el agravio ha producido un daño que podía haber sido evitado con un medio procesal rápido y eficaz. Y el defecto, que es desconocer la voluntad claramente manifestada por el constituyente, de establecer un remedio de protección inmediata y pronta, extraordinario, compatible con toda otra acción (“derechos”) que se pueda hacer valer ante órganos administrativos, contralores o jurisdiccionales.

Si la finalidad intrínseca del RP es proteger al agraviado frente a un acto ilegal o arbitrario, y ello de modo pronto e inmediato, es que el objetivo que se persigue con él es cautelar las situaciones jurídicas existentes para impedir el agravio de ciertos derechos

fundamentales (que el propio constituyente ha estimado necesario proteger por este remedio procesal), y ello por medio de un fácil, ágil y expedito acceso a la vía jurisdiccional.

No se trata, pues, ni de una vía prejudicial, que exija su interposición previa —como dijera la Corte Suprema en *Amenábar* citado—, ni de un remedio procesal de lato conocimiento, pues la intención del constituyente (y ya desde el proyecto mismo de 1972) ha sido precisamente permitir una tutela judicial de los derechos fundamentales de modo pronto y eficaz, justamente por tratarse de estos derechos fundamentales.

Su finalidad es impedir los actos irreflexivos de terceros (autoridad o particulares), los actos de autotutela (v. gr. *Copagro*), las omisiones abusivas (*Hexagón*), los excesos en el ejercicio de competencias o atribuciones legales (v. gr. de particulares, *juegos Diana*, o de autoridades, administrativas en especial, *Praumar*, etc.), sean ellas regladas o discrecionales (v. gr. *Gente Actual*), etc., actos u omisiones antijurídicas que privan, perturban, o amenazan, el legítimo ejercicio de esos derechos fundamentales.

Y si tal es la finalidad, aparece clarísimo y más que obvio que ello exige que el ejercicio de esta acción cautelar sea “sin perjuicio de los demás derechos que [el agraviado] pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”, pues resulta su corolario lógico e incluso imprescindible: de otro modo el RP carecería de todo sentido y habría sido no sólo un parto de los montes sino un engendro abortivo²².

Evidente es que no es ni lo uno ni lo otro, y que el constituyente como lo advirtió esclarecidamente vio en el RP la obra más trascendental de su labor toda (sesión 215). No puede, ni cabe, entonces, entenderse de otro modo.

²² Vid., consideraciones del comisionado Lorca en sesión 214, p. 7s.

De allí que podamos sostener, siguiendo a la mayoría de los fallos que se han referido al punto, que frente a un agravio de un derecho fundamental producido por un tercero y protegido por el RP, el afectado puede escoger el recurrir a la justicia interponiendo 1º) una acción ordinaria y luego un RP, 2º) una acción ordinaria ante el órgano competente y al mismo tiempo, a través de otro escrito ciertamente, un RP ante la Corte de Apelaciones respectiva, o bien 3º) un RP y luego una acción ordinaria de lato conocimiento.

Y podemos sostener ello porque no sólo ese es el sentido del RP en el texto fundamental y en la historia fidedigna de su establecimiento, sino porque, en el fondo, el RP persigue una finalidad distinta y su naturaleza difiere enteramente de una acción ordinaria. Lo primero, ya que su finalidad es proteger al afectado y restablecer el imperio del Derecho, pero de una manera pronta, inmediata, sin mayor dilación, por lo cual el agravio ha de ser notorio, o manifiesto, o bien perceptible de un modo fácil sin profundas disquisiciones teóricas o sesudas investigaciones o complejas pruebas, o que aparezca de la sola referencia del afectado, o del acto ilegal o arbitrario invocado como fuente del agravio. Y lo segundo, ya que esta acción cautelar, con una preeminencia notable del principio inquisitivo entregado en su manejo y aplicación al Tribunal Superior (Corte de Apelaciones y Corte Suprema), tiende a transformar al juez (colegiado en este caso) en guardián de los derechos fundamentales de los ciudadanos, con potestades para adoptar "todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado"; en consecuencia, el agraviado recurre al tribunal solicitando "protección" frente a la amenaza, perturbación o privación de un derecho fundamental asegurado por este RP y que es agraviado por un acto u omisión ilegal de un tercero, protección que el juez conferirá —si acoge el recurso— otorgando las medidas necesarias al efecto, con una gran amplitud, y que irá

desde dejar sin efecto el acto agravante; suspenderlo en sus efectos —si creyere v. gr. que la acción ordinaria prevista por el ordenamiento general, común, es más apta para restablecer el imperio del derecho y asegurar así la debida protección del afectado; ordenar al ofensor que cese en su actuar antijurídico; ordenar al agravante que actúe si incurre en una omisión antijurídica, y que actúe en tal sentido; llamar a conciliación si estima que es la vía conveniente para acordar una solución justa; declarar el derecho que el agraviado posee y que éste en tal virtud acuda donde ha menester para el cumplimiento de este fallo, etc. Tal es la amplitud en la cual el juez puede desarrollar toda su imaginación garantística para dar cumplido testimonio de su misión protectora, y los fallos nos la muestran, en verdad, bien claramente ²³.

²³ Vid., el párrafo referente a las potestades del juez en el capítulo correspondiente al procedimiento.