



Universidad
Finis Terrae
FACULTAD DE DERECHO

20 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA 1981-2001

Editor: Enrique Navarro Beltrán



EDITORIAL JURÍDICA
Conosur Ltda.

EL RECURSO DE PROTECCIÓN, INSTITUCIÓN ESENCIAL DE UNA SOCIEDAD LIBRE

Eduardo Soto Kloss

Profesor de Derecho Administrativo

Decano de Derecho - Universidad Santo Tomás

Veinte años ya de vigencia de la nueva Constitución, surgida de la traumática experiencia marxista de los años 70-73, y de la no menos caótica experiencia 1964-1970 que "pavimentara" de modo tan eficiente el "camino de servidumbre" hacia el marxismo, frutos de ideologismos tan alejados de la realidad y tan abiertamente contrarios a la idiosincrasia chilena, que terminarían en el más estrepitoso fracaso político de nuestra historia y en una quiebra de convivencia entre chilenos, cuya odiosidad aún debemos sufrir hoy a más de 35 años de distancia.

Sin embargo, la acción de amparo general, llamada por el foro "recurso de protección", es mayor que la Constitución de 1980, ya que —como es sabido— fue creada en 1976 por la denominada acta constitucional N° 3 (D.L. N° 1.552, de 13.09.1976), cuyo artículo 2° lo previó en su inciso 1°, encargándose a la Corte Suprema, en su inciso 2°, la dictación de un auto acordado que regulara su tramitación.

ORIGEN

No resulta ocioso recordar su *origen*, dado que quienes son menores de 40 no han vivido esa época y, por lo tanto, desconocen enteramente la realidad que se vivía en esos tiempos.

1. En efecto, no pueden olvidarse las circunstancias históricas para entender las instituciones jurídicas, puesto que en ellas radica normalmente la razón de ser de su aparición y de su particular y específica configuración. Y en este aspecto, dos son los rasgos fundamentales que explican la "encarnación" en nuestro ordenamiento de esta acción de amparo general.

El primero, en el tiempo, es esa situación tan anómala al mismo que insólita en una sociedad civilizada como se pretendía la nuestra, que se produjo en el Chile de 1925 a 1973 en que los Tribunales de Justicia se declararon incompetentes para conocer de la nulidad de los actos de la administración, basados en una interpretación enteramente antojadiza del artículo 87 de la Constitución, según la cual esa materia habría sido entregada a los tribunales llamados administrativos por dicha carta. El "detalle" era que esos tribunales no existían ni fueron creados por el legislador ja-

más; en consecuencia, el resultado de tal inepticia tribunalicia fue pura y simplemente una verdadera inmunidad jurisdiccional, frente a la cual se dio, obviamente, una indefensión de los particulares agraviados ante las ilegalidades de la administración, y una ostensible denegación de justicia.

En la práctica, sólo en la medida que el arbitrio de la autoridad afectara el derecho de propiedad del particular y, especialmente, sobre inmuebles, había posibilidad de impugnar sus actos ante los tribunales, pero recurriendo a través de acciones civiles, ante las cuales el juez sí se declaraba competente, a pesar que el origen del agravio estuviese en un acto administrativo, el cual si el juez lo estimaba contrario a derecho simplemente desconocía su existencia pero sin que declarara su nulidad. En otros términos, únicamente en la medida que existiera una acción en el ordenamiento civil que permitiera recurrir a los tribunales, normalmente en resguardo de los intereses patrimoniales, era posible impugnar los actos de la administración, pero por "vía indirecta", como yo la llamara en otro tiempo, lo que hacía sólo defendible el derecho de propiedad; frente al agravio de otros derechos fundamentales por la autoridad administrativa era imposible ir a los tribunales, a menos que disposiciones particulares de alguna ley creara una acción de nulidad específica, lo cual se fue haciendo en el transcurrir de las décadas de los años 50 y 60 del siglo pasado, pero en casos muy singulares.¹

El segundo rasgo, que fue el desencadenante, consistió en la extrema arbitrariedad de la administración del gobierno marxista 1970-1973. No se piense que no hubo ni habían arbitrariedades, y a veces, muy graves, en períodos anteriores,² pero lo característico de los fatídicos mil días referidos fue que esa arbitrariedad abarcó todos los campos de la actividad de la administración del Estado, de manera cotidiana, y afectó a la inmensa mayoría de las personas que conformaban la comunidad nacional, y de todos los estratos sociales, que veían cómo sus derechos y libertades eran conculcadas a diario y en sus esferas más vitales, y cómo la autoridad estatal pretendía sojuzgar la sociedad civil, al más puro estilo leninista aunque se disfrazara de "vía chilena" del socialismo, artilugio meramente táctico que escondía la verdadera intención de transformar a Chile en una segunda Cuba, y en un segundo títere del oso soviético en la América Latina.³

¹ Sobre el tema vid. nuestros "La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia", en *Revista Chilena de Derecho* vol. 1 (1974) 349-359; también "Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia", en *Revista de Derecho Público* 21/22 (1977) 233-250.

² Piénsese en los innumerables decretos de insistencia de la época de Ibáñez (1952-1958), que llegaron a 355, decretos que muestran bien a las claras la violación del Derecho; o en los verdaderos latrocinios de la reforma agraria de la época de Frei Montalva, o en sus 63 decretos de insistencia, o las arbitrariedades de las reanudaciones ilícitas de faenas laborales (recuérdese el famoso caso *juez de Melipilla*, en RDJ t. 64 (1967) 2.1, 109 ss.) Hernán Viguera Figueroa, o la matanza de mineros en el yacimiento cuprífero de El Salvador. Y en tiempo anterior, de Alessandri Palma, la destrucción de ediciones de periódicos (*Topaze*), la matanza de estudiantes en el Seguro Obrero, edificio hoy del Ministerio de Justicia, entre otras varias más.

³ Vid. entre muchos, como una introducción al tema, una lúcida muestra en A. FONTAINE ALDUNATE, *Todos querían la revolución. Chile 1964-1973*. Zig-Zag, Santiago, 1999; AA.VV., *La lucha por la juridicidad en Chile*. (3 vols.). Editorial del Pacífico, Santiago, 1974; C. GARAY V., *Vía chilena hacia el*

2. Fue ante esta situación que en 1972 surgió la idea de proyectar un medio legal que permitiera revertir la situación de indefensión de los particulares ante los Tribunales de Justicia, y que éstos no negaran su competencia para conocer de los abusos de la administración. Es así que se imaginó una acción de amparo –al modo del *habeas corpus*– que, siendo de conocimiento de la Corte de Apelaciones, otorgara pronto amparo al afectado por procedimientos, actos u omisiones arbitrarios o ilegales de la administración, que vulneraran el legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, tra-

(Continuación Nota 3)

socialismo ¿Innovaciones en el leninismo?, en RDP 41/42 (1987) 133-164; G. ARRIAGADA, *De la vía chilena a la vía insurreccional*. Editorial del Pacífico. Santiago. 1974; Colegio de Abogados de Chile, *Quiebra del Estado de Derecho durante el régimen marxista de Salvador Allende. Antecedentes*. Litografía Roma. Santiago. 1973; *Algunos antecedentes de la intervención militar en Chile. Septiembre 1973* (2ª edición). Editorial Nacional Gabriela Mistral. Santiago. 1974, *Antecedentes histórico-jurídicos: años 1972-1973*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1980; E. SOTO KLOSS, *La destrucción del Estado de Derecho 1970-1973, el avasallamiento del Poder Judicial*, en RDP 53/54 (1993) 57-96; I. ARÓSTICA, ídem, *La Contraloría General de la República*, ídem 97-116; M. CORREA B., *Chile, las tres últimas décadas. Una visión olvidada. 1970-1990*. Geniart. Santiago. 1996; J. Whelan, *Desde las cenizas*. Zig-Zag. Santiago. 1993; C. MOLINA JOHNSON, 1973. *Algunas razones del quiebre de la institucionalidad política*. Santiago. 1987; S. LABIN, *Le crime de résister*. Nouvelles Editions Debresse. Paris. 1980; R. MOSS, *El experimento marxista chileno*. Editorial Nacional Gabriela Mistral. Santiago. 1974; *Revista de Educación* febrero 1973, suplemento *Informe sobre Escuela Nacional Unificada (ENU)*, también en la Tercera de la Hora de 9.3.1973 y en *Los mil días* cit. t. 2º, 1217-1232; E. FILIPI-H. MILLAS, *Anatomía de un fracaso. La experiencia socialista chilena*. Zig-Zag. Santiago. 1973; L. HEINECKE S., *Chile, Crónica de un asedio* (3 vols.). Gráfica Santa Catalina. Santiago. 1992; R. Valdivieso, *Crónica de un rescate: 1973-1988*. Editorial Andrés Bello. Santiago. 1988; J. CANESSA R., *Quiebre y recuperación del orden institucional en Chile. El factor militar. 1924-1973*. Ediciones Emérida. Santiago. s/f (1995); J. WHELAN, *Allende, death of a marxist dream*. Washington. 1981; M. GONZÁLEZ-A. FONTAINE, *Los mil días de Allende*. (2 tomos). Centro de Estudios Públicos. Santiago. 1997; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, "Antecedentes histórico-jurídicos relacionados con el cambio de gobierno de Chile", tomo 70 (1973) N°s. 7-8; A.A.V.V. *Visión crítica de Chile*. Ediciones Portada. Santiago. 1972.

Sobre las *requisiciones de industrias*, viga maestra para incautarse de la empresa privada y estatizar la economía, véanse nuestros trabajos en *Revista de Derecho Público* 13 (1972) 61-80, y en *Estudios Jurídicos* (U. Católica de Chile) vol. 1 (1972) N° 2, 178-207 y vol. 2 (1973) N°s. 1/ 2, 233-260. A. BARDÓN, *Una experiencia económica fallida 1971-1973*. Editorial Antártica. Santiago. 1993. Sobre la *intervención soviética y cubana* en Chile, vid. O. ULIANOVA, "La unidad popular y el golpe militar en Chile, percepciones y análisis soviéticos", en *Revista de Estudios Públicos* 79 (2000) 83-171; antes, N. LEONOV, *La inteligencia soviética en América Latina durante la guerra fría*, en ídem 73 (1999) 31-63; 65-102; O. ULIANOVA-E. FEDIAKOVA, *Algunos aspectos de la ayuda financiera del partido comunista en la URSS al comunismo chileno durante la guerra fría*, ídem 113-148; *Chile en los archivos de la URSS*, en ídem 72 (1998) 391-476; respecto de la *Cuba castrista y su apoyo a la "vía armada"*, vid. entre muchos, últimamente, CRISTIÁN PÉREZ, "Salvador Allende, apuntes sobre su dispositivo de seguridad: el grupo de amigos personales (GAP)", en *Revista de Estudios Públicos* 79 (2000) 31-81, también en *El Mercurio* (Stgo.) 24.12.2000, E-19 a E-23. L. HEINECKE cit. t. III, 22-39, sobre la violencia y hechos criminales entre 1970-1973, vid. listado en 40-52; recuérdese el caso de las 30 cajas internadas en Pudahuel el 11.03.1972 sin pasar por Aduana, bajadas de un avión de Cubana de Aviación, llamado "el caso de los bultos cubanos" (intervención ilegal de armas), a los que se refería el propio Presidente del Senado, Patricio Aylwin en su famoso discurso de 12.04.1972, en la llamada "Marcha por la democracia" (vid. *Los mil días* cit. tomo 1º, 310-311, 333, 363-364; y tomo 2º, 1101-1108, la cita en 1103).

bajo o derechos garantizados por la Constitución o las leyes. Este proyecto⁴ fue presentado como reforma de la Constitución en la Cámara de Diputados, en la sesión de 20.12.1972, de la legislatura extraordinaria, por los Sres. Arnello y Díez. Elegido Díez senador en marzo de 1973, presentó junto a Jarpa y otros senadores este proyecto en el Senado como reforma de la Constitución.

3. Asumido el poder por la H. Junta de Gobierno el 11.09.1973, luego de la declaración de ilegitimidad del gobierno de Allende, formulada por la Cámara de Diputados el 23.08.1973, de la completa paralización del país, y de la anarquía imperante que preludaba la inminente guerra civil,⁵ y a menos de 45 días de esa fecha, se designó una comisión para que estudiara, elaborara y propusiera un anteproyecto de una nueva Constitución.⁶ Dicha comisión estaba integrada por los profesores de derecho constitucional, S. Díez, E. Evans, J. Guzmán E., G. Lorca, J. Ovalle y A. Silva B.

⁴ Elaborado por los Profesores JAIME NAVARRETE BARRUETO (†) y el suscrito. Su texto puede verse en mi *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1982, 477-481; de particular interés, la exposición de motivos

⁵ La declaración de ilegitimidad del gobierno de Allende, acuerdo de la Cámara de Diputados de 23.08.1973, siendo presidente el diputado Luis Pareto G., en *Colegio de Abogados cit.*, 42-46; en *Algunos antecedentes cit.*, 141-148; en *Los mil días cit.*, t. 2º, 1264-1268; en RDJ t. 70 (1973) 251-256; en A. PINOCHET UGARTE, *El día decisivo. 11 de septiembre de 1973*. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1980 (2ª edición), 201-209.

Sobre la situación católica y la destrucción de la economía chilena en esos años 1970-1973, vid. la carta del Presidente Frei Montalva a Mariano Rumor, de 8.11.1973, publicada en *La Segunda* de 29.11.1973, (también en M. Correa *cit.*, 172-184); también véanse los *Análisis de coyuntura*, del Instituto de Economía de la Universidad de Chile: para 1971 (primer semestre), en *Los mil días cit.* 981-988; o del Depto. de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas de esa Universidad para 1972 (primer semestre), *idem* 1121-1127; para primer semestre 1973, *idem* 1281-1289; sobre los llamados *cordones industriales*, instrumentos de la revolución violentista, resulta útil la carta que la Coordinadora de ellos enviara al Presidente el 5.09.1973, en *El Mercurio/Santiago*, 16.04.2000, D-27 y 29; también *Los mil días cit.*, 617, 759, 779, 830, 863, 904. Sobre la *visión totalitaria* del gobierno marxista puede ser útil recordar el discurso que Frei Montalva transmitiera por radio el 11.04.1972, en *Los mil días cit.* 347-355, espec. 353-355.

Sobre la *guerra civil* que estaba preparada por el gobierno marxista, véanse declaraciones del Presidente Frei Montalva al corresponsal del diario ABC, de Madrid, de 10.10.1973, en *El Mercurio* (Stgo.), de 12.10.1973, p. 35; también en F. J. GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, *Partido demócrata cristiano. La lucha por definirse*. Ediciones Universitarias. (U. Católica de Valparaíso). Valparaíso, 1989, 225 ss.; y del senador P. Aylwin en entrevista de 17.09.1973 (*idem*, p. 217; también en M. CORREA *cit.*, p. 170. Véase también *Evangelio, política y socialismos* (27.05.1971), en Documentos del Episcopado. Chile 1970-1973. Ediciones Mundo. Santiago, 1974, 58-100; *La paz de Chile tiene un precio* (16.07.1973), en *idem* 171-173; *Fe cristiana y actuación política* (agosto 1973), en *idem* 176-212; recuérdese el mensaje del Cardenal Silva Henríquez, publicado en *La Prensa* de 3.09.1973, en *Los mil días cit.* tomo 2º, 828-830; más antecedentes en *Los mil días cit.* tomo 2º, 1647 (índice temático, voz Constitución/enfrentamiento-guerra civil). Véanse los Bandos N° 1 y 5 de la H. Junta de Gobierno, de 11.09.1973, en *Los mil días cit.* t. 2º, 941-943, en especial los considerandos de este último.

⁶ D.S. (J) N° 1.064, de 25.10.1973, Diario Oficial 12.11.1973. (Su texto en nuestro *Ordenamiento Constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1980, 10). E. PFEFFER U., en *Constitución Política de la República de Chile. Concordancias, antecedentes y jurisprudencia*. ConoSur Ltda. Santiago, 1999, 5, señala que esta comisión habría comenzado a reunirse el 24.09.1973, es decir a 13 días después de asumir la H. Junta el mando de la nación, y el D.S. referido habría oficializado así dicha comisión.

don E. Ortúzar E. ex profesor de derecho civil, don R. Eyzaguirre E., profesor de derecho comercial, y secretario del Senado, que oficia como secretario.

Esta Comisión —presidida por el profesor Ortúzar Escobar— elaboró un memorándum (26.11.1973), remitido a dicha Junta de Gobierno, que contenía las "metas u objetivos fundamentales" para la nueva Constitución. Dividido en 14 párrafos, y luego de la "afirmación de los valores permanentes de la chilenidad", el informe aborda en su párrafo 2 el tema de "derechos humanos", señalando expresamente que "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 amenazado, restringido o coartado por los actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares". Ello será reiterado en el informe que la comisión aludida emite luego de un año de trabajo (8.11.1974), en el cual señala (párrafo 5) bajo el título muy revelador de "Ampliación del recurso de amparo", que "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 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".

Es en este esquema y en esta inspiración que la comisión referida analizará el texto presentado a su estudio, que no es otro que el de los mencionados proyectos de 1972 y 1973, tal como se señala en la sesión 214 (25.05.1976).⁷ Será en esta sesión y en la 215 (26.05.1976)⁸ en las cuales se dará forma y vida al texto que luego será el artículo 2º del acta constitucional N° 3 (D.L. N° 1.552/13.09.1976), que introdujo en el ordenamiento chileno esta acción de amparo de los derechos fundamentales que ha significado, sin duda, la institución más relevante en el campo del derecho chileno de los últimos 100 años y que ha repercutido en todos sus sectores, protegiendo de modo efectivo los derechos de las personas, especialmente frente al abuso y prepotencia de que hace gala, por desgracia tan a menudo, la autoridad administrativa estatal.

4. Las preocupaciones básicas del constituyente en este aspecto fueron: (a) que este medio procesal no "desordenase" el ordenamiento existente;⁹ (b) que fuera un me-

⁷ Con la asistencia de los miembros Sres. Ortúzar (presidente), Evans, Guzmán E., Lorca y Silva B. y el Ministro de Justicia, Sr. M. Schweitzer S.

⁸ Con asistencia de los mismos miembros.

⁹ El *informe* que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República dirigió al Presidente Pinochet el 16.8.1978 como "Proposiciones e ideas precisas", en párrafo 79 (correspondiente al capítulo III De los derechos y deberes constitucionales, párrafo B) Recursos procesales), expresa esta idea al señalar que "La decisión del recurso deja intactos los derechos y acciones que puedan corresponder al particular o a la autoridad y que el ordenamiento jurídico general o especial contempla"; ya que de lo que se trata es de otorgar inmediato amparo al afectado sin perjuicio de lo que se decida en un procedimiento ordinario, si fuere el caso; y se agrega: "él no importa sustituir los procedimientos ordinarios que puedan ejercerse ante los tribunales de justicia" (vid. este *Informe* en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8 (1981) 144-317; la cita en 235).

dio ágil, pronto y eficaz en el amparo de los derechos fundamentales; (c) que, en consecuencia, habían derechos reconocidos por la Constitución, pero cuya protección por este medio se hacía de muy difícil concreción, como el derecho a la educación, o el derecho al trabajo,¹⁰ y que habían derechos que eran reconducibles a otros que sí estaban protegidos, como el derecho a la salud que si bien no es protegible si lo es en cuanto es reconducible al derecho a la integridad física o síquica, que se encuentra amparado por esta acción; (d) que no sólo los "actos" contrarios a derecho fueran impugnados ante los tribunales por afectar esos derechos protegidos sino también las "omisiones" ilícitas, ya que frente a éstas no había arbitrio procesal alguno, que pudiera hacer actuar a la autoridad remisa en su deber jurídico de actuación; (e) que fueran protegidas las personas no sólo cuando eran "privadas" de sus derechos, sino además, cuando eran "perturbadas" o "amenazadas" en el legítimo ejercicio de ellos, por actos u omisiones ilegales o arbitrarios, situaciones estas últimas ante las cuales el afectado estaba enteramente desprotegido hasta ese momento; (f) que esos actos u omisiones podían ser contrarios a derecho tanto por ser "ilegales" como por ser "arbitrarios", siguiendo en ello la idea planteada en el anteproyecto de 1972 a que hemos hecho mención,¹¹ esto es, se reconoce expresamente la competencia de los tribunales para conocer directamente y sin excepción aquellos actos especialmente de la autoridad administrativa que pudiera dictar en ejercicio de discrecionalidad que le hubiera atribuido la ley en determinados casos; (g) que cualquiera podía ser autor del agravio, fuera autoridad o particular, dejándose a la jurisprudencia de los tribunales —y Tribunales Superiores de Justicia— ir prudentemente acotando sus límites, ya que la finalidad primordial del amparo proyectado no era otra que la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas y restablecer el imperio del derecho quebrantado por esa ofensa o agravio de esos derechos; (h) de allí que pareció básico a la comisión proveer a las Cortes de Apelaciones —a quienes se les da la competencia para conocer de esta acción de amparo general— de las más amplias atribuciones jurisdiccionales, conservadoras, a fin de adoptar todas "las providencias necesarias" para obtener dichos fines; en fin (i) y sin que se agote el tema, fue particularmente cuidadosa la comisión de eliminar todo obstáculo posible que entorpeciera la aplicación práctica de esta acción, y se impidiera que tuviera vigencia efectiva y real; por ello dispuso que la Corte Suprema dictara un auto acordado que regulara su tramitación. Muy lúcida fue la comisión de entregar la regulación del procedimiento a un auto acordado supremo, ya que haberlo entregado al legislador habría, tal vez, significado que nunca se hubiera dictado la ley correspondiente, si se recordaba la experiencia 1925-1973, en que aquél omitió, con graves daños a las personas y a la institucionalidad, legislar v. gr. sobre tribunales administrativos (art. 87 C.P. 1925) o sobre responsabilidad del Estado (por detenciones ilegales: art. 20).¹² La inactividad

¹⁰ Vid. Informe sobre *Proposiciones e ideas precisas*, 235: "Es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, u otros".

¹¹ Vid. página precedente, y al cual alude la propia sesión N° 214, expresamente, como hemos dicho.

¹² Ciertamente es que la función legislativa la ejercía en ese momento la H. Junta de Gobierno, pero a fin de hacerlo operativo, pronta y efectivamente prefirió la comisión encargar ese cometido normativo a la Corte Suprema, la cual expidió el auto acordado con fecha 29.03.1977, publicado el 2.04.1977 en el Diario Oficial.

del legislador habría importado la inexistencia efectiva de este amparo de los derechos fundamentales, y haber continuado con el estado de indefensión del ciudadano frente a la administración, y con la situación cuyo climax llegó precisamente entre 1970-1973.

5. Revisado por la comisión el texto de este artículo 2° del acta N° 3 mencionada, cuando se está ya redactando el texto completo del proyecto de Constitución que se remitirá al Presidente de la República, se modificará su inciso 1° en cuanto en vez de prescribir que la Corte de Apelaciones respectiva "adoptará las providencias necesarias", se dispondrá que ... "adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias".¹³ Y, de mayor importancia aún, se sustituirá el inciso 2° (que pasaría a 3° en el anteproyecto/vid. sesión N° 414 (27.09.1978), p. 3535),¹⁴ haciendo también procedente esta acción para amparar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación cuando éste "sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada". Este derecho no aparecía amparado a través de esta acción en el acta N° 3, sino que fue agregado luego de su análisis en las sesiones N°s. 412 (7.09.1978), 414 (27.09.1978) y 416 (5.10.1978), quedando finalmente como aparece hoy en el texto aprobado en el plebiscito de 11.09.1980,¹⁵ promulgado por D.S. (I) N° 1.150, de 21.10.1980, y publicado en el Diario Oficial el 24.10.1980, vigente a partir del 11.03.1981, según dispuso su artículo final.

De lo dicho puede advertirse que el constituyente tuvo muy claro desde el inicio de su misión "que por muy perfecta que fuera una declaración de derechos éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección"¹⁶, vale decir, que el amparo efectivo de ellos se realiza a través de los tribunales de justicia y por medio de la interposición de acciones procesales frente a su vulneración o atropello de quienquiera sea y, especialmente, si es la autoridad estatal. Y que la creación de este medio procesal de amparo constituía un paso trascendental en la defensa o tutela de los derechos fundamentales de las personas y "un avance y progreso notable de nuestro ordenamiento jurídico".¹⁷

¹³ Sesión N° 412 (7.09.1978), 3482.

¹⁴ Valga señalar que el anteproyecto que la comisión envió al presidente Pinochet el 18.10.1978, por oficio 792 a), contenía en su art. 20 como inciso 3° aquello de disponer que la Corte Suprema dictaría un auto acordado para regular la tramitación de esta acción de amparo, lo que fue propuesto eliminar por el Consejo de Estado en su informe de 1.07.1980 (oficio C.P.R. N° 13), dado que a esa fecha ya había sido dictado por aquélla y se encontraba en plena vigencia y aplicación (vid. RCHD vol. 8 (1981) 435-436); ello sería eliminado en el texto sometido a plebiscito y, por lo tanto, no fue incluido en la Constitución. El Consejo de Estado propuso un inciso 2° que disponía que "Los tribunales podrán ordenar la suspensión del procedimiento mientras se falla el recurso", lo que fue eliminado por la H. Junta de Gobierno.

¹⁵ Valga recordar que de 6.271.868 votantes estuvieron por aprobar el texto 4.204.879 votantes, esto es el 67,04%. La Constitución de 1925 fue aprobada solamente por el 43% de los votantes (127.483) siendo la abstención de 134.421 votantes (54, 63%), es decir fue aprobada por menos de la mitad del cuerpo electoral.

¹⁶ Como se dice textualmente en el considerando 10 del Acta Constitucional N° 3 cit.

¹⁷ Según lo expresa la Comisión Ortúzar en su *informe* sobre "Proposiciones e ideas precisas" cit., 234.

La trágica realidad del periodo 1970-73, y de la experiencia de los 40 años precedentes fueron suficiente lección para no recaer en esa denegación de justicia de la cual hicieron triste gala los tribunales al no querer conocer de los desaguizados de la administración, imponiéndoles el constituyente de modo directo y sin lugar a excusas o resquicios, el conocimiento del amparo de los derechos fundamentales a través de una acción de rango constitucional, ágil, pronta y eficaz.¹⁸

II. SUS INICIOS

Los inicios de su aplicación por los tribunales superiores de justicia no fueron muy promisorios, poco acostumbrados al manejo y operatividad de las normas constitucionales como estaban y siendo más proclives a ser aplicadores de la ley que de hacer justicia. Ya desde el comienzo se dan esos típicos acentos de "escabullir el bulto", imaginando artificios para no conocer de esta acción: que es materia contencioso-administrativa,¹⁹ que se refiere a relaciones contractuales entre particulares,²⁰ que hay otras acciones de origen legal y a ellas ha de recurrir el afectado,²¹ que el acto agravante es una resolución dictada en un proceso y es allí en donde se debe impugnarlo,²² que el asunto es muy complejo por lo cual debe acudir a un proceso de lato conocimiento,²³ etc.

¹⁸ Lo reconoce la Comisión Ortúzar en su *Informe "Proposiciones e ideas precisas"* cit., 235 al referirse expresamente, al caso de las requisiciones de industrias del régimen marxista, señalado normalmente como típico ejemplo del uso resquicial del derecho. Sobre el origen de este verdadero fraude a la ley vid. G. VIAL C., *Consejo de Defensa del Estado. 100 años de historia*. Ograma Impresores. Santiago. 1995, 77-78; también E. SILVA CIMMA, *Memorias privadas de un hombre público*. Andrés Bello. Santiago, 2000, p. 336 y ss., quien se atribuye la autoría de este tristemente célebre artificio del gobierno 1970-1973.

¹⁹ *Malveira A. G.*, *Gaceta Jurídica* 12 (1977) 19-21 (con comentario nuestro).

²⁰ V. gr. *Velásquez Peralta*, *Fallos del Mes* 247 (1979) 140-141.

²¹ V. gr. *Samit Guzmán* (1977) en *El recurso de protección* cit. 217 nota 14 y otros casos que allí se citan.

²² V. gr. *Vásquez Ubeda* (1977) en *El recurso de protección* cit. 334-335; *Velásquez Triviño*, en *Fallos del Mes* 224, 156-161; *Hönig Pauer*, en *Gaceta Jurídica* 12 (1977) 9-10; etc. (más casos en mi *Recurso de protección* cit. 336-353).

²³ Típico caso *Yáñez con Sendos*, en *RDJ* t. 80 (1983) 2.5, 185-188 (comentario nuestro en 188-192), inepticia que hasta ahora, por desgracia, se repite y no de modo infrecuente; últimamente, entre varios, *Empresa Tomé S.A.* (Corte de Apelaciones de Concepción, 11.09.2000, Rol N° 266-99, Corte Suprema confirma el 22.11.2000, Rol N° 3.637-00; o *Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G.* (Corte Suprema 2.11.2000, Rol N° 2.371-00); o el bullado caso de la fijación de *deslindes del cauce del río Mapocho*, en Santiago, en que la Corte de Apelaciones de Santiago, conoce, estudia y resuelve el asunto, 13.07.2000, Rol N° 1.061-99, acogiendo la protección dada la notoria y evidente ilegalidad y arbitrariedad del decreto impugnado (véase considerandos 18 a 21/redacción ministro señor Dolmetsch), y la Corte Suprema revoca y desecha la pretensión deducida porque la materia sería de lato conocimiento y requeriría mayor estudio ... (29.11.2000, Rol N° 2.750-00, tercera sala, Ministros señores Gálvez, Álvarez H., Yurac y Espejo y abogado integrante señor Geldres).

A partir de los años 1982/83 ya comienza a afirmarse una postura más congruente con la finalidad que perseguía la introducción del R.P. en nuestro ordenamiento, y poco a poco esas reticencias fueron cayendo y las barreras referidas se fueron esfumando.²⁴

III. LA DÉCADA 1990-2000

La década de los 90 que recién termina ha visto una explosión relevante de esta acción debida no sólo a las muy positivas consecuencias que trae ella en cuanto a informalismo y sobre todo a rapidez en la solución de los asuntos, sino también al aumento notable de la intervención de la administración en todos los sectores, lo que hace elevarse la cantidad de abusos y arbitrariedades en que ella incurre en su actividad y, por ende, la reclamación en contra de sus actos y omisiones que agravan los derechos fundamentales.

1. Ya en 1986, cuando hablábamos de "una revolución silenciosa" al conmemorar diez años del recurso de protección²⁵, mostrábamos los principales logros que especialmente a partir de 1982/83 se iban consolidando en la práctica jurisprudencial; así, señalábamos la amplitud con que la Corte Suprema concretaba la *legitimación activa* para recurrir de protección; la aceptación concreta de la *amenaza* como una clase o especie o tipo de agravio que puede ser amparado por esta acción constitucional, el amparo frente a la *omisión* antijurídica y que agrava o lesiona un derecho fundamental, y que ha sido de gran utilidad práctica frente a la inactividad de la administración; el control judicial de la *arbitrariedad* administrativa, que ha tenido un desarrollo muy relevante por la jurisprudencia de protección; y la lucidez para enfocar la *compatibilidad* de esta acción de protección con las acciones de origen legal y específicas de una materia, interpretando la expresión "sin perjuicio de", del artículo 20 inc. 1° de la Constitución.
2. A catorce años de ese instante, es posible señalar que no solamente se han establecido ya firmemente esos logros, sino que otros más se han ido agregando a ese listado, ampliándose a muchos otros campos la tutela proteccional que los Tribunales Superiores de Justicia han ido concretando respecto de los derechos fundamentales.

Sin ánimo de exhaustividad, valga indicar a título meramente ejemplar, y entre los nuevos logros, la protección de los derechos fundamentales de los miembros de los cuerpos asociativos frente a las llamadas jurisdicciones domésticas,²⁶ la protección de la vida de la persona que está por nacer,²⁷ el amparo de la integridad física y

²⁴ Pienso que nuestra obra *El Recurso de Protección* cit. ayudó no poco a magistrados y abogados en esta evolución al tener una fuente doctrinaria en que apoyar sus planteamientos.

²⁵ Vid. RDJ t. 83 (1986). Primera parte, sección derecho, 157-162.

²⁶ Vid. ANA MARÍA MUÑOZ B., *Protección de los derechos de los miembros de entes asociativos* (tesis Facultad de Derecho, U. Católica de Chile). Santiago. 2000.

²⁷ Vid. *Carabantes Cárcamo*, RDJ t. 88 (1991) 2.5, 340-343 y comentario nuestro en ídem primera parte, sección derecho, 55-60.

siquica de las personas,²⁸ la tutela protectoria frente a las arbitrariedades de la Contraloría General de la República o Contralorías Regionales,²⁹ el amparo del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación,³⁰ la protección del derecho fundamental a ser juzgado por el juez natural y no por un engendro pseudo jurisdiccional, "comisión especial" en la terminología chilena,³¹ la tutela frente al agravio producido por resoluciones judiciales,³² o en materia urbanística,³³ o en la contratación administrativa, o en el amparo frente a la autotutela ilícita, sea de particulares o de la autoridad administrativa,³⁴ o frente a la invalidación ilícita de actos administra-

- 28 Vid. F. GALLEGOS CORDONES, *El derecho a la vida en la jurisprudencia de protección 1980-1997* (memoria Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral). Santiago. 1999.
- 29 Véanse v. gr., entre muchos, en el último decenio, *East Fernández*, t. 87 (1990) 2.5, 163-169; *Be Avello*, t. 88 (1991) 275-281; *Duarte Serrano*, t. 90 (1993) 9-12; *Plata Cisternas*, idem 239-244; *Denham y Cia. Ltda.*, t. 93 (1996) 187-199; *Autotest S.A.*, idem 188 nota; *Reyes Hernández*, t. 87 (1990) 172-178; *Sociedad chilena del derecho de autor*, t. 88 (1991) 1-3; *Varas Guzmán*, t. 89 (1992) 1-4; *Veloso Merino*, t. 85 (1988) 68-72; *Escobar Contreras*, idem 112-114; *Jofré Roldán*, t. 93 (1996) 16-21; *Herrera Delgado*, t. 95 (1998) 69-72; *Gutiérrez Sánchez*, t. 96 (1999) 238-246; *Alcalde de Cerrillos*, t. 97 (2000) en prensas/Nº 2; *Cortés Cevalco*, idem/Nº 3.
- 30 En jurisprudencia abundantísima, vid. para contaminación atmosférica, entre otros, *Bustamante Vidal*, t. 81 (1984) 2.5, 252-255; *Hidalgo Molina*, t. 82 (1985) 196-201; *Vargas Abarzúa*, t. 83 (1986) 26-33; *Consejo Provincial de Deportes 8ª Región*, t. 84 (1987) 109-112; *Aranda Rojas*, idem 291-295; *Instituto de Ecología*, t. 86 (1989) 131 nota; *Bórquez Muñoz*, t. 88 (1991) 144-159; *Callejas Molina*, t. 89 (1992) 354-384; *Jeraldo Tapia*, t. 90 (1993) 205-209; *Horvath y otros*, t. 94 (1997) 16-28; *Stutzin y otros*, idem 199-215; *Bustos Maldonado*, t. 95 (1998) 29-37; *Municipalidad de Quilpué*, idem 106-111; *Benavides Santana*, t. 97 (2000) en prensas/Nº 2; *Fuentealba Alarcón*, idem.; para contaminación acústica vid. últimamente, *Paredes Hoffmann*, t. 97 (2000) en prensas/Nº 2; *Fuenzalida Hernández*, t. 96 (1999) p. 21 nota; *Santibáñez Andrade*, idem; *Toro Lecaros*, t. 91 (1994) 10-14; *Unión Comunal Juntas de Vecinos San Carlos*, t. 93 (1996) 233-241; *Urizar de Koch*, t. 90 (1993) 48-53; etc.
- 31 Vid. JOSEFINA SOTO LARREÁTEGUI, *El derecho al juez natural en la jurisprudencia de protección 1980-1997* (memoria Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile). Santiago. 1999.
- 32 Vid. MYRIAM PÉREZ-MARCELA RIQUELME, *El recurso de protección ante agravios producidos por las resoluciones judiciales. Análisis jurisprudencial* (memoria Facultad de Derecho, Universidad de Chile). Santiago. 1998; últimamente vid. mi comentario a protección *Paredes Fierro, Alcalde de Arica con Juez del Primer Juzgado de Letras de Arica* (1997), en *Ius Publicum* 2/1999, 229-243, espec. 234-237.
- 33 Vid., entre muchos, *Constructora Río Toltén Ltda.*, RDJ t. 83 (1986) 2.5, 144-147; *Aldoney Hansen*, t. 85 (1988) 2.5, 57-60; *Vecinos Barrio Jardín del Este*, t. 88 (1991) 315-321; *Muñoz Permuth*, t. 89 (1992) 384-390; *Inmobiliaria Via Apia*, t. 93 (1996) 98-101; *Aninat Martínez*, t. 94 (1997) 129-137; *Invorcha Ltda.*, t. 95 (1998) 95-99; *Casagrande Ltda.*, idem 59-65; *Poblete Alay*, t. 96 (1999) 50-56; *Muñoz Lobos*, idem 56-59; *Diez Luongo, Weil Ltda.*, idem 204-212; *Cavieres Acevedo*, idem 212-219; *Soc. Educativa San Esteban*, t. 97 (2000) en prensas/Nº 1; *González Martín*, idem nota a caso anterior; *Inmobiliaria Los Alerces S.A.*, idem/Nº 2; etc.
- 34 Para sólo referirse a casos recientes, ya que la jurisprudencia es abundante, vid. *Carrasco Fernández*, t. 97 (2000) 2.5, en prensas/Nº 1; *Ojeda Hurel*, idem/Nº 2; *Carrasco Arellano* t. 96 (1999) 2.5, 154-157; *Poblete Pacheco*, idem 183-187; *Siegel Etcheverry*, idem 132-135; *Errázuriz Eguiguren*, idem 1-8; *Matus Valencia*, idem 24-35; etc.

tivos,³⁵ o ante el actuar ilegal y arbitrario de las autoridades laborales, que pretenden arrogarse atribuciones propias del juez, etc.³⁶

Puntos todos relevantes que han permitido la efectiva tutela o amparo jurisdiccional de los derechos de las personas, situación verdaderamente impensable en la época 1925-1973. Este medio procesal simple en su interposición, informal, ágil y pronto en su concreción garantística, se fue transformando en un medio utilísimo para lograr justicia en el caso concreto, en tiempo breve o relativamente breve, dando solución real a los conflictos de derechos y amparando al ciudadano común especialmente ante la arbitrariedad o ilegalidad de los órganos estatales administrativos y contralores. Ya esto último merece la ovación más estruendosa, si se tiene presente la absoluta indefensión en este aspecto durante más de 45 años desde 1925, y la más descarnada denegación de justicia practicada en ese período.³⁷

3. No obstante todos los logros que se han ido estableciendo por la jurisprudencia, en estos tres últimos años 1997/98-2000 se ha visto una campaña obstinada de la Corte Suprema para impedir el acceso a la justicia por medio de la acción de protección, legislando por medio de auto acordado y estableciendo requisitos de admisibilidad enteramente inconstitucionales, y además —a través de su tercera sala— rechazando pretensiones protectivas por medio de variados arbitrios. En tal contexto, ha podido hablarse con razón de "la lenta agonía del recurso de protección",³⁸ pero yo diría que el término "agonía" no ha de tomarse en su sentido vulgar de período anterior a la muerte, sino en su sentido prístino, originario, que tiene en el griego clásico, de "lucha", de "combate", de "defensa propia", por existir desarrollando todas sus energías, e impedir ser "castrado" en sus efectos, llevando al ciudadano común a ese estado de impotencia en que se debatía ante el abuso en el poder estatal hasta antes de su introducción en el ordenamiento.

³⁵ Vid. I. ARÓSTICA, *La extinción de los actos administrativos y la jurisprudencia reciente de los Tribunales de Justicia*, en RCHD 16 (1984) 433-448; nuestro *La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en RDJ t. 85 (1988). Primera Parte, Sección Derecho 157-167; actualizado en *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996, t. 2, 194-211; BEATRIZ HIDALGO G., *La invalidación de los actos administrativos en la doctrina y jurisprudencia chilenas* (memoria Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral). Santiago. 1997.

³⁶ La jurisprudencia es abundantísima; entre muchos y en un mero muestreo del último decenio, *Administradora de Inversiones y Supermercados Unimarc S.A.*, t. 88 (1991) 2.5, 201-207; *Andes Mar Bus*, t. 89 (1992) 296-303; *Watt's Alimentos S.A.*, t. 90 (1993) 104-111; *Consorcio Agroindustrial Malloa S.A.*, ídem 190-193; *Fourcade Nambrard*, ídem 301-307; *Fundación Hospital Parroquial San Bernardo*, t. 91 (1994) 1-5; *Pesquera Iquique S.A.*, ídem 95-101; *Impregilo S.P.A.*, t. 92 (1995) 48-51; *Industria Metalúrgica*, ídem 207-210; *Transportes Chillán Viejo*, t. 93 (1996) 75-79; *Salinas Álvarez*, ídem 321-325; *Sociedad Aljico*, t. 94 (1997) 59-66; *CMET*, ídem 229-233; *CTC/TR*, t. 95 (1998) 26-29; *Alcoholado Castillo*, t. 96 (1999) 106-108; *Corporación Municipal de Educación de Puente Año*, ídem 127-132; *Calzados Joao S.A.*, t. 97 (2000) en prensas/Nº 1; *Parra Game*, ídem/Nº 3.

³⁷ Aquí no puedo menos que recordar lo que escribíamos hace 14 años: "Lo que durante más de 45 años la actividad parlamentaria y gobiernos de partido no quisieron hacer para proteger debidamente a los ciudadanos en sus derechos fundamentales, lo ha venido a hacer un gobierno apenas tres años después de haber asumido el mando de la nación sin parlamento y sin partidos políticos. ¡Curiosa paradoja!" (en RDJ t. 83/1986, primera parte, sección derecho, 162).

³⁸ Excelente trabajo del Profesor F. SAENGER GIANONI, en RCHD 1998. Número especial. 259-271.

Ello ha llevado a una curiosa paradoja, que muestra una vez más que la coherencia y racionalidad no suelen ser una característica de estos tiempos, no sólo entre las autoridades gubernativas sino ni siquiera entre las autoridades jurisdiccionales.

En efecto, como ha habido en Santiago, especialmente, un aumento muy considerable de acciones de protección deducidas, se ha tratado de impedir que se accione por este medio, poniendo trabas que —obviamente— son flagrantemente contrarias a la Constitución, ya que coartan el ejercicio legítimo del derecho fundamental de acceso a la justicia, la igual protección ante el derecho, y la tutela judicial efectiva (art. 19 N° 3 C.P.) y, además, al hacerse por la Corte Suprema a través de auto acordado se incurre en incompetencia, ya que el asunto es materia de estricta reserva legal (arts. 7° inc. 1° y 19 N° 3 inc. 5°).

Y la incoherencia se da, también, por cuanto se critica que la justicia es lenta, pero justamente ante una acción que es rápida en su tramitación, se la limita y se impide el acceso a ella, lo que hace que se tenga que ir precisamente por la vía ordinaria que se tacha de lenta... En otros términos, se critica la lentitud y cuando hay una vía rápida de resolución de conflictos, se impide su aplicación y se la restringe al máximo... para que la justicia siga siendo lenta. ¿No son éstas las cosas que provocan tanta crítica y erosionan la confianza en los Tribunales y en la administración de justicia? ¿Cómo no se dan cuenta de ello los magistrados supremos? ¿Dónde queda esa función nobilísima de hacer justicia a sus semejantes si pareciera que hay más preocupación por la estadística, por los dichos de los grupos periodísticos de presión, o por otras circunstancias?³⁹

En estos últimos tres o cuatro años y luego de la reforma que se aprobara bajo el gobierno Frei Ruiz Tagle para configurar una nueva Corte Suprema, es fácil advertir que se ha intensificado por la tercera sala, llamada constitucional,⁴⁰ algunos planteamientos que no favorecen, ciertamente, la protección de los derechos fundamentales.

3.1. Hemos indicado ya,⁴¹ por ejemplo, el prurito de evitar pronunciarse sobre un asunto, que incluso ha sido bien analizado, argumentado y fallado por el tribunal de primera instancia (C. Apelaciones), diciendo que merece ser tratado en un juicio ordinario, de *lato conocimiento*. ¿No es, acaso, una burla descarada a los magistrados de las Cortes de Apelaciones que han debido poner todo su empeño, tiempo y estudio en el caso?⁴² Y ¿no es, acaso, una burla ostensible a las partes, especialmente a la recurrente que ha visto acoger su pretensión,

³⁹ Hemos mostrado esta ineptia suprema en *El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad)*, en RCH, Número especial 1998, 273-278 (29as. Jornadas de Derecho Público-U. Católica de Chile 1998).

⁴⁰ Véase auto acordado de la Corte Suprema, de 27.03.2000 (D. Oficial 14.02.2000), sobre la distribución de las causas entre sus tres salas, y en funcionamiento extraordinario con cuatro salas.

⁴¹ Véase nota 23 precedente.

⁴² Como me ha tocado escuchar varias veces.

que le digan en segunda instancia, ante la apelación del recurrido perdidoso: vaya a un juicio ordinario? O sea, tres a cuatro años, o aún más si le toca lidiar con la defensa fiscal.

3.2. Otra materia en que esta sala tercera impide la *protección* es a través de negar el amparo del derecho de propiedad sobre *bienes incorporales*, no obstante que expresamente la Constitución lo ha previsto en el encabezamiento mismo del N° 24 de su artículo 19.⁴³ Pretender aplicar a los derechos fundamentales la dicotomía civilista referida a las cosas incorporales (art. 576), derechos reales o personales, es desconocer las bases más elementales del derecho constitucional, y de los derechos naturales de las personas; estos derechos no son ni reales ni personales, son la emanación de la propia naturaleza humana y por el hecho de ser humano. Al aplicarse el criterio civilista, reductor y aplicable a lo patrimonial (que es lo que regula en ese aspecto dicho código), el único efecto que se obtiene es *desconocer los derechos naturales de las personas y no pocas veces dejarlas en la indefensión*; esto es, se incurre en una flagrante *denegación de justicia*. Es cierto que esto último no parece importar mucho a los jueces que firman esos fallos puesto que continúan en ese empeño.⁴⁴

3.3. También nos parece deleznable el criterio de impedir el amparo proteccional en los casos de autotutela administrativa en que la autoridad por sí y ante sí declara que ha habido *incumplimiento contractual*, v. gr. en una concesión de servicio público municipal u otro tipo de contrato administrativo, o pretender hacer efectivas boletas de garantía extendidas para asegurar su ejecución. Se dice — una vez más — que la protección no es la *via idónea* para discutir el tema, dándose una patente incoherencia con el clásico predicamento establecido desde antiguo por la Corte Suprema, que precisamente el recurso de protección ampara el *statu quo* frente a actos o hechos que pretenden alterarlo por propia mano.⁴⁵

Elo también se engarza con el planteamiento tribunalicio de no ser la protección el arbitrio procesal apto para conocer de lo *contractual*, pero cuando se trata de lo contractual administrativo se olvida que la administración contratante ejerce su autotutela durante la ejecución del contrato (sea de construcción de obra pública, de concesión de servicio público, etc.) a través de actos administrativos y, en consecuencia, ya deja su posición meramente contractual para ejercer potestades de imposición frente a su cocontratante.

⁴³ "La Constitución asegura a todas las personas: N° 24: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (inc. 1°)".

⁴⁴ Se ve esto, v. gr. en asuntos de *funcionarios públicos* que ven desconocido su *derecho a la función* (consagrado en la Constitución/art. 38 inc. 1°: carrera funcionaria; en la ley N° 18.575, art. 48; en la ley N° 18.834, art. 83), que es un *bien incorporal* y, por ende, sobre él hay derecho de propiedad. Debe recordarse el aún vigente artículo del Profesor CARLOS DUCCI CLARO, *Las cosas incorporales en nuestro derecho*, en RDJ, t. 83 (1986). Primera parte, sección derecho, 29-35, cuya lectura recomendamos.

⁴⁵ El caso clásico en donde se afirma la protección especialmente para impedir la autotutela, y asegurar el *statu quo* es *Soc. Agrícola y Forestal Los Chenques Ltda.*, RDJ, t. 77 (1980) 2.1, 53-56.

3.4. Vemos, también, que se ha restringido al máximo en estos últimos dos años la procedencia de la *protección frente a resoluciones judiciales*, no obstante que con anterioridad había habido un prudente realismo frente a los casos concretos, ya que es evidente que también los jueces pueden cometer y cometen arbitrariedades y pueden vulnerar la Constitución y las leyes.⁴⁶ Pareciera cundir la idea de que los jueces no agravian, y si se equivocan, pueden las partes en el mismo proceso obtener enmienda; sostener esto como principio puede tener algo de verdad, pero para quien ejerce activamente ante los tribunales de justicia —especialmente de primera instancia— ello no deja de ser sino "buenos deseos", o meramente "palabras". A partir de los años 83/84 adelante, la Corte Suprema muy sensatamente comprendió la realidad, y han sido numerosos los casos en que se admitió la protección frente a agravios de jueces, e incluso de Corte de Apelaciones.⁴⁷ Sin embargo, los años 1999 y 2000 nos muestran una restricción marcada, lo que lleva en ocasiones a rechazar la protección, pero luego, a actuar de oficio revocando la resolución judicial impugnada en protección y así, de este modo excepcional, enmendar el desaguizado notorio cometido por un magistrado.

Muchos más temas podrían ser objeto de crítica, pero, con todo, no puede menos que reconocerse que esta acción constitucional de amparo de los derechos fundamentales ha traído aire fresco al ambiente procesal y de tribunales, ha permitido que las personas puedan, de alguna manera, acudir a la justicia en defensa de sus derechos y obtener allí pronunciamiento en términos de tiempo más que razonables, y yo diría con prontitud (si nadie perturba el procedimiento).

Cierto sí que con la distribución por regiones de la materia proteccional entre las diversas salas⁴⁸ no hay una coherencia en la resolución de los asuntos, ni se da igualdad ante ni en el derecho (arts. 19 N°s. 2° y 3° C.P.), pero no puede negarse que las salas primera y segunda suelen ser mucho más inclinadas a proteger los derechos de las personas a través de este amparo general, y, por tanto, para aquellos recurrentes de las regiones bajo la jurisdicción de dichas salas, resulta obviamente más favorable su situación.

IV. CONCLUSIONES

En los veinte años de vigencia de la Constitución, concebida, estudiada, plebiscitada y promulgada bajo el gobierno del presidente Pinochet y aplicada bajo tres gobiernos posteriores de distinto signo político, el recurso de protección, acción constitucional de amparo general de los derechos fundamentales, ha sido utilizado, reconocido y alaba-

⁴⁶ Bueno es recordarles que también ellos son humanos, ya que la posición constitucional en que se encuentran los jueces supremos parecería incinarlos a la soberbia, que es el pecado capital máximo.

⁴⁷ Buena muestra son los trabajos que hemos citado en nota 32.

⁴⁸ Véase auto acordado cit. (14.02.2000).

do, por moros y cristianos, y no cabe duda que ha devenido en una institución fundamental en la salvaguarda de los derechos y libertades concretas de las personas.

El sano realismo con que fue concebido y estructurado y la verdad indiscutida sobre la que se fundamenta, esto es que por muy perfecta que sea una declaración de derechos resulta enteramente inefectiva si no cuenta con las acciones procesales que hagan posible su defensa y concreción,⁴⁹ han hecho del recurso de protección pieza e institución básica y esencial de una sociedad libre, en la cual las personas tengan real y efectivamente la primacía, el primado en ella, que es precisamente lo que la propia Constitución ha reconocido, establecido, asegurado y amparado todo ello de modo expreso, ya desde su artículo 1º, "Bases de la Institucionalidad", y, en especial, al disponer la servicialidad del Estado: "El Estado está al servicio de la persona humana" (inciso 4º), para lo cual ha de promover el bien común (que al efecto describe), "con pleno respeto" de los derechos y garantías que la Constitución reconoce y establece, respectivamente.

En esa promoción de bien común —que es el bien de las personas concretas que viven en nuestra sociedad, y no el bien del Estado, ni de la casta gobernante— la propia Constitución recuerda que los órganos del Estado tienen como *límite* en su actuar los derechos que emanan de la naturaleza humana, derechos que el propio Estado tiene el deber de respetarlos y de promover su ejercicio (art. 5º).

Un juez que pretende reducir, tronchar y castrar la energía protectora de esta acción de amparo general de los derechos de las personas se coloca fuera de la Constitución, cualquiera sea el artificio que imagine o utilice, porque está impidiendo su tutela judicial efectiva, derecho de los más esenciales e ineludibles en su concreción, en una sociedad civilizada (art. 19 N° 3).

Ciertamente, los estatistas de siempre y los afectados por el síndrome fiscal, tratarán de impedir el ejercicio de los derechos; su visión absolutista y totalitaria del poder les hace potenciar al Estado para transformar al ciudadano en siervo o mero engranaje de una máquina que ellos dominan y manejan para sus propios intereses. Pero lo verdadero es que su posición es ostensible y flagrantemente contraria a la Constitución de 1980, la cual nació justamente frente a la quiebra de la judicicia producida por aquellos henchidos de ideologismos probadamente fracasados y apóstoles del odio fratricida, que hasta hoy han hecho imposible la concordia fraterna en nuestra patria.

Destruir este medio procesal garantístico, o reducirlo en su eficacia protectora, es volver al pasado y repetir de nuevo la historia. ¿Será, acaso, cierto, aquello del "retorno de los brujos"? ¿Será tan fatídico el destino de los chilenos? ¿Volveremos a ver la violencia homicida en nuestras calles, ciudades y campos?

⁴⁹ Recuérdese el considerando 10 del Acta Constitucional N° 3. Es la más pura tradición romana en cuanto *ubi ius ibi remedium*.

Siempre es necesario el coraje para luchar y la esperanza para vencer frente al embate de las tinieblas. Serán ya otros, tal vez, los que asuman esta tarea de defensa de los derechos y libertades concretas de las personas, no pudiendo menos que desearles que lo hagan con el mismo o con mayor entusiasmo y valentía con que desde hace ya tres décadas lo hemos venido haciendo, sin otra finalidad que la que haya justicia en las relaciones sociales y así reine la paz.⁵⁰

⁵⁰ Nunca debe olvidarse que el verdadero jurista no es sino un promotor y sembrador de la paz, y él mismo un hombre de paz. "Bienaventurados los que promueven la paz, porque serán llamados hijos de Dios" (San Mateo, 5.9).