

# AMPARO JUDICIAL Y RECURSO DE PROTECCION

(Notas en torno al Art. 2 del Acta Constitucional Nº 3)

EDUARDO SOTO KLOSS  
Profesor de Derecho Administrativo

Más de algún letrado al leer el Art. 2 del AC 3 (DL 1.552 de 13-9-76) puede haber sentido alguna sorpresa o quizás perplejidad, ya atenuada —es cierto— si ha leído antes el consid. 10 de ella, donde se anuncia “un nuevo recurso de protección de los derechos humanos en general”. ¿Qué es este medio procesal que el DL 1.552 preve como “recurso de protección”?

Si se recuerdan los antecedentes históricos de la protección de los derechos y libertades de la persona, del “hombre libre” en la terminología hispánica medieval, vemos que la libertad personal ha estado siempre, y en especial a partir del medioevo, en el primer plano, siendo ella la primera en ser protegida del arbitrio del señor, del príncipe, o del monarca<sup>1</sup>. No significa ello que sólo la libertad personal fuese amparada debidamente a través del recurso de *habeas corpus*; también la propiedad y los derechos o facultades que de ella emanan, o bien la constituyen, eran protegidas —v. gr. en España— sobre la base de entender que tanto la propiedad como el contrato eran instituciones del *ius gentium*, y por tanto no cabía al señor, al príncipe, o al monarca, ir contra ellos, a menos que promediara la consecuencial indemnización: a asegurar ello venían los llamados *rescriptos contra ius*, verdaderas acciones de nulidad en contra de los actos del poder, y que tutelaban al súbdito frente a la arbitrariedad de aquéllos<sup>2</sup>.

El movimiento de las constituciones escritas en el siglo 19 veló no poco este segundo aspecto de la protección de los ciudadanos, preocupándose sólo de la libertad, y muy en especial<sup>3</sup>. A ello, ya en Chile, se agrega algo que es ineludible mencionar: el farragoso cuanto kafkiano problema del contencioso administrativo, verdadera

\*Partes de este trabajo han sido publicadas con anterioridad en El Mercurio (Santiago) 21-11-76, iv, y en Gaceta Jurídica (Santiago) 3 (1976) 35-38.

comedia de equivocaciones, ya desde 1925, y donde tanto la administración, el legislador, como el juez y la incipiente doctrina han desempeñado cual más cual menos papeles de importancia fundamental, y donde en vez de producirse un equilibrado y armonioso cuarteto se encuentra sólo cacofonía originándose una verdadera contaminación ambiental de cuyo envarecimiento ningún chileno hombre de derecho o de leyes ha podido escapar<sup>4</sup>.

¿Es que, acaso, el constituyente de 1976 ha imaginado resolver esta situación por medio de este recién creado recurso de protección?

Yo diría que sí, y derechamente, puesto que viene este recurso a constituir respecto de los derechos y libertades que no son la libertad personal, física, lo que el recurso de amparo es a ésta<sup>5</sup>.

Viene pues a ser un medio procesal de pronto remedio al agravio sufrido por una persona, por un acto o una omisión antijurídica de un tercero sin que el ejercicio de él signifique una preclusión o caducidad de los derechos que tenga para hacerlos valer más latamente en un procedimiento diferente ante las magistraturas que correspondan.

Y ¿a quién protege este recurso? Del texto mismo de la norma que lo establece aparece que este recurso protege primeramente al individuo, a la persona natural, pues que se refiere a la tutela jurídica de ciertos derechos inherentes sólo a la persona humana, v. gr. entre otros, vida e integridad de la persona, de aquel que está por nacer, derecho a reunión, libertad de conciencia y manifestación de creencias, respeto y protección de la vida privada, honra de la persona y su familia. Pero si bien se analiza, vemos que también protege este recurso a las personas jurídicas —esto es esas agrupaciones de personas naturales cuyos querer y voluntades se expresan a través de un órgano que actúa por ella, unitariamente; esa persona que el Derecho reconoce como expresión unitaria y orgánicamente estructurada de un grupo o cuerpo determinado de la comunidad, reunidos por intereses comunes—. Y ello, para proteger v. gr. el derecho al debido proceso o procedimiento en que fueren parte, a la asociación, de opinión, para adquirir el dominio de bienes, y el derecho de propiedad, incluso intelectual, etc.

Y ¿frente a qué protege este recurso? Igualmente aparece obvio que tiende a proteger a la persona frente a un agravio producido por un tercero sea éste un sujeto privado (natural o jurídico) sea una autori-

dad (legislador y administrador, especialmente), agravio que signifique ya la privación de un derecho o del ejercicio de una libertad (que en ambos casos se trata propiamente de derechos subjetivos, jurídicamente protegidos), ya la perturbación de ellos, e incluso una amenaza de privación o perturbación, tal como lo estipula el inc. 19 del Art. 2 del AC 36.

Y ¿a qué tiende esta tutela que el recurso de protección implica? Es un hecho que el ordenamiento jurídico chileno prevé tutelas jurídicas eficaces en el ámbito civil como penal, para asegurar los derechos de los particulares frente al agravio producido por otros particulares, eficacia es cierto que conlleva no pocas veces una ostensible lentitud en los procedimientos, lentitud que más de alguna vez puede tornar vana dicha eficacia. Es un hecho, también, que dicho ordenamiento prevé tutelas jurídicas frente al poder público administrador, si bien en una sistemática en extremo heterogénea, que se ha visto ilusoria la mayoría de las veces en el ámbito civil (acciones de nulidad, acciones de responsabilidad) por la falsa impostación que la jurisprudencia judicial ha dado al problema del contencioso administrativo, y al problema de la responsabilidad del Estado por la actividad extracontractual de la Administración; en el ámbito penal dicha tutela sin duda existe pero pareciera que se hubiera conscientemente eludido su utilización durante largos años en los medios jurídicos chilenos<sup>7</sup>.

Así planteada la situación es obviamente utilísimo que se estatuya un remedio procesal pronto y eficaz para restituir al agraviado en su *status* previo a la lesión sufrida o a la amenaza de ella; y sobremanera respecto del agravio que ha sido producido por la autoridad administrativa. De este modo, toda persona (natural o jurídica) que se sienta agraviada podrá en tal caso acudir a la Corte de Apelaciones respectiva por medio de este recurso para que el tribunal conociendo de modo pronto adopte las providencias necesarias no sólo para el restablecimiento del imperio del Derecho, sino muy en especial para asegurar la debida protección del afectado.

Parece obvio que la manera pronta de conocimiento no puede ser otra que una forma análoga a la que actualmente utiliza la Corte de Apelaciones en relación al recurso de amparo, que le permite informarse de la situación del afectado y del origen del pretendido agravio de modo rápido, decidiendo igualmente de rápido modo<sup>8</sup>.

Pero ¿cuáles pueden ser esas “providencias necesarias”? Refiriéndonos principalmente al agravio que puede venir de la autoridad administrativa —por ser ello de ordinario menos conocido, y además poco estudiado por nuestra doctrina, muy escasa por lo demás en estas materias— podríamos señalar que entre esas providencias necesarias nos aparece de inmediato la suspensión de la aplicación del acto administrativo, esto es su no aplicación hasta que se determine su adecuación o no al Derecho. Pero junto con ello ocurre que de alguna manera para conocer dicha adecuación deberá llevar el juez su análisis a la regularidad misma del acto llevado a su examen, y por tanto, ver si es o no ajustado a Derecho; en otras palabras, si se conforma o no a la Constitución, y a las leyes, no ajuste que puede derivar ya de la no existencia de la potestad para actuar, de la no existencia de la situación de hecho, como de la falsa o errada calificación jurídica de tal hecho, de la inadecuación de la solución adoptada por el administrador por esa medida para resolver la necesidad pública que dicha situación de hecho comporta, etc.

Así, a través de este recurso de protección el constituyente (y al propósito que estamos describiendo) ha establecido verdaderamente una vía expedita, pronta y, esperamos, eficaz, para conocer del contencioso administrativo, que tiene por finalidad fiscalizar jurisdiccionalmente la juricidad del actuar del administrador, y ello esencialmente por medio de la declaración de la nulidad de sus actos que no se conforman a la Constitución y a las leyes. Ello, como bien señala el inc. 1º frase final, del Art. 2 Ac 3, sin perjuicio de los demás derechos que el afectado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes, lo cual significa que la interposición del recurso de protección deja intactos los derechos que aquél pueda hacer valer, v. gr., por medio de los recursos administrativos (vía administrativa, jerárquica y de tutela), de las acciones contencioso-administrativas (nulidad del acto), y de las acciones civiles (v. gr. entre otras, de responsabilidad, ya en contra del funcionario, ya en contra de la Administración, o ambos conjuntamente) y penales (si la conducta o el acto constituyen delito penal) 9.

Hay aquí, sin duda, una inteligente perspectiva de protección, por cuanto se abre esta tutela jurídica, sin que sea menester el agotamiento de la vía administrativa, requisito las más de las veces inoperante cuando no inícuo.

Pudiera pensarse que todo está hasta aquí muy bien, pero ocurre que en la práctica el recurso de protección habría quedado entregado en su posible aplicación a la buena voluntad de la Corte Suprema, ya que el DL 1.552 en su Art. 2º inc. 2º le encarga a ella la dictación de un auto acordado para que regule su tramitación. ¿Qué sucede con esta acción de amparo general que ha previsto el AC 3 si dicho supremo tribunal no dicta el mencionado auto acordado, como es el caso al menos hasta entrar a prensas esta publicación? ¿Significa ello que no habrá entonces, posibilidad alguna de ejercer tal recurso? ¿Quedará ella en una mera "disposición programática"<sup>10</sup> como eufemísticamente ha llamado nuestra doctrina a aquellas normas constitucionales que el juez ha negado su aplicación por estar entregado su ejercicio a la regulación de una ley, que el legislador no dicta?<sup>11</sup>.

Aun cuando ello pudiera llevarnos a un tema diverso creemos necesario —dada su importancia— referirnos brevemente a este problema, que nos aparece como capital dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Si en otros ordenamientos, diversos del chileno, pudiera tener cabida tal vez la existencia de dichas "disposiciones programáticas", en Chile sostener su existencia además de ser un error jurídico de proporciones —como trataremos de demostrar— involucra una insensatez por su carencia de racionalidad lógica. Para ello, valgan sólo dos consideraciones: una, de derecho positivo, la otra, dos ejemplos tomados del derecho comparado, ilustración suficiente para todo aquel que sepa lo que es el Derecho.

1. Norma vigente, hoy, es la contenida en el Art. 10 inc. 2º del COT, que nos permitimos transcribir:

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán (los tribunales) excusarse de ejercer su autoridad; ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.

¿Qué implica esta norma? En apretada síntesis, es la consagración legal —en concordancia con el Art. 1 del mismo código— del poder-deber (función) que involucra la jurisdicción<sup>12</sup>, y la consagración legal —conjuntamente— del derecho a la jurisdicción<sup>13</sup>, temas ambos que son la sustancia misma del Derecho Procesal, y del sistema de garantías que la CP y las AC han previsto para asegurar los derechos y libertades de las personas<sup>14</sup>. Al juez no le cabe ni excusarse de

conocer ni excusarse de fallar un asunto por el hecho de que no haya ley aplicable, sea ésta sustancial o procesal, ya que el derecho a la jurisdicción que posee todo agraviado tiene consagración constitucional, igual que el poder-deber de la jurisdicción, incurriendo por tanto en denegación de justicia el juez que violara dichos principios consagrados expresamente en el ordenamiento constitucional y legal citado<sup>15</sup>. Renunciar al primero equivale a renunciar a hacer valer sus derechos ante la justicia estatal, pública; la renuncia al segundo equivale a la denegación de justicia, vía abierta a la autotutela, a la autocomposición, a la justicia privada, y en definitiva a la ley del más fuerte, de la seiva, de la caverna.

2. Siempre parece razonable conocer cómo otras jurisdicciones han resuelto y resuelven problemas idénticos a los suscitados ante nuestros tribunales, materia que constituye uno de los rubros del Derecho Comparado que más utilidad presta, en especial para el jurista que tenga verdadera inquietud y preocupación porque la Justicia reine en una sociedad<sup>16</sup>. Y en este aspecto nos parece revelador mostrar dos casos particularmente sugerentes por cuanto recaen sobre este preciso problema de las llamadas por nuestra incipiente doctrina constitucional "disposiciones programáticas" de la CP.

Nos referimos al caso "Dehaene" fallado por el Consejo de Estado francés el 7-7-1950 y al caso "Siri" fallado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina el 27-12-1957<sup>17</sup>. Como puede advertirse dichos fallos son más bien antiguos, pero tienen de común el que tratan precisamente de problemas idénticos a aquellos que nuestros legisladores denominan enfáticamente —"disposiciones programáticas", y que sin embargo tuvieron una solución tan distinta a aquella dada en Chile, no obstante que la controversia recaía en los mismos hechos, es decir inexistencia de ley que regulara el ejercicio de un derecho constitucionalmente asegurado. Pues que dichos fallos pueden servir para esclarecer esta materia, es que los analizaremos sucintamente.

1. La constitución de 27-10-1946 establecía en su preámbulo "*Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent*"<sup>18</sup>. Pasó el tiempo y el legislador no se preocupó mayormente de su obligación de regular el ejercicio de tal derecho<sup>19</sup>. Entretanto, en julio de 1948 los funcionarios de prefecturas declararon una huelga a fin de obtener mejoramientos gremiales; el mismo día en que ocurriera ello —esto es el 13-7-1948, un día antes de la fiesta nacional francesa—

los Prefectos (nuestros Intendentes) suspendieron de sus funciones —y ello sin procedimiento disciplinario, lo que estaba permitido—<sup>20</sup> a los “chefs de bureau” de las prefecturas, sanción que una vez retornados al trabajo fue morigerada por la de amonestación. Ante esta situación, seis de los jefes sancionados de la Prefectura de Indre-et-Loire, entre ellos el señor Dehaene, entablaron recurso en contra de la sanción sosteniendo que el ejercicio de un derecho reconocido expresamente por la Constitución no podía en caso alguno significar un ilícito, ni menos aún ser sancionado con una medida disciplinaria.

Se planteaba pues un problema capital al CE: un derecho reconocido a todo individuo en el texto fundamental, y entregado al legislador en su regulación ¿qué ocurre si éste no actúa? ¿significa que por esta omisión legislativa no hay tal derecho, y por tanto el legislador —con su inactividad— estaría derogando tácitamente la norma constitucional? ¿es acaso ello posible?<sup>21</sup>.

El CE —cuya sagacidad y sentido de la equidad ha sido con justicia internacionalmente alabada, constituyéndose en un baluarte de los principios republicanos— vio con agudeza y de inmediato que este problema no podía tener más que una solución, y es así como se expresa en este fallo memorable, en lo que concierne a nuestro caso:

— La Constitución —en su preámbulo— ha reconocido el derecho de huelga, y ha señalado que su ejercicio se realizará conforme a la regulación que efectúe el legislador;

— La ausencia de toda regulación legal para ejercer tal derecho no puede significar su cercenamiento<sup>22</sup>, pues ello atentaría contra el ordenamiento constitucional mismo, de allí que la huelga de los agentes públicos sea lícita, debiéndose sí entenderse limitada por las necesidades de asegurar la continuidad de los servicios públicos y en la medida que ella tienda efectivamente a la defensa de los intereses profesionales, y no de otros intereses<sup>23</sup>;

— y concluía el juez que puesto que corresponde al Gobierno la responsabilidad de asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, es a él en consecuencia —en ausencia de actividad del legislador— a quien le cabe fijar bajo el control del juez las limitaciones que deban aportarse a tal derecho cuando es ejercido por los agentes públicos, limitaciones que en caso alguno puedan llegar a cercenarlo o excluirlo; y ello hasta que el legislador actúe.

¿Qué significa, pues, esto? Bien clara es la solución: el hecho de

que no se haya dictado la ley a la cual se remite la Constitución, no puede significar en caso alguno que el derecho que dicha Constitución ha reconocido sea letra muerta, ya que establecida su consagración en ella opera por ese solo hecho, siendo al juez a quien le corresponde decidir en último término sobre las limitaciones a que tal derecho deba sujetarse, sin que ellas puedan significar jamás su cercenamiento o su desaparición.

II. Muchísimo más clara aparecerá esta solución en el caso "Siri".

Era don Angel Siri —allá por el año 1956— director propietario del periódico "Mercedes", que se editaba en la ciudad de ese nombre (Provincia de Buenos Aires). Un día, agentes de seguridad de la policía de la provincia llegaron hasta sus talleres, lo detuvieron y clausuraron el periódico. De acuerdo con la legislación argentina interpuso recurso para ser amparado en su libertad de trabajo y de imprenta —suspendidas por la medida policial— recurso que le fuera denegado por cuanto tal medio procesal, según arguía el juez, procedía sólo en cuanto protección de la libertad física o corporal de la persona, pero no de otras. No contento con esta solución Siri interpuso recurso extraordinario, medio procesal que el Derecho argentino otorga como última defensa en contra de resoluciones administrativas irrecurribles ante la vía judicial, y que **afectan** garantías constitucionales<sup>23bis</sup>.

He aquí las argumentaciones del Supremo Tribunal Argentino:

— es un hecho fuera de toda duda que la Constitución de la Nación en sus Arts. 14, 17 y 18 aseguran la libertad de imprenta y la de trabajo;

— para asegurar tales derechos el recurrente Sr. Siri había acudido a un tribunal de la Nación invocando la Constitución que expresamente dice asegurarlos;

— es un hecho también que no había legislación procesal específica que determinara la forma de tramitación de la acción interpuesta por el afectado, pues no se trataba de un recurso de *habeas corpus*, obviamente. En tal caso, ¿podía dársele una tramitación semejante a la de aquél?

Sobre la base de estos datos es que la Corte —en fallo que la honra ciertamente— desarrollará la solución:

— de los hechos de la causa aparece que el Sr. Angel Siri ha visto suspendidos sus derechos y libertades de trabajo y de imprenta;

— que esa suspensión aparece sin que se hubiera podido comprobar con certeza quién era la autoridad que la había ordenado, si bien se hallaba acreditado que había sido bien cumplida y mejor ejecutada por la policía provincial, de lo cual se concluye que tales derechos y libertades han sido suspendidas o restringidas sin mediar orden de autoridad competente;

— que corresponde al juez restablecer el derecho, aún si no existe norma procesal para ello, y agrega a la letra "Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, como dice el Art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas".

Y continúa: "No son, como puede creerse, las declaraciones de derechos y garantías, simples formulaciones teóricas. Cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal y el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina".

Es tan claro el fallo al respecto que aparece diáfana la conclusión en orden a afirmar que corresponde al juez el restablecer el derecho de una persona que, constitucionalmente asegurado o consagrado, se ha visto agraviada por una lesión antijurídica provocada por un acto de la autoridad, aun si el legislador ha omitido regular a través de la ley un procedimiento para ello; en otros términos, los derechos y libertades que la Constitución dice asegurar poseen operatividad propia, pues dejar entregada su aplicación a la ley es subordinar la Constitución a la voluntad del legislador, y es obvio que ello es una insensatez<sup>24</sup>. Y aún en otras palabras, la declaración de un derecho por la Constitución otorga por ese solo hecho a su titular la posibilidad jurídica de ejercerlo, siendo título suficiente y bastante

la propia Constitución; de ser violado o lesionado tal derecho su titular está habilitado para recurrir al juez a fin de que éste le restablezca en su situación jurídica, atendido su derecho a la jurisdicción; el juez está, por su parte, obligado a pronunciarse dado el deber jurídico en que se encuentra al habersele otorgado por el Derecho la jurisdicción; dicho juez está obligado a amparar ese derecho constitucionalmente declarado, pues aun en ausencia de ley, la propia Constitución le da operatividad específica o inmediata.

¿Disposiciones programáticas o errada interpretación del Derecho? nos preguntábamos en páginas precedentes.

Después de mostrar cómo han fallado jurisdicciones verdaderamente concededoras del papel del Derecho en una sociedad, y de la noble misión del jurista cuando éste es juez, no cabe dudar al afirmar que sólo una errada interpretación de lo que es el Derecho puede llevar a sostener la existencia de disposiciones programáticas en la Constitución: ellas no son sino el fruto de la ignorancia jurídica, la que envileciendo el Derecho y la Justicia viene en último término a conspirar contra la paz misma de la comunidad.

¿Es que ha llegado la hora en que por fin pueda resolverse de modo práctico y realista el inasible problema que ha existido en Chile del control jurisdiccional de la Administración, y que, hasta ahora, ningún gobierno parece haber tenido el interés real de resolver?<sup>25</sup>

Ello nos lleva una vez más a una conclusión que desde hace tiempo venimos señalando, y de la cual estamos cada vez más absoluta y firmemente convencidos:

— no es la buena voluntad de los gobernantes o administradores lo que hace que en una nación impere el Derecho, por mucho que ello ayude si se da tal cosa en lo concreto del gobernar una comunidad dada<sup>26</sup>;

— no son tampoco las buenas leyes que pueda concebir el legislador para regir dicha comunidad las que van a hacer que impere en ella el Derecho<sup>27</sup>;

— quien hace verdaderamente que en una comunidad impere el Derecho es el juez, y no cualquier juez sino aquel que entienda precisa y cabalmente su función<sup>28</sup>.

Y ello particularmente en nuestro ordenamiento constitucional en que el único Poder estatal previsto como tal es el Poder Judicial<sup>29</sup>,

que es el único que juzga de los actos del legislador<sup>30</sup>, y de los actos del administrador<sup>31</sup>, e incluso del contralor, pues que los actos de este último vinculan sólo al administrador pero no al juez, quien podrá decidir de modo distinto sobre un mismo asunto, primando obviamente su decisión sobre la de aquél<sup>32</sup>.

¿Significaría esto que nuestra Constitución de 1925 —y las modificaciones sufridas hasta ahora— habría establecido un “gobierno de los jueces”? A pesar de innegables influencias en tal sentido<sup>33</sup>, de ninguna manera es posible afirmarlo, pues el ordenamiento constitucional se ha encargado de modo claro de establecer que no sólo el legislador y el administrador y también el contralor deban guardar la Constitución (el primero) y además las leyes (los segundos), sino que el propio juez está sujeto a ellas, y se han previsto los mecanismos jurídicos para que de ellas éste no se aparte en su función<sup>34</sup>.

Y significa no otra cosa que Chile se ha dado no un gobierno de hombres —en su ordenamiento constitucional— sino del Derecho, siguiendo así una tradición que se inserta dentro de los logros más señalados que la cultura judeo-greco-latina, marcada por el espíritu vivificante de Cristo, ha venido estructurando desde milenios<sup>35</sup>: no la ordenación despótica del que posee la fuerza ha de ser el Derecho para una comunidad, sino una prescripción de la razón ordenada al bien común de las personas que forman parte de ella, pues es en tal comunidad donde reside en último término el poder de regirse, no siendo la autoridad sino un medio para obtener el bien de esa comunidad, a cuyo servicio ella existe y en cuya tarea encuentra la razón y sentido mismo de su existencia, ya como legislador, ya como administrador, ya como contralor, ya como juez<sup>36</sup>.

Como ocurre siempre con el Derecho —ese difícil arte de separar lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, cuando ello se presenta en el cambiante e incesante devenir de las relaciones entre los hombres—<sup>37</sup> es al juez a quien le toca decidir que ese Derecho sea en verdad un instrumento de justicia (y, en consecuencia, de paz) o pueda transformarse en signos de iniquidad. Es al juez, en definitiva, a través de su función, noble entre las más nobles, a quien le toca ahora permitir que este recurso de protección sea realmente un medio jurídico idóneo, apto y eficaz de la tutela de los particulares, o que se transforme —por el contrario— en meras palabras y

palabras, totalmente inútiles para la adecuada justicia de las diarias relaciones de las personas que integramos esta comunidad.

No debe olvidarse que, en último término, el Derecho es desde el momento que existe un conflicto —y aún antes, si se quiere— aquello que declaran los jueces; aquello que el juez declara como justo en una situación controvertida sometida a su conocimiento y decisión; aquello, en fin, que los jueces aprueban como justo<sup>28</sup>.

Estamos ciertos que al menos los jueces no podrán menos que aprobar esto.

## NOTAS

<sup>28</sup>Tal vez la primera manifestación de esa protección se encuentre en los decretos acordados en las Cortes de 1188 y dictados por Alfonso IX, rey de León y de Galicia, decretos más conocidos como la Carta Magna Leonesa, según denominación que acuñara Cl. Sánchez Albornoz (vid. *Sensibilidad política del pueblo castellano en la Edad Media*, en Revista de la Universidad de Buenos Aires II (1948) enero-marzo; para el texto de dichos decretos vid. Cuadernos de Historia de España (Buenos Aires) 9 (1948) 150-153). En contraste con esta carta, acordada libremente entre el rey y los hombres libres que eran sus vasallos, en Cortes convocadas por el propio monarca, 37 años más tarde Juan, sin tierra, se vería obligado a pactar con los barones la carta que devendría posteriormente la Carta Magna (1215), donde se reconocería (39) como principio de justicia natural el debido proceso para asegurar la libertad personal (para el texto de este célebre documento vid. Taswell-Langmead's. *English constitutional history* (11th. ed.), Sweet and Maxwell, London, 1960, 65-92; para un análisis de sus antecedentes históricos y del texto mismo vid., entre otros, Ch. Petit-Dutaillis, *La monarchie féodale en France et en Angleterre*. Albin Michel, Paris, 1971, 315-356; W. Ullmann, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*. Revista de Occidente, Madrid, 1971, 155-195; más ampliamente G. Rizzo, *La responsabilità regia e le deposizioni dei re inglesi*, Giuffrè, Milano, 1939). Ya con posterioridad —y para el caso hispánico, ya que es éste parte de nuestra propia historia— innumerables serían durante los siglos 13 a 15 las consagraciones de derechos y libertades que protegían a los hombres libres, más que contra la arbitrariedad del rey contra la de los señores, pues que el príncipe era quien aseguraba aquéllos como supremo juez de los atropellos de éstos en su agravio.

Es en este período medieval (1000-1400) donde nace el verdadero constitucionalismo, período que quizás por abulia o falta de perspectiva histórica, los hombres dedicados al derecho constitucional desconocen en general, creyendo que sólo con la revolución de 1789 nacieron los principios del constitucionalismo clásico. Para el constitucionalismo medieval puede

ser de utilidad consultar las siguientes obras, por vía ejemplar: F. Kern, *Derechos del rey y derechos del pueblo*. Rialp. Madrid, 1955; L. G. de Valdeavellano, *Curso de historia de las instituciones españolas*. 4ª ed. Rev. de Occidente. Madrid, 1975, libro IV sección 1ª; J. Beneyto, *Los orígenes de la ciencia política en España*. IEP. Madrid, 1949; *Historia de las doctrinas políticas*. 4ª ed. Aguilar. Madrid, 1964, caps. 8 a 24; J. A. Maravall, *Estudios de historia del pensamiento español (edad media)*. Edic. Cultura Hispánica. Madrid, 1973; O. Hintze, *Tipología de las instituciones estatales de Occidente, y Las condiciones histórico-universales de la constitución representativa*, en *Historia de las formas políticas*. Rev. de Occidente. Madrid, 1968; H. Mitteis, *Lehnrecht und Staatsgewalt*. Weimar, 1933; *Der Staat des hohen Mittelalters*. 5ª ed. Weimar, 1955; F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. 2ª ed. rist. Giuffrè. Milano, 1965; *I glossatori e la teoria della sovranità*. 3ª ed. Giuffrè. Milano, 1957; G. de Vergottini, *Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV (2 vol.)*. 3ª ed. Giuffrè. Milano, 1960; A. Marongiu, *L'istituto parlamentare in Italia dalle origini al 1500*. Roma, 1949; *Il parlamento in Italia nel medio evo e nell'età moderna*. Giuffrè. Milano, 1962; S. Mochi-Onory, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato*. Vita e Pensiero. Milano, 1951; Taswell-Langmead's, *ob. cit.*; W. Ullmann, *ob. cit.*; M. Bloch, *La société féodale (2 vol.)*. A. Michel, 1939-40; Ch. Petit-Dutaillis, *ob. cit.*, M. David, *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX au XV siècle*. Dalloz. Paris, 1954; H. X. Arquillière, *L'augustinisme politique. Essai sur la formation des théories politiques du Moyen Age*. 2ª ed. Vrin. Paris, 1972; F. Olivier Martin, *Histoire du droit français*. Ed. Domat Montchrestien. Paris, 1951; M. García Pelayo, *El reino de Dios, arquetipo político*. Revista de Occidente. Madrid, 1959; etc.

<sup>2</sup>Al decir v. gr. España no se nos escapa la generalización que ello envuelve no sólo en cuanto al tiempo (que reducimos a los siglos a partir de 1000) sino al espacio, puesto que las esferas leonesa-castellana, y aragonesa no son obviamente equiparables; con todo, en ambas es posible encontrar —aunque con diferente intensidad— garantías para el respeto de los derechos de los súbditos (vid. entre otros, G. de Valdeavellano, *ob. cit.*, espec. 406-422, y 571-582 para la afamada institución del justicia mayor aragonés; J. Beneyto, *Los orígenes* cit. cap. 8 (261-299) para las libertades del súbdito y sus garantías) y que pasarían ciertamente a los territorios indios, donde constituirán el antecedente directo de las instituciones republicanas (vid. entre otros, M. Salvat, *Las funciones de gobierno de la Audiencia en el reino de Chile*, en *Actas y Estudios del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indio*, INEJ. Madrid, 1973, 597-622; nuestro *La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo)* 1976 (2); ya la Recopilación de Leyes de las Indias (1680) contenía preceptos señeros: vid. entre otros, 2.15.23 y 2.15.34 a 41, y nuestro *Apuntes para la historia de la administración indiana en Chile*, en *Anuario de Derecho Administrativo* 1 (1976) 105-152 espec. 120-122 y notas).

Sobre la idea de concebir tanto la propiedad como el contrato como regulados por el *ius gentium* vid. entre otros, U. Nicolini, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità*. Giuffrè. Milano, 1952. 3-28, 115-151; 153-185 para los rescriptos contra ius en el derecho medieval. Para España G. Ariño, *Derechos del rey, derechos del pueblo*, en Actas del II Symposium de historia de la administración. IEA. Madrid, 1971- 65-82: para la garantía judicial A. Gallego Anabitarte, *Administración y jueces*. IEA. Madrid, 1971; G. Villapalos, *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media*. IEA. Madrid, 1976.

¶Sin olvidar, es cierto, la protección de la propiedad, pero no con medios eficaces para impugnar las violaciones que contra ella fuesen dirigidas en cualquier forma por actos de la Administración, salvo las acciones propias al derecho común. Para el caso de Chile vid. v. gr. reglamento constitucional provisorio de 27-10-1812 (arts. 15 y 20); proyecto de constitución de 1811, publicada en 1813 (arts. I a 17 y 138); constitución de 23-10-1818 (tit. I cap. I arts. 2 y 3; tit. IV cap. I art. 20, cap. II art. I; tit. V cap. III art. 20); constitución de 30-10-1822 (arts. 117, 199, 202 a 209); constitución de 29-12-1823 (arts. 19 N° 4, 123 a 128, 136, 138 lejano antecedente del recurso de protección, y que asegura la gratuidad para el afectado que reclama un atropellamiento o violencia de las autoridades constituidas, y que es ilegal, 146 N° 1, 161); constitución de 1828 (arts. 10, 13 a 16, 104); sus reformas de 25-5-1833 (arts. 133 a 143: este art. 143 por vez primera establece en la propia constitución la acción de amparo personal (habeas corpus), y que pasará a las reformas de 1925 art. 16, casi textual, amparo que sólo protege la libertad personal. "Todo individuo que se hallare preso o detenido ilegalmente..."). Para los textos citados vid. R. Briceño, *Memoria histórico-crítica del derecho público chileno*. Impr. Belin. Santiago, 1849, textos en 266-510; también J. Bañados Espinosa, *Derecho Constitucional. Constituciones de Chile*. Miranda. Santiago de Chile, 1889.

¶Vid. Sobre el farragoso problema del contencioso-administrativo en Chile, entre otros, *Actas oficiales de las sesiones celebradas por la comisión y las subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de nueva Constitución Política de la República*. Impr. Universitaria. Santiago de Chile, 1925. 518 s.; y modernamente J. Navarrete, *¿Es Chile un Estado de Derecho?*, en *El Mercurio* (Santiago) 20-8-73; *El poder del poder judicial*, en *Revista Chilena de Derecho* vol. 1 (1974) 73-82; nuestro *La competencia* cit.; P. Pierry Arau, *Competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la actividad administrativa*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* 4 (1973) 143-154; *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en *Anuario de Derecho Administrativo* cit. E. Urrutia Manzano, *Discurso de apertura del año judicial 1973*, en *El Mercurio* cit. 2-3-73, 1 col. 8; últimamente R. Pantoja Baurá, *La justicia contencioso-administrativa en Chile, antecedentes y tendencias*, en *Anuario* cit.; para una visión esquemática del sistema contencioso-administrativo chileno vid. E. Soto-Kloss, *Introducción*, en E. Soto-Kloss-G. Fiamma, *Procedimientos administrativos y contencioso-administrativos*, de próxima aparición.

¶Este art. 2 del DL 1.552 (13-9-76) tiene su antecedente directo en el proyecto de reforma constitucional preparado por los profesores J. Navarrete B.,

y el autor de estas líneas en 1972 y presentado ante la Cámara de Diputados por los parlamentarios S. Díez Urzúa y M. Arnello Romo (Boletín de sesiones extraordinarias Cámara de Diputados (legislatura extraordinaria 1972/73) u sesión 20 (20-12-1972) 1.303-1.306). Dicho proyecto tenía por objeto establecer precisamente la acción de amparo general, que viniera a completar la garantía del particular a todos sus derechos y libertades, y no sólo su libertad personal (amparada ya por el llamado "recurso de amparo"), acción de amparo que viniera en especial a tutelar al ciudadano, e incluso no ciudadanos, frente a la arbitrariedad de la Administración, como expresamente lo señala la fundamentación de dicho proyecto. No debe olvidarse que aquel período fue particularmente fecundo en abusos cometidos por los funcionarios y autoridades político-administrativas (vid. v. gr. crónicas en *RECHD* vol. 1 (1974) 414-447; 707-732; vol. 2 (1975) 268-311); a ello, pues, estaba destinado primordialísimamente tal proyecto. Valga agregar que el Prof. Díez es miembro de la Comisión que la Junta de Gobierno designara (ps (Justicia) 1.064, de 12-11-1973) para estudiar, elaborar y proponer un anteproyecto de nueva Constitución Política (puede verse este ps en *Normas Fundamentales del Estado de Chile*, Tomo 2 (E. Soto Kloss-G. Fianuma), EJA, Santiago, 1976, 299 s.). El proyecto elaborado por los profesores citados puede verse en Anexo; al presentarse el proyecto al Congreso por los parlamentarios referidos sólo se modificó el "Quiénes" del encabezamiento de su art. 1 por "Quién", todo el resto permaneció idéntico.

Que este recurso de protección, establecido por el art. 2 del Ac 3, procede en contra de los actos y omisiones de la autoridad —en especial autoridad administrativa— no puede haber menor duda, ya que los antecedentes directos de esta Ac así expresamente lo establecen. La propia Comisión de Reforma Constitucional —creada pocas semanas después del 11-9-1973, por ps (Justicia) 1.064 precitado— en su informe del 26-11-73, párrafo 2, señalaba precisamente: "como instrumento esencial para la adecuada protección de los Derechos Humanos, la Constitución establecerá mecanismos expeditos para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado, en todos los casos en que una garantía de libertad o un derecho básico esté o pueda estar amenazada, restringida o coartada por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares" (cursivas nuestras). Igual idea señalaría esta misma Comisión en su informe expedido un año después (8-11-1974); en su párrafo 4 *Ampliación del recurso de amparo* diría textualmente: "Como instrumento esencial para la adecuada protección de los derechos humanos, la Constitución chilena ampliará el recurso de *habeas corpus* a todos aquellos casos en que un derecho básico, sea el de la libertad personal, el de la inviolabilidad del hogar o cualquier otro, esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares" (cursivas nuestras). (Pueden verse dichos informes en ADA cit. 505-514 y 529-539, respectivamente).

Decimos frente al agravio producido por un tercero, incluso autoridad, y legislador, porque es obvio que éste puede también agraviar directamente a través de la ley, violando un derecho asegurado a la persona constitucionalmente, violación que hace que dicha ley sea inconstitucional. A través de este recurso, pues, también puede plantearse la inconstitucionalidad de

una ley, en cuanto ella en sí sea contraria a la Constitución, sin que sea menester esperar su aplicación sea por la Administración o por el juez, en cuanto ella directamente agravia a una persona. Y ello puede ser v. gr. si una ley viola la libertad de trabajo (asegurada por el art. 1 N<sup>o</sup> 20 AC 3), o es discriminatoria (violando el art. 1 N<sup>o</sup> 2 cit), o si permitiera el aborto (infringiendo el art. 1 N<sup>o</sup> 1 cit), o si presumiera de derecho la responsabilidad penal (conculcando el art. 1 N<sup>o</sup> 3 inc. 6), etc. En cuanto a la forma de conciliar su interposición con el procedimiento que la Corte Suprema ha establecido para la inaplicabilidad del art. 86 inc. 2, ha de ser la propia Corte quien deberá pronunciarse, y podrá hacerlo precisamente al dictar el auto acordado que regule la tramitación del recurso de protección (según dispone el inc. 2 art. 2 DL 1.552). Aparece obvio que al conocer del citado recurso la Corte Suprema (en apelación, habrá de ser) podrá también declarar la inaplicabilidad de oficio, como lo estipula el art. 86 inc. 2 frase 1<sup>a</sup> de la Constitución ("La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca...").

Excepción a ello fueron las diversas querrelas criminales que se interpusieron en el periodo 1971-1973 en contra de funcionarios, autoridades, e incluso Ministros de Estado, como un medio de frenar o contrarrestar el abuso de poder o la ilegalidad que a menudo hicieron ellos gala en el ejercicio de sus funciones públicas.

Vid. art. 16 CP 1.925; art. 3 DL 1.552/76; arts. 306-316 CPP. La norma vigente hoy es el art. 3 DL 1.552 cit. pues en virtud del art. 12 de dicho DL han quedado derogados a partir del 18-9-76 (art. 8 transitorio) los arts. 10 al 20 inclusive de la CP 1.925. Obvio es que la analogía deberá llevar a establecer el informe de la autoridad administrativa autora del acto jurídico o del hecho material, o de la omisión misma, ilegales o arbitrarias, que ha significado el pretendido agravio a una persona en el legítimo ejercicio de los derechos que el cit. art. 2 AC 3 enumera como objeto de esta garantía de amparo judicial denominada "recurso de protección".

Para el control jurídico de la Administración ver *Introducción* cit. en nota 4 in fine.

No es obstáculo a cuanto venimos diciendo en cuanto al ejercicio de este recurso de protección, el que no se dicte al auto acordado que el AC 3 dispone (en su art. 2 inc. 2<sup>o</sup>) ha de dictar la Corte Suprema: si bien a ello le dedicamos algunas referencias en el texto, cabe aquí recordar a su respecto sólo dos preceptos constitucionales, el art. 7 del AC 2 (DL 1.551/76) y el art. 11 del AC 3. Señala el primero: "Los preceptos de las Actas Constitucionales y de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los distintos órganos de autoridad, como a toda persona, institución o grupo". Y su inc. 2 agrega: "La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley". Dispone el segundo: "Nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos y libertades que esta Acta Constitucional reconoce, ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen constituido". (el inc. 2<sup>o</sup> no viene al caso). Véase también sobre el particular cuanto ha dicho la Comisión de Reforma Constitucional en sus diversas declaraciones informando al país sobre sus trabajos: vid. nota 15.

Tampoco es obstáculo la norma del art. 14 del Ac 4 (Dt. 1.553/76), que previene que el ejercicio del recurso de protección ha de ser integralmente compatible con las disposiciones legales reguladoras de los regímenes de emergencia: si de acuerdo con éstas cabe a la autoridad competente suspender, limitar o restringir algunos de los derechos y libertades que el Ac 3 asegura, y que expresamente el Ac 4 detalla según los casos, no debe olvidarse que tales restricciones (lato sensu) en tanto son actos administrativos, o más ampliamente si se quiere actos de las autoridades políticas o administrativas, están siempre subordinados a la Constitución (Actas Constitucionales) y a las leyes, y por tanto, sujetos al control jurisdiccional de los tribunales ordinarios, por alguna de las vías que el derecho chileno ha dispuesto a tal fin. El "integralmente compatible" no viene a ser sino un requisito de calificación jurídica para el juez, atendido los diferentes casos (o grados) que el Constituyente (y el legislador) establece (establezca) para los diversos regímenes de emergencia. Me atrevería a decir que ello no constituye otra cosa que una indicación para el juez (Corte de Apelaciones y Corte Suprema) en sus potestades decisoras, para que tenga debida cuenta no sólo de los derechos y libertades del agraviado sino también —y el Constituyente quiso expresarle de modo bien explícito— del interés general, seriamente amagado en la emergencia constitucional en que se presenta el caso a su conocimiento. De allí que no pueda ser obstáculo alguno esta disposición del art. 14 del Ac 4 en la aplicación de este recurso de protección.

<sup>3</sup>Ha sido frecuente en Chile entre los hombres de Derecho el entender no pocas veces que algunas normas que la Constitución prevee encargando su mejor regulación a la ley, devienen simples "disposiciones programáticas" si esa ley no es dictada por el legislador. Es decir, dichas disposiciones constitucionales serían "programas" para realizar que no normas que aplicar, y por tanto, no obligarían al juez en un caso concreto, reenviando éste al litigante al legislador para que dicte la ley que pondría en aplicación esa disposición constitucional. ¿Quién no recuerda las soluciones que la doctrina y la jurisprudencia han dado desde hace más de 50 años, por ejemplo, al art. 20 de la Constitución de 1925, y al art. 87 —verdadero nudo gordiano cuando no muro de lamentaciones bíblicas para jueces y abogados—, y también incluso el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado, casos todos en que ha habido tantas y tantas veces una real y precisa denegación de justicia?

<sup>4</sup>No debe olvidarse en relación con el inc. 2º del art. 2 del Ac 3 ("La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso") que el auto acordado es una manifestación del ejercicio de potestades normativas —de efectos generales— que poseen los tribunales superiores de justicia (esto es, el auto acordado viene a ser un acto jurídico de efectos generales, análogo al reglamento dentro del campo de la función administrativa), y cuyo fundamento positivo se encuentra en el art. 86 cp 1925, y explicitado en el cor art. 540, y 598 al extenderlo a las Cortes de Apelaciones. Tal potestad normativa está ciertamente subordinada a la Constitución (a las Ac, hoy además) y a las leyes, es decir no es una potestad normativa primaria, sino secundaria, subordinada.

<sup>5</sup>Su consagración constitucional en cp 1.925 arts. 80 y 86 principalmente,

y en Ac 2 consid. 4 letra c), arts. 4, 6 y 7; en Ac 3 art. 1 N<sup>o</sup> 2 especialmente.

<sup>12</sup>Además de los referidos en nota 12 deben agregarse —como consagración constitucional del derecho a la jurisdicción— Ac 2 art. 2 inc. 1<sup>o</sup>, arts. 3, 4 en especial inc. 2; Ac 3 consid. 10 y arts. 1 (N<sup>o</sup> 2 incs. 1 y 3, N<sup>o</sup> 3 inc. 1 principio general en la materia al igual que inc. 1 N<sup>o</sup> 2 cit. etc.), 2, 3, 7 y 11 especialmente (inc. 1<sup>o</sup>).

<sup>13</sup>Dado que estas materias escapan en cierto modo a este trabajo, remitimos a, entre otros, F. Hoyos, *Derecho Procesal* (apuntes de clases). Santiago de Chile, 1976, 51-135, esp. 51-87; J. Colombo, *La competencia*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1959, 17-29.

<sup>14</sup>La Comisión de reforma constitucional en su primer informe (26-11-73) señalaba textualmente —párrafo 10 inc. 3<sup>o</sup>— “El Poder Judicial debe ser guardián de los derechos humanos, a fin de impedir que las garantías constitucionales carezcan de eficacia jurídica. A nadie le debe ser negada la justicia por arbitrios procesales o secundarios o a pretexto de que no existe una ley que determine el órgano o la forma de resolver una determinada materia”. (Vid. dicho informe en ADA cit. 511).

<sup>15</sup>Vid. al respecto nuestro *Sobre la posición de los juristas frente al Derecho en la época actual*, en RDP 19/20 (1976).

<sup>16</sup>Puede verse el fallo *Dehaene* en Long, Weil, Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 6e éd. Sirey, París, 1974, 339-351; para su sentido y alcance, entre otros, R. Latournerie, *Le droit français de la grève*, Sirey, París, 1972, 610-654. Para el fallo *Sini* ver Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomo 239, 463 espec.

<sup>17</sup>El citado Preámbulo se encuentra vigente en la actualidad por expresa disposición de la Constitución de 4-10-1958, hoy en vigor. El texto transcrito podría traducirse *El derecho de huelga se ejercerá dentro de los límites de las leyes que lo regulen*.

<sup>18</sup>Sólo una ley (de 27-12-1947) se dictó, respecto del personal de las compañías republicanas de seguridad, sometiénolas a un estatuto especial; con posterioridad se dictó otra (de 28-9-1948) respecto a la policía.

<sup>19</sup>Ver leyes citadas en nota precedente.

<sup>20</sup>Como puede advertirse igual problema se planteaba con el art. 20 de la CP de 1925 (hoy derogado pero retomado con variaciones en el Ac 3 art. 1 N<sup>o</sup> 6 letra f).

<sup>21</sup>Las dos leyes citadas no podían ser consideradas obviamente — y así por lo demás lo declaró expresamente el juez en el fallo— como regulación jurídica de tal derecho, como lo ordenaba la Constitución, puesto que eran ellas normas muy especiales y breves referentes a servicios igualmente muy especiales.

<sup>22</sup>De allí la prohibición de la huelga por motivaciones políticas: vid. v. gr. CE 18-2-1955 *Bernot*, Rec. Lebon 97; CE 8-2-1961 *Roussel*, rec. 85 concl. Braibant; y aún de la incitación a ella CE 12-10-1956 *Dlle. Cochard*, rec. 362.

<sup>23</sup>bi) Para este “recurso extraordinario” y la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación argentina puede verse, entre otros, M. M. Díez, *Derecho Administrativo*, 6 vol. Omcba/Plus Ultra. Buenos Aires, vol. VI (1972) 247-

224; para el control judicial de los actos de la Administración en dicho país, va más ampliamente cap. VIII (207-298), y también *Protección jurídica del administrado en el derecho argentino*, en ADA cit.; últimamente, A. A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 2 vol. Macchi, Buenos Aires, vol. 2 (1975) cap. XIX in totum, con legislación positiva.

<sup>20</sup>Otro fallo particularmente importante en este mismo sentido —tal el recaído en *Kot* de 5-9-1958 en FCSJN tomo 241, 302 espec.— llega a afirmar de modo aún más rotundo: “...ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación”. Vid. nota 15 precedente.

<sup>21</sup>Que ningún gobierno haya querido que existiera este control que estipulaba el art. 87 de la CP de 1925 aparece claro de la sola circunstancia de que todos los proyectos presentados a tal fin en el Congreso Nacional siguieron el fatal destino de ser prontamente archivados (v. gr. proyectos Koch (1927), Juliet (1945), Zúñiga Latorre (1958), Lorca (1968) etc.).

<sup>22</sup>Cfr. J. Navarrete B., *¿Es Chile un Estado de Derecho?*, en *El Mercurio* (Santiago) cit.

<sup>23</sup>Aun cuando algunos piensen —y ello parece ser bastante frecuente en algunos utópicos— que buenas leyes hacen buenos a los hombres, lo cual es un error si se afirma de modo directo, ya que los hombres de buen natural no necesitan de leyes para respetar a sus semejantes, lo hacen espontáneamente y de buen grado. De manera vívida señala Santo Tomás: “Para aquellos que por una disposición natural, por la costumbre, o más aún por un don divino, están inclinados a la virtud, es suficiente la disciplina paterna que se basa en los consejos. Pero hay algunos protervos, propensos al vicio, que no se conmueven fácilmente con las palabras; a esos es necesario apartarlos del mal mediante la fuerza o el temor; así, desistiendo al menos de hacer mal, dejarán tranquila la vida a los demás; y finalmente ellos mismos, por la costumbre, vendrán a hacer voluntariamente lo que en un principio hacían por miedo, y llegarán a ser virtuosos. Pues esta disciplina que obliga con el temor del castigo es la disciplina de las leyes”, *Suma Teológica* I-2.95.1 resp. Y en ad 1 agrega, “Los hombres bien dispuestos son inducidos a la virtud por medio de consejos, voluntariamente, mejor que por medio de la coacción; pero hay algunos mal dispuestos, que no se inclinan a la virtud si no son coaccionados”.

Con razón San Isidoro (*Etimologías* 5.20) decía “Se instituyen las leyes para que, por temor de ellas, se refrene la audacia, quede defendida la inocencia en medio de los malos, y para que la fuerza agresora de los malvados sea coartada por el temor del castigo”.

<sup>24</sup>“Las leyes más sacrosantas sin jueces dignos, son frutos cadavéricos de la razón difunta”, diría el célebre maestro salmantino Domingo de Soto. Por la misma época M. de l'Hôpital expresaba algo semejante en su discurso

en la apertura de la Asamblea de Moulins (1556): "Il n'est saison si fâcheuse qui puisse détourner le bon juge de faire droiture".

<sup>29</sup>Vid. cap. vii de la CR 1925, mientras en su cap. iv habla del órgano legislativo "Congreso Nacional", y en su cap. v del órgano ejecutivo "Presidente de la República".

<sup>30</sup>A través de la declaración de inconstitucionalidad de algún "precepto legal", sea de oficio ("en los casos particulares de que conoza") o a petición de parte ("o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal"), según lo ha establecido la propia CR, art. 86 inc. 2º.

<sup>31</sup>A través de variadas vías que han sido previstas en nuestro ordenamiento: la vía de la competencia general de los tribunales ordinarios de justicia (por medio de acciones que la ley común confiere a los particulares, y de acuerdo al derecho común: v. gr. querrelas posesorias), la vía de la atribución específica de competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos (v. gr. contencioso municipal, tributario, sanitario, etc.), la vía de la reparación a través de una acción ordinaria de indemnización de perjuicios, la vía penal cuando se persigue la conducta antijurídica, típica y culpable de un empleado público, etc. Vid. para mayores precisiones *Introducción* a trabajo nuestro cit. en nota 4 in fine.

<sup>32</sup>Se entiende que se refiere a los pronunciamientos del Contralor recaídos en especial sea en dictámenes solicitados a él (ya por funcionarios LOCCR art. 9 inc. 5º, ya por particulares AC art. 1 Nº 8) o bien ya en la toma de razón misma de decretos y resoluciones que deban seguir dicho trámite (Resol. (CCR) 1.100, de 10-11-73). Es decir, pronunciamientos realizados en ejercicio de potestades de control jurídico sobre la actividad (actos jurídicos, hechos jurídicos y materiales) de la Administración. Valga recordar que desde el mismo instante que un asunto deviene contencioso ha de inhibirse la CCR de conocer de él (LOCCR art. 6 inc. 3º), pues ello es de la competencia privativa y exclusiva de los tribunales de justicia (art. 80 CR), sin perjuicio de las potestades "jurisdiccionales" (¿) que la LOCCR (tít. vii) ha entregado al subcontralor y al contralor como jueces de primera y de segunda instancia, respectivamente, en el juicio de cuentas (cfr. arts. 80 y 86 inc. 1º CR, art. 5 Nº 3 COT, y arts. 107-130 LOCCR).

<sup>33</sup>Me refiero a la influencia norteamericana sobre nuestros primeros constituyentes (vid. E. Pereira Salas, *La influencia norteamericana en las primeras constituciones de Chile*, en Boletín del Seminario de Derecho Público (Santiago de Chile) 25-28 (1944) 58-84).

<sup>34</sup>Tales, por ejemplo, los referentes a la impugnación de las resoluciones judiciales, y todos aquellos relativos a la conducta ministerial de los jueces, en sus regulaciones constitucional, procesal orgánico (COT), e incluso penal. Creemos que está por estudiarse en Chile el *status* jurídico del juez, donde pudiera determinarse en toda su amplitud y profundidad el régimen jurídico de su posición frente al Derecho, y por otra parte las situaciones jurídicas en que puede encontrarse, incluso desde el punto de vista administrativo y de seguridad social.

<sup>35</sup>Valga señalar que ello arranca ya de Heródoto y del pensamiento polí-

tico clásico de los griegos (Sócrates, Platón, Aristóteles), y que pasara —cristianizado— a ser patrimonio bien adquirido del pensamiento medioeval y de la práctica constitucional estamental, ahogada luego durante siglos por el absolutismo.

<sup>36</sup>Vid. nuestro *Poder y Derecho*, en RCND I (1974) 63-72, y *La democracia ¿para qué? Una visión finalista*, en *¿Crisis de la democracia? Conferencias de Derecho Público 1974*. Ediciones Revista de Derecho Público. Santiago de Chile, 1975, 13-38.

<sup>37</sup>En las bellas frases de Ulpiano (*Digesto* 1.1.1.1) "... (a los juristas) se nos llama sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el arte de lo bueno y de lo equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito. anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados —si no yerro— a la verdadera, y no fingida, sabiduría".

<sup>38</sup>Vid. A. d'Ors. *Una introducción al estudio del derecho*. Rialp, Madrid, 1963, cap. I espec. 12-26; apéndice II 100-142 espec. 108-127 (Hay 2ª ed. preparada especialmente para Chile. Edic. Universitarias de Valparaíso, 1976), también *Derecho es lo que aprueban los jueces*, en *Atlántida* (Madrid) 45 (1970) 233-243.

#### ADVERTENCIA

Estando en prensas esta Revista, ha sido dictado —en ejercicio del poder constituyente— el DL 1.684 (31-1-77) que ha dispuesto la derogación del art. 14 del AC 4 y su sustitución por el siguiente: "El recurso de protección establecido en el artículo 2º del Acta Constitucional Nº 3 será improcedente en las situaciones de emergencia, sea de las contempladas en el Acta Constitucional Nº 4, de 1976, o en otras normas constitucionales o legales".

A primera vista y en un análisis obviamente superficial pudiera pensarse que este DL vino simplemente a dejar sin aplicación el recurso de protección que establece el art. 2 del AC 3 cuando exista algún régimen de emergencia en vigencia; ciertamente es una solución muy cómoda para el intérprete, pues no le significa esfuerzo alguno para su razón. Pero si se analiza en profundidad y si tiene en cuenta la disposición derogada, los problemas de interpretación a que diere lugar, y los fundamentos y principios en lo que se ha inspirado el actual constituyente al dictar no sólo las AC sino el ordenamiento insitucional, se comprende que tal interpretación asume una actitud demasiado simplista, que nos parece no prestigia precisamente

al jurista, y puede llevar a injuriar hasta al propio constituyente al imputar a éste ligereza e irracionalidad en su delicada labor. En efecto, sostener tal postura parecería conducir en el hecho a suspender *sine die* la aplicación del art. 2 del Ac 3, que fue justamente uno de los logros más certeros del constituyente, y que incluso éste planteara desde los inicios de su propia función (octubre 1973): "Finalmente, y como instrumento esencial para la adecuada protección de los derechos humanos, la Constitución chilena establecerá mecanismos expeditos para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado, en todos los casos en que una garantía de libertad o un derecho básico esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares" (*Metas y objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República*, en ADA cit. 507; vid. también nota 5 precedente). Pero no sólo ello, hay más: creemos que tal postura no se aviene ni siquiera con el mecanismo sobre el cual procesalmente se ha estructurado el recurso en cuestión. Nos explicamos.

Si bien se advierte, éste procede ya para la protección de los derechos de un particular (persona natural o jurídica) frente al agravio (violación, perturbación, o amenaza de ella) ocasionado por otro sujeto particular (natural o jurídico), como también frente al agravio de una autoridad, ya para protección de los derechos (especialmente patrimoniales) de un ente público (especialmente administrativo) frente al agravio de otro sujeto, natural o jurídico (y éste, público o privado).

Como se ve la protección es verdaderamente general porque tratándose del agravio sufrido por un particular éste puede recurrir en contra del acto u omisión agravante (a aún su amenaza) provocado por otro sujeto privado (natural o jurídico) o provocado por un ente u órgano estatal (sea legislativo, sea administrativo, sea contralor, y hasta —quién sabe— si incluso judicial); pero no sólo eso, también un ente público puede recurrir de protección si sus derechos (serán especialmente los de índole patrimonial) son agraviados (o amenazados de agravio) sea que provenga de un particular (natural o jurídico) o de otro ente u órgano estatal (sea legislador, administrador, contralor o judicial).

Si tal es —lo cual se deduce tanto de los antecedentes de su establecimiento como de su texto mismo, cuya claridad no da lugar a dudas— ocurre que no se divisa razón alguna posible que impida el ejercicio del recurso de protección por parte de un particular frente al agravio, o amenaza de él, originado por otro particular, por el hecho de que rija algún régimen de emergencia (sea de los del Ac 4 u otro de índole legislativa), A nadie podría sensatamente ocurrírsele sostener que por existir declarado un régimen de emergencia no podría un particular ejercer frente a otro particular sea una acción civil sea una acción penal, para resguardar sus derechos o solicitar sanción (civil o penal, o ambas) para el agravante: en nada se diferencia a este respecto la acción de amparo que es este llamado recurso de protección de aquellas otras, que no sea su carácter de remedio pronto y eficaz.

De allí es que pensemos que entre particulares (naturales o jurídicos)

aún durante regímenes de emergencia sea posible ejercitar el recurso citado, no encontrando razón plausible para sustentar lo contrario: el Derecho es razón, y una solución ajena a la razón no sólo es injusta sino que ni siquiera es jurídica. No es ocioso recordar que precisamente entre los valores esenciales en las que las bases de la institucionalidad chilena se sustentan —coincidentes con la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno (11-3-74)— se encuentra la de estado de derecho, que supone un orden jurídico objetivo e impersonal y cuyas normas han de ser inspiradas en un superior sentido de justicia (Ac 2 cons. 4 letra c), lo cual conduce a sostener incluso en nuestro derecho positivo, que lo justo va incluido en la norma, y lo justo es obra de la razón: no era ciertamente juego de palabras lo que los romanos sostenían al expresar que el derecho es la razón escrita, aunque muchos juristas lo olviden muy a menudo.

Y frente al agravio, o su amenaza, producido por una autoridad ¿es posible sostener lo mismo?

Lo propio del sabio es ordenar, decía Santo Tomás, y para ordenar necesario es distinguir: igualmente debemos aquí distinguir ya que no todas las situaciones que pueden presentarse son idénticas, y tan falso es tratar situaciones idénticas de modo distinto como tratar de modo igual situaciones diversas. En efecto, ha de distinguirse, y ello sobre la base de la autoridad de que se trate. No debe olvidarse que el agravio (o amenaza de él) que puede sufrir un sujeto particular (natural o jurídico) puede ser originado también por “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” de una autoridad (vid. además del texto sus antecedentes, informes de la Comisión Constituyente de 26-11-73 y 8-11-74 cit.), y tal autoridad podría ser tanto la legislativa, la administrativa, la contralora como la judicial. Ahora bien, pareciera no divisarse mayormente razones para que no pudiera ejercerse el recurso de protección frente a la primera (como v. gr. si se trata de un agravio ocasionado por una ley inconstitucional), cuando existiendo vigente un régimen de emergencia determinado el agravio o su amenaza se produce por actos de ella (actos legislativos). Respecto a la autoridad judicial pareciera que por la función fiscalizadora jurídica que realiza estuviera un tanto al margen del mecanismo del citado recurso, dado que el agravio que sus resoluciones pueden producir puede ser reparado por vías procesales establecidas pertinentemente para tal fin; en cuanto a las autoridades contralora y administrativa pareciera que no hubiera razón para no poder ejercer la citada acción de amparo estando declarado un régimen de emergencia determinado si el agravio o su amenaza se produce por actos u omisiones de ellas respecto de derechos que no caen dentro de la posibilidad de ser restringidos o suspendidos por dichos casos o situaciones emergentes; es sólo respecto de éstos y sólo éstos que el recurso de protección no sería procedente —tal como dispone el D. 1.684 cit.— sin perjuicio de las vías procesales ordinarias que el ordenamiento general ha conferido para garantía de los derechos individuales.

Y ¿respecto de los entes públicos? Pareciera que respecto al derecho de propiedad ellos podrían ejercer este recurso en cuanto se trate de entes u órganos administrativos, contralor o judiciales, en la medida que fueren

agraviados sus derechos patrimoniales, sea por un particular (natural o jurídico) o por otro ente estatal o meramente público. En esta situación pareciera que es aplicable cuanto decíamos en el párrafo precedente.

*En resumen*, creemos que básicamente pueden ser dos las posturas frente al tenor actual del art. 14 del AC 4 luego de su reforma por el DL 1.684: una, sostener la impracticabilidad del recurso de protección cuando exista declarado un régimen de emergencia, impracticabilidad absoluta, lo cual deja sin aplicación posible el art. 2 del AC 3, despojándolo de todo efecto jurídico en la medida de la vigencia de tal régimen. Otra, la que hemos tratado de mostrar, que tiene por objeto entender la norma en estudio dentro de su debido contexto y en armonía con sus antecedentes y con la naturaleza misma del recurso de protección.

Sintetizando esta interpretación pudiera decirse que creemos que la actual disposición del aludido art. 14 AC 4 ha venido a esclarecer debidamente una redacción tal vez un tanto ambigua o equívoca en el art. 14 originario, y, por lo tanto, guardando la debida correspondencia y armonía con el ordenamiento fundamental de la República (pt. 1, 128, 527, 788. Declaración de Principios. Objetivo Nacional, AC 2 y 3 etc.) ha venido a disponer que en situaciones de emergencia —sea de las previstas en la misma AC 4 ó en otras disposiciones legales— no cabría intentar por parte de particulares el recurso de protección cuando se tratare de agravios, o amenaza de tales, a los derechos que específicamente el constituyente (AC 4) o el legislador ha permitido que sean suspendidos o restringidos en tal situación, y ello a través de actos de la autoridad presidencial o administrativa a quien ésta delegare, sin que ello signifique de modo alguno que el afectado no pueda tutelar sus derechos por medios jurídicos diversos. esto es los ordinarios que el régimen general prevé al afecto.

En otros términos, respecto del agravio a tales derechos que puedan producirse por actos de la autoridad administrativa (máximo jerarca o su delegatario) en tales situaciones de emergencia, el constituyente (AC 4 art. 14) ha creído conveniente no conferir al afectado el recurso de protección, ese remedio pronto y eficaz que el mismo constituyente ha consagrado (AC 3 art. 2) como amparo judicial general. Podrá tal vez discutirse el criterio del constituyente, pero pareciera que tal es la debida interpretación y alcance de dicha norma pues ella le da sentido y aplicación —dado que la otra postura la deja desprovista de efectos en tales situaciones— y parece verdaderamente razonable; lo propio de lo humano es la razón, y al jurista lo propio que debe exigírsele es que razone y sea razonable en sus soluciones: suele a veces ser tarea no sólo ardua sino incluso ingrata, pero es en ello que éste encuentra su grandeza; dimitir de ello es renunciar a lo único que puede justificar su labor.

Reconocemos, con todo, que pudiéramos estar equivocados: lo cierto es que conocemos sólo el texto normativo, no habiéndonos sido posible conocer los antecedentes que llevaron a la dictación de la reforma aludida; si la intención del constituyente del DL 1.684 fue precisamente la que sostiene la postura primera, es decir no conferir el recurso de protección en caso alguno ni respecto de nadie existiendo algún régimen de emergencia,

pensamos que tal vez pudiera meditar-se en las razones que hemos dado a fin de llegar a la solución que hemos mostrado: creemos que ellas no agravian de modo alguno las potestades de la autoridad administrativa que debe hacer frente a algunos de los casos que han originado la declaración de un régimen de emergencia, y, en cambio, se otorga al ciudadano un instrumento pronto y eficaz para tutelar sus derechos frente al agravio de otro particular o de una autoridad respecto a derechos que no inciden de manera alguna en la emergencia de que se trata, y ello puede incluso favorecer hasta a los propios entes públicos respecto de sus derechos patrimoniales cuando se vean agraviados, sea por un particular sea por otro ente público.



1. *Proyecto elaborado por los Profesores Jaime Navarrete B. y Eduardo Soto Kloss para modificar la Constitución Política y establecer la acción de amparo general* (julio de 1972).

HONORABLE CÁMARA:

La Constitución Política consagra un conjunto de derechos que se han dado en denominar Garantías Individuales y que corresponden a los derechos esenciales de los habitantes de un país que reconoce el imperio de un Estado de Derecho.

La Constitución no crea esos derechos humanos, simplemente los reconoce y los asegura para todos los habitantes de la República, estableciendo así que ellos corresponden a un conjunto de normas jurídicas, consagradas ya universalmente, como expresión de la cultura cívica de las naciones de un auténtico régimen democrático. Ellas son el producto de milenios de esfuerzos para terminar en la tierra con gobiernos arbitrarios y despóticos.

Las Garantías Constitucionales como manifestación de respeto y reconocimiento de los derechos humanos, no es taxativa y ha sido completada por diversas leyes, con las limitaciones que exige la coexistencia pacífica de todos los habitantes, el orden público y el bien común. En consecuencia, el ordenamiento jurídico democrático y la vigencia del Estado de Derecho 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.

Sin embargo, nuestra Constitución Política sólo ha dado una protección eficaz y rápida a la libertad personal, protegiéndola contra los abusos que puedan cometer las autoridades o simples ciudadanos. Si bien, en esos casos, los afectados pueden accionar civil y criminalmente contra los autores de dicho entuerto ante los tribunales ordinarios, no es menos cierto que el recurso de amparo ha permitido poner término casi inmediato a dichas situaciones abusivas debido al procedimiento especialmente breve y eficaz contemplado en el artículo 16 de la Constitución Política, y que deja a salvo todas las acciones ordinarias adecuadas. Así, debido a la importancia fundamental del derecho amagado, la libertad personal, el Constituyente estimó que, fuera de los procedimientos ordinarios posibles para hacer justicia, pero latos por su naturaleza, era necesario un procedimiento breve y sumario para poner remedio inmediato al abuso.

Pero junto a la libertad personal, hay otros derechos que, para el afectado por actos u omisiones abusivas del poder público o de particulares con respecto a dichos derechos, pueden ser tan importantes como la libertad personal, y a veces, aún más importantes, como cuando alguien es privado de su trabajo en forma ilegal y arbitraria o de algún bien que sirve de sustento

para el afectado y sus familiares, o se le priva arbitrariamente de un taller o industria que ha sido el producto de una vida de trabajo y ahorro legítimos, o de un terreno agrícola que ha visto durante años el trabajo incorporado a dicha tierra de un agricultor, o se impide la manifestación de opiniones de un ciudadano o grupo de ellos, o de todo un país, o reuniones legítimas. 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 lentos, como va dicho, 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. 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 correspondan a que dé lugar al acto u omisión arbitrario e ilegal. La Corte Suprema fijará los detalles del procedimiento especial a que se hace referencia, como lo ha hecho con el recurso de amparo. Si bien es cierto que dicha facultad se desprende del artículo 86 de la Constitución Política y por tanto haría innecesaria la última sentencia del inciso segundo propuesto para el artículo 11 de la Constitución, se ha preferido reiterarla. Todo lo anterior es, pues, el motivo para proponer el nuevo inciso al Art. 11 de nuestra Constitución Política.

En esta reforma a la Constitución Política se suprime el Art. 87, reemplazándolo por otro al que se hace referencia más adelante. La supresión del actual Art. 87 obedece a razones de técnica jurídica, ya que es un artículo innecesario pues es repetitivo de otros artículos fundamentales dentro de la Constitución, lo que ha conducido a algunos a confusión. El fin de ese artículo es facultar al Congreso Nacional para crear tribunales ordinarios especializados en lo administrativo. Dicha facultad es innecesaria pues conforme al Art. 81 de la Constitución el Congreso Nacional puede crear los tribunales que estime convenientes para la pronta y cumplida administración de justicia, y, ciertamente, puede crear tribunales especializados en lo administrativo si el bulto de dichos litigios así lo hace necesario, como lo fue con los asuntos del trabajo. Respecto al tipo de materia que contempla el actual Art. 87 es obvio que ella está comprendida en el Art. 80 de la Constitución Política que establece que la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, es decir, todo litigio posible cae bajo la jurisdicción del Poder Judicial ya que los litigios tienen por objeto la imposición de una pena en nombre de la sociedad para sancionar conductas peligrosas para ella o no tienen ese fin, es decir, son causas criminales o civiles, y estas últimas, naturalmente, incluyen las causas contra las autoridades políticas y administrativas. Y que el Poder Judicial, es decir, los tribunales ordinarios, tienen toda jurisdicción judicial posible, salvo que parte de esa jurisdicción se ejerza por tribunales

especiales paralelos a los ordinarios bajo la Corte Suprema conforme al Art. 86 y creados por la ley para conocer ciertas materias en vista a una administración de justicia más expedita, lo establece seguidamente para confirmar ese concepto esencial, el mismo Art. 80. En efecto, la última sentencia del artículo mencionado declara que ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional pueden ejercer funciones judiciales. Es decir, ni el Poder Ejecutivo, Administración Pública, ni el Poder Legislativo, Congreso Nacional, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales fuera del Poder Judicial. Y dentro del Poder Judicial, los tribunales ordinarios tienen jurisdicción plena, salvo que el Congreso Nacional conforme al Art. 81, cree una jerarquía de tribunales bajo la Corte Suprema para materias determinadas y en ese caso, éstos conocerán de dichas materias.

Y que Chile es un Estado de Derecho no cabe duda alguna ya que lo consagra expresamente la Constitución Política, es decir, Chile es un gobierno de leyes y no de los hombres, de su voluntad arbitraria. El Art. 4 establece que nadie tiene otras atribuciones y derechos que los que la Constitución y las leyes le dan y el Art. 10 número 1 establece la igualdad ante la ley y que por tanto en Chile no hay clases privilegiadas. Todos son iguales ante la ley, todos, sean particulares o autoridades políticas y administrativas, tienen como marco infranqueable de sus actos la ley, la majestad del Derecho. Si así no fuera, si un grupo pudiera escapar al Derecho y por tanto sus actos pudieran ser arbitrarios, caprichosos, ilegales, cuando el resto debería estar sometido al Derecho, ese grupo sería una clase privilegiada, lo que está expresamente prohibido por nuestra Constitución Política, y nuestro país no sería una república democrática, un Estado de Derecho, sino un gobierno despótico, tiránico, donde la voluntad abusiva y caprichosa de los gobernantes tendría sometido al pueblo a la más odiosa de las dictaduras. De lo anterior resulta el absurdo sostenido por algunos en el sentido que en virtud de la teoría de la separación de los poderes el propio poder ejecutivo, la administración pública, sería la encargada de decidir sobre la legalidad de sus actos u omisiones. Lo anterior, fuera de estar contra la letra misma de nuestra Constitución como hemos visto, va contra la justicia natural de que nadie puede ser juez de su propia causa. Y este principio, junto a aquel otro que nadie puede ser juzgado sin ser oído, *audi alteram partem*, está en la base, en la esencia, de la administración de justicia, y por ello, se puede decir que son principios de justicia natural, implícitos en lo que se debe entender un proceso judicial o de cualquier tipo en que algo se decida que afecte a alguien, aunque la ley no lo diga expresamente. Y precisamente, en virtud de la teoría de la separación de los poderes, es a un poder al que le corresponde juzgar las causas, y ese es el Poder Judicial, tal como lo establece el Art. 80, y dicho poder controla la juricidad de los actos u omisiones de las autoridades políticas y administrativas, del Congreso Nacional, a través del poder que tiene de controlar la constitucionalidad de las leyes, manifestación suprema del Congreso Nacional, y de los actos u omisiones de los particulares en relación de unos con otros o con el Estado.

Por todo lo anterior se reemplaza el Art. 87 por otro que establece

algo necesario y que viene a coronar el capítulo del Poder Judicial. Efectivamente, si las resoluciones del Poder Judicial no se cumplen o su cumplimiento se pospone por los que deben cumplirlas, el Estado de Derecho se desmorona y el sistema jurídico chileno deja de funcionar, sumiendo al país en el derecho del más fuerte, donde cada uno se haga justicia o injusticia por su mano, donde la ley de la selva sea la piedra de toque de las relaciones dentro de la sociedad, para llevarla a ella, finalmente a la destrucción. Y no sólo la negativa a cumplir una resolución judicial sería atentatoria al Estado de Derecho, sino también todas las trabas ilegítimas al normal desarrollo del procedimiento. Si bien en la ley común está penado el incumplimiento de las resoluciones judiciales como reglamentado su cumplimiento, parece necesario establecer en la Constitución el poder disciplinario de los tribunales de justicia para reprimir los desacatos a la acción de ellos y a sus resoluciones, y ello, como va dicho, sin perjuicio de los delitos a que haya lugar y de los procedimientos comunes para la ejecución de las resoluciones judiciales. Y lo anterior resulta especialmente indispensable para la eficacia del procedimiento propuesto en la reforma del Art. 11 que consideramos.

Por las consideraciones expuestas, tenemos el honor de someter a vuestra consideración el siguiente:

### Proyecto de Reforma Constitucional

ARTÍCULO 19<sup>o</sup> Agrégase al Art. 11 de la Constitución Política el siguiente inciso:

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

ARTÍCULO 20<sup>o</sup> Reemplázase el Art. 87 de la Constitución Política por el siguiente:

“Artículo 87. El que entorpezca el procedimiento, resista o no cumpla una resolución de un tribunal de justicia será detenido por orden

“de la misma autoridad judicial, la que, después de oírlo, podrá disciplinariamente imponerle arresto hasta por dos meses, atendida la gravedad del hecho, lo que determinará prudencialmente el tribunal”.

## 2. *Acta Constitucional N° 3 (DL 1.552 13-9-1976) Considerando 10*

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

## Capítulo II De los recursos procesales

*Artículo 2º* El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en el Art. 1, N°s 1, 3, inciso cuarto, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, inciso primero, 16, 17, 19, inciso final, 20, inciso séptimo; 22, inciso primero, y en la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso.

## 3. *Acta Constitucional N° 4 (DL 1.553 13-9-1976)*

*Artículo 14.* El recurso de protección establecido en el artículo 2º 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\*.

\*Sustituido por el que aparece en el texto por DL 1.684 (31-1-1977) art. único.

*Auto-acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales.*

Con fecha 29-3-1977 (Diario Oficial de 2-4-1977) la Excma. Corte Suprema ha dictado el Auto Acordado a que se refiere el inc. 2º del art. 2 del Acta Constitucional Nº 3 (Dt. 1.552 de 13-9-1976). Su texto es el siguiente:

“En Santiago, a veintinueve de Marzo de mil novecientos setenta y siete, se reunió en Pleno la Corte Suprema, presidida por don José María Eyzaguirre, y con la concurrencia de los Ministros, señores: Ortiz, Bórquez, Maldonado, Ramírez, Rivas, Correa, Erbeta, Ulloa, Aburto, Zúñiga y Meersohn, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º del Art. 86 de la Constitución Política del Estado, inciso 2º del Art. 2º del Acta Constitucional número tres, de 11 de septiembre de 1976, publicada en el Diario Oficial de 13 del mismo mes y año, y en ejercicio de sus facultades económicas, acordó dictar el siguiente Auto Acordado, para regular la tramitación del recurso de protección de las garantías constitucionales a que se refiere el inciso 1º del Art. 2º de la mencionada Acta Constitucional:

“1º El recurso se interpondrá dentro del plazo fatal de quince 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 aún 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 son los causantes del acto u omisión arbitraria o de la privación, perturbación o amenaza, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe solicitado. Conjuntamente con el informe, el obligado a evacuarlo remitirá al Tribunal todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto que haya motivado el recurso. Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal dis-

pondrá 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 veinticuatro 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 cualquiera autoridad o persona, los antecedentes que estime necesarios para la resolución del asunto. Todas las notificaciones se efectuarán por el estado diario.

“5º El Organo 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 afectados fueren 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 apreciarán en conciencia los antecedentes que se acompañaren al recurso y todas las probanzas que se produjeren.

“8º En las garantías constitucionales contempladas en los números 1, 3, inciso 4º, 7, 12, y 19, inciso final, del artículo 1º del Acta Constitucional número 3, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, en su caso, fallará el recurso en el término de veinticuatro horas, y

en las demás garantías que señala el artículo 29 de esa Acta el fallo deberá dictarse dentro de tercero día, plazos que se contarán desde que se halle la causa en estado.

“99 En contra de la sentencia que expida la Corte de Apelaciones no procederá el recurso de casación.

“109 Si respecto de un mismo acto u omisión se dedujeren dos o más recursos, aún 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 al que hubiere ingresado primero en el respectivo libro de la Secretaría del Tribunal formándose un solo expediente, para ser resueltos en una misma sentencia.

“119 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 así lo requiriere.

“129 Si la persona, el funcionario o el representante o Jefe del Organó del Estado, ya tenga éste la calidad de titular, interino, suplente o subrogante, o cualquiera otra, no evacuaré los informes o no diere cumplimiento a las diligencias, resoluciones 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 departamento 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 que pudieran incurrir dichas personas.

“139 Las presentes normas de procedimiento son de general aplicación en el recurso de que se trata, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 149 del Acta Constitucional N9 4, modificado este último por el artículo único del decreto ley N9 1.684, de 1976, sobre Regímenes de Emergencia, a que se refiere el decreto ley N9 1.553, de 11 de Septiembre de ese mismo año.

“Publíquese en el Diario Oficial.

“Para constancia, se levanta la presente acta. José M. Eyzaguirre; M. Eduardo Ortiz S.; I. Bórquez M.; Luis Maldonado B.; O. Ramírez Miranda; V. Manuel Rivas del Canto; Enrique Correa L.; O. Erbeta V.; Emilio Ulloa M.; Marcos Aburto O.; E. Zúñiga C.; Abraham Mecs-son; Sch.; Ricardo Carrasco Carrasco, Secretario subrogante”.