

Bordalí Salamanca, Andrés  
El recurso de protección: todavía un fantasma jurídico (Tribunal Constitucional)  
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXVII, núm. 2, diciembre, 2014, pp. 277-283  
Universidad Austral de Chile  
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173733391013>

## El recurso de protección: todavía un fantasma jurídico (Tribunal Constitucional)

*Comentario de Andrés Bordoní Salamanca\**

Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de septiembre de 2014

### IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE PROTECCIÓN Y CUESTIONES DE LEGITIMIDAD PROCESAL

**Decimoquinto:** Que metodológicamente, es del caso recordar que el denominado recurso de protección configura una acción constitucional autónoma e independiente, distinta de “las causas civiles y criminales” que cabe resolver a los tribunales que integran el Poder Judicial, conforme al artículo 76 de la Constitución Política. Y también diversa de las acciones contencioso administrativas que el inciso segundo del artículo 38 de ese mismo texto radica en esa misma jurisdicción, como lo ha entendido la doctrina (cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales Latinoamericano e interamericano”, en: “Ius et Praxis” vol. 13, N° 1, 2007, p. 18).

Es por ello que el arbitrio garantístico que nos ocupa no configura un “juicio”, en el sentido clásico de la expresión, en que se pide algo en contra de alguien, en vertiente contenciosa, que es a la que indudablemente alude el precepto reclamado en esta sede. Su naturaleza jurídica es la de una acción cautelar, para la defensa de derechos subjetivos concretos, que no es idónea para declarar derechos controvertidos, sino tan solo para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, en presencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal, que amerita una solución urgente (vid., v. gr., sentencias CS. de 9.05.1995 y de 26.06.1995, respectivamente, publicadas en Gaceta Jurídica N°s 179, p. 80 y 180, p. 24, entre muchas otras).

**Decimosexto:** Que, en razón de lo anterior, no cabe sino concluir que la prohibición para actuar como abogados o mandatarios en cualquier clase de juicio contra la municipalidad respectiva, que afecta a los concejales, no enerva su posibilidad de recurrir por la vía del recurso de protección, en calidad de parte, en defensa de algunos de sus derechos constitucionales conculcados, en la medida que estén incluidos en la enumeración contenida en el artículo 20 de la Carta Política;

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal y Constitucional, Universidad Austral de Chile.

**Decimoséptimo:** Que, como se desprende de las copias autorizadas del recurso de protección obrante a fojas 36 y siguientes de estos autos, la mencionada acción constitucional fue interpuesta, entre otros, por los dos requirentes de autos, interviniendo como abogado patrocinante el profesional señor Aníbal Rogel Sepúlveda. Esta simple constatación basta para acreditar que ninguno de los mentados requirentes intervino en ese procedimiento en calidad de abogado o mandatario judicial, lo que por lo demás les estaba vedado, por no poseer ninguno de ellos la profesión de abogado ni ninguno de los requisitos que autorizarían su comparecencia judicial en representación de otro: así emana de su individualización, en el exordio del recurso;

**Decimoctavo:** Que las prohibiciones en derecho público, son de derecho estricto y no obligan, por tanto, sino a respetar los términos de su mandato, el que no puede extenderse, por interpretación analógica, a otras situaciones que las expresamente descritas y sancionadas en la norma de que se trata. En consecuencia, si resulta de toda evidencia que los concejales de la Municipalidad de Lautaro concernidos no infringieron la prohibición que taxativamente les impone el artículo 74.b) de la LOCM, no podría aplicárseles la sanción de remoción de sus cargos que esa misma preceptiva asocia a la contravención allí descrita.

Esta consideración es suficiente para comprender que el asunto sometido a conocimiento de esta Magistratura, admite una clara solución legal, que excluye la pertinencia de la cuestión de inaplicabilidad propuesta;

**Decimonoveno:** Que, entonces, la incidencia constitucional del asunto recae en el imperativo de deslindar si la prohibición a los concejales de actuar como abogados o mandatarios en cualquier clase de juicio contra el ente municipal, les impide interponer la acción constitucional de protección en calidad de actores, y si la consecuente inhabilidad sobreviniente, sancionada con la cesación en sus cargos, se ajusta o no a los parámetros constitucionales;

**Vigésimo:** Que cabe desde luego puntualizar que la conducta vedada a los concejales no es la de demandar judicialmente a la municipalidad de la que forman parte, sino que lo es su desempeño como “abogados o mandatarios” en cualquier clase de juicio contra dicho ente corporativo. Vale decir, se les prohíbe patrocinar o representar judicialmente a terceros, planteándose la duda respecto de si la proscripción incluye o no la intervención como partes, pero a nombre de otro, en la interposición de la acción constitucional de protección, del artículo 20 de la Constitución Política de la República, que es la ejercida por los concejales requirentes;

**Vigesimoprimero:** Que la referida acción constitucional no ha sido concebida como un medio para obtener pronunciamientos declarativos, por ser ello propio de un juicio de lato conocimiento, que escapa de la finalidad y naturaleza del recurso de protección. En tal sentido se ha pronunciado reiterada jurisprudencia (vid., v. gr., sentencias CS. de 9.05.1995 y de 26.06.1995, respectivamente, publicadas en Gaceta Jurídica N° 179,

p. 80 y 180, p. 24, entre muchas otras). De lo cual se infiere que la mentada acción no constituye una acción jurisdiccional susceptible de ser encasillada entre las causas civiles y criminales de que corresponde conocer a los tribunales que integran el Poder Judicial, conforme al artículo 76, inciso 1º de la Carta Fundamental, ni entre las de naturaleza contencioso-administrativa, a que alude el inciso 2º del artículo 38 de la misma Carta.

**Vigesimosegundo:** Que, por regla general, ninguna parte o interesado en cualquier clase de asuntos, contenciosos o no contenciosos, ante tribunales del fuero ordinario, arbitral o especial, puede actuar sin el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión (artículo 1º de la Ley N° 18.120, de 1.982). Tampoco puede comparecer ante estos tribunales, por regla general, sino representada por abogado habilitado, por procurador del número, por estudiante de 3º, 4º o 5º año de escuelas de derecho de universidades autorizadas, por egresados de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes o por egresados de esas mismas escuelas que realizan su práctica judicial, designados al efecto por las Corporaciones de Asistencia Judicial, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde su egreso (artículo 2º de la misma ley).

Pero esta regla tiene algunas excepciones, entre las cuales los recursos de amparo y protección, para los cuales no rige ninguna de las dos exigencias anteriores, según consigna el inciso 11º del artículo 2º de la citada Ley de Comparecencia en Juicio. Es por ello que el numeral 2º del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, de 1.992, prescribe –desarrollando la anotada excepción– que *“El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial...”*;

**Vigesimotercero:** Que el mandato judicial es un acto solemne, por el cual una persona encomienda a un abogado la defensa de sus derechos en juicio (artículo 528 del Código Orgánico de Tribunales), y se constituye por alguna de las formas que dispone el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil. Mas la representación que de intereses colectivos invocan los concejales en el recurso de protección que interesa, no es ni siquiera remotamente homologable a un mandato, en la forma en que se lo concibe en la legislación procesal aplicable, desde que se puede comparecer al efecto sin necesidad de acreditar ninguno, como lo hemos visto.

Tampoco podría asumirse que la representación asumida, que se ejerce conjuntamente con la de los mandatarios convencionales de un colegio particular subvencionado, presuntamente discriminado en el uso de un gimnasio municipal situado en la localidad de Pillanlelbún, implica una actuación propia de agentes oficiosos, en los términos del artículo 6º, incisos 3º y 4º del Código de Procedimiento Civil. Y ello tanto por ser completamente innecesario –desde que pueden obrar sin mandato– como porque si hubieren intervenido en tal calidad, habrían debido ofrecer garantía de que el interesado ratificará lo obrado a su nombre, lo que no aconteció, según los antecedentes tenidos a la vista;

**Vigesimocuarto:** Que, como fuere, se ha estimado pertinente, para mejor ilustración de la decisión que se adoptará, elucidar el alcance de la locución “cualquier clase de juicio” que emplea el literal b) del artículo 75 de la LOCM, para verificar si comprende también dentro de la prohibición, al recurso de protección. Si bien el tenor literal de la norma insinúa que la proscripción alcanza a toda clase de juicios, lo cierto es que una interpretación sistemática permite deslindar y acotar su sentido.

Efectivamente, si como lo ha resuelto la CGR en su jurisprudencia sistemática, los abogados funcionarios pueden ejercer su profesión en materia de orden penal –si bien dentro de los límites inherentes a la naturaleza de sus cargos– sin violar con ello la prohibición de representar a terceros en acciones civiles contra los intereses del Estado, extremo que les está vetado, no se avizora por qué esta última inhabilidad les sería extensiva en el caso de interponer una acción constitucional de protección, sin contenido económico, contra un municipio y, a mayor abundamiento, sin invocar un derecho o interés legítimo propio.

**Vigesimoquinto:** Que la argumentación precedente es suficiente para descartar cualquier efecto inconstitucional derivado de la aplicación de la norma impugnada como inaplicable, toda vez que esta no prohíbe a los concejales intervenir en juicio sino como abogados patrocinantes o mandatarios judiciales en causas seguidas contra el municipio al que adscriben. Este no es el caso de la especie, de manera que dicha regla, correctamente interpretada, no puede generar efectos contrarios a la Constitución;

Y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 20 y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

Se resuelve:

1. Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1.
2. Se pone término a la suspensión del procedimiento decretada en esto autos, por resolución de fojas 25, oficiándose al efecto.
3. No se condena en costas a la parte requirente por considerarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Juan José Romero Guzmán concurren al rechazo del requerimiento de inaplicabilidad y comparten, en general, la doctrina que sustenta la sentencia, salvo los considerandos vigesimocuarto y vigesimoquinto, pues estiman que si algún concejal actuare como abogado o mandatario jurídico en las acciones de protección que terceros ejerzan contra la municipalidad, incurriría en la causal de cesación en el cargo que el artículo 75, letra b), en concordancia con el artículo 76, letra d), de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece para los concejales que durante el desempeño de su cargo “actuaren como abogados o mandatarios en cualquier clase de juicio contra la respectiva municipalidad”. Y ello, en razón de la amplitud con que la ley ha configurado la

inhabilidad sobreviniente, la que, a su juicio, se extiende a la actuación profesional en las acciones de protección en que la municipalidad cuyo concejo integran aparece involucrada.

### COMENTARIO

La sentencia que comento se refiere a un caso de inhabilidad sobreviniente, muy común entre los funcionarios públicos y representantes del pueblo, que se refiere a la prohibición durante el ejercicio del cargo de actuar como abogado o mandatario en cualquier clase de juicio contra la Administración del Estado; en este caso era un concejal contra una municipalidad.

El asunto fue discutido ante el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad y el precepto impugnado es el artículo 75 lebra b) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Los requirentes postulaban que en la aplicación práctica del precepto legal se vulneraría el artículo 20 de la Constitución (en adelante CPR) que recoge y regula al Recuso de Protección.

No voy a entrar en todos los aspectos del conflicto de constitucionalidad del caso, sino solo quiero referirme a la concepción del voto de mayoría acerca del significado del vocablo juicio y su concepción del Recurso de Protección.

El fallo en cuestión recuerda que esta inhabilidad se refiere exclusivamente a causas civiles de contenido patrimonial donde el funcionario actúe solo como abogado patrocinante o mandatario en una causa contra el Estado. Nada se opone a que se pueda patrocinar o representar a alguien en materia penal. Y tampoco está prohibido en materia de protección. El tema es determinar por qué no está prohibido hacerlo en sede de Recurso de Protección.

El fallo de mayoría analiza todo este asunto en su considerando IV titulado como “Naturaleza jurídica del Recurso de Protección y cuestiones de legitimidad procesal”. En primer lugar sería conveniente que algún experto en Derecho Procesal asesore a los ministros del Tribunal Constitucional en la redacción de los fallos, para que se utilice un lenguaje más preciso. Si se habla de legitimidad procesal uno pensaría que se va a referir a cómo y por qué son aceptados los procesos o las sentencias judiciales por las partes o la comunidad. A eso apunta el término legitimidad, que se usa más en filosofía política o ciencia política que en el derecho procesal. En esta disciplina jurídica el término preciso es el de legitimación procesal, activa o pasiva. Y es a esto lo que se refiere la sentencia. Para el futuro entonces, legitimación y no legitimidad procesal.

Luego la sentencia sostiene otras cosas como que el Recurso de Protección configura una acción autónoma e independiente, distinta de las causas civiles y criminales y también de las administrativas a que se refiere el inciso segundo del artículo 38 CPR. En general este mismo tribunal y parte de la doctrina constitucional ha entendido que la decimonónica referencia a las causas civiles y criminales, únicas causas que conocían los tribunales de derecho continental en el siglo XIX, debe ser entendida más contemporáneamente de una manera más amplia, referida a todo tipo de asuntos. ¿Es que las

causas laborales, tributarias, ambientales, entre otras, no son competencia natural de la jurisdicción? En la sentencia rol 176/1993 el Tribunal Constitucional señaló que el término causa civil es muy amplio e incluye las administrativas. Ahora se dice que no.

Yo creo que en la fórmula que utiliza el artículo 76 CPR “causas civiles y criminales” deben quedar todos los asuntos jurídicos contenciosos que conocen los tribunales de justicia. No veo razón para excluir ninguna. Y desde luego vale la pena hacia el futuro modernizar el término y dejar de hablar de causas civiles y criminales. En todo tipo de asuntos como lo expresan otras constituciones. Mucho más simple y menos confuso.

Agrega el fallo que la protección no configura un “juicio” en el sentido clásico de la expresión. Esto es algo que repite la doctrina y jurisprudencia constitucional chilena que creo merece la pena rebatir. En primer lugar debe ser rechazada esta concepción porque si entendemos juicio como sinónimo de proceso, no es tolerable que la jurisdicción actúe fuera o sin proceso. Otra cosa es que la ley permita reducir sustancialmente el contradictorio entre partes, postergando la discusión más tranquila y pausada para un momento posterior. Pero la jurisdicción actúa vía proceso o juicio, aunque el contradictorio en él sea mínimo.

Aprovecho de recordar que la única propuesta de actuación jurisdiccional en asuntos contenciosos sin proceso, al menos en países de occidente, fue la propuesta de suprimir el proceso civil contencioso de Baumbach, durante el régimen nacionalsocialista, a lo que un liberal y demócrata como Calamandrei, en su momento, respondió contundentemente.

El Recurso de Protección sí da lugar y es un juicio o proceso, cautelar o sumario, según como se lo mire. Que en él el contradictorio sea casi inexistente es otra cosa. Desde luego está pendiente una verdadera discusión si su regulación en un Auto Acordado y con posibilidades casi inexistentes para defenderse se ajusta a lo ordenado por nuestra Carta Fundamental y Tratados de Derechos Humanos vigentes en el país. Esta duda constitucional es especialmente relevante cuando se recurre de protección contra privados.

Pero por otra parte, el Recurso de Protección sí es un juicio por cómo funciona en la práctica. Existe una pretensión de un sujeto contra otro expresada en la demanda o escrito de protección, en el informe los recurridos oponen una resistencia y piden normalmente la condena en cosas tras del recurrente. El Recurso de Protección, estadísticamente, es una de las actividades jurisdiccionales más litigiosas, en el sentido de una *litis* contenciosa, del derecho chileno.

Agrega el fallo que su naturaleza jurídica es una acción cautelar que no es idónea para declarar derechos controvertidos. Esto requiere de mayor precisión. En general un derecho fundamental no puede estar controvertido, de lo contrario no es derecho fundamental. Si alguien pide tutela para su derecho a la vida privada no hay controversia sobre ese derecho a la vida privada. El derecho existe y tiene como fuente creadora la Constitución. Lo que sí puede ser controvertido es si existe una acción u omisión que de un modo ilegal o arbitrario afecte a ese derecho.

Por otra parte los recursos de protección, en su ejercicio práctico, sí resuelven asuntos, o declaran derechos. Cosa distinta es que todo ello sea en un procedimiento breve y sumario y la sentencia produce efectos de cosa juzgada formal, con lo que se puede discutir el mismo asunto en un proceso de más lato conocimiento.

La sentencia sostiene que el Recurso de Protección no ha sido concebido para obtener pronunciamientos declarativos, por ser ello propio de un juicio de lato conocimiento. Y por ello concluye que esta acción no constituye una acción jurisdiccional susceptible de ser encasillada entre las causas civiles y criminales del artículo 76 inciso 1º CPR. Con esta tesis surge la duda si los juicios ejecutivos están fuera de la cobertura del artículo 76 CPR. Lo mismo que el procedimiento cautelar donde no se declara el derecho.

A toda esta confusa tesis clásica del Recurso de Protección, que sostiene que no es un juicio o proceso, que no da lugar a una contienda entre partes, donde no hay contradictorio, entre otras cosas, ha contribuido la posición que sostiene que el Recurso de Protección es una manifestación de una facultad conservadora de los tribunales de justicia.

La facultad conservadora de los tribunales de justicia, entendida esta como una facultad para tutelar los derechos constitucionales, es un resabio histórico que es necesario superar cuanto antes. La tutela de un derecho por parte de un tribunal de justicia, cuando ha sido amenazado o vulnerado por otro sujeto o ente, es quizás la actividad más jurisdiccional de todas y ella siempre es una actividad contenciosa que da lugar a una contienda entre partes. Facultad jurisdiccional, no conservadora.

Es hora de superar el estado de confusión y también crispación política y social que existía al momento de la creación del Recurso de Protección, como lo fue la década de los setenta del siglo pasado. Si se consulta el derecho comparado, no existe país alguno (no soy experto en el derecho de Corea del Norte) donde su doctrina y jurisprudencia señales que un tribunal de justicia cuando resuelve sobre la petición de auxilio para un derecho de una persona necesitada de tutela jurisdiccional, realiza una actividad donde no hay proceso o juicio, donde no hay contienda entre partes, entre otras cosas. Chile se merece una doctrina y jurisprudencia constitucional un poco más refinada y que no cargue con fantasmas de la Guerra Fría.