

REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SU SENTENCIA

*Fernando Dougnac Rodríguez**

RESUMEN

El fallo de protección constituye una sentencia definitiva y como tal produce plenamente sus efectos mientras no haya otro fallo de la “vía ordinaria” o de “lato conocimiento” que establezca lo contrario. En otras palabras, lo declarado en la sentencia de protección es una verdad jurídica, aunque no inamovible. Pero solo deja de serlo cuando en un juicio “normal” o de lato conocimiento se discuta entre las mismas partes, la misma materia y se controvierta formalmente la veracidad de la conclusión de la protección en cuanto al derecho u objeto disputado. Si ello no ocurre, los efectos de la sentencia de protección son permanentes.

A su vez, la declaración de “culpabilidad” del recurrido constituye un juicio de antijuridicidad permanente, pues ella está referida a los principios que regulan la conducta en sociedad. Es decir, a aquello que por antonomasia constituye el estado de derecho cuyo imperio o vigencia coercitivamente se debe conservar. Es una apreciación valórica de la acción u omisión ejecutada por el recurrido; pero no está dirigida necesariamente al derecho reclamado. Este hecho no puede volver a ser discutido en otro juicio, pues es de la “esencia” de la decisión de protección, la declaración que lo obrado por el recurrido contraviene “el derecho”. Basado en ello, se adoptan “de inmediato las providencias” que la Corte estime necesarias para “restablecer” su “imperio” y “asegurar la debida protección al afectado”.

HISTORIA

En el siglo pasado, período en el cual se cimentaron las bases del sistema judicial chileno, la influencia de Francia fue notable. Desde esa época ha sido un viejo anhelo de nuestra Corte Suprema la de mantenerse casi como un exclusivo tribunal de casación. A nuestro modo de ver, este deseo obedece a una manera de semejarse más a la Corte de Casación gala.

- “El juez es el esclavo de la ley”, decía con soberbia Dantón.
- “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu” (Art. 19 del Código Civil), decía don Andrés Bello.
- “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que debe darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedente” (Art. 23 del Código Civil).

* Abogado, ex profesor de Historia del Derecho de las Escuelas de Derecho de las Universidades: Católica de Chile, Gabriela Mistral, Central y Las Condes. Ex Profesor de Derecho Indígena de la Universidad de Chile.

Como se ve, la influencia del positivismo y del racionalismo dieciochesco es manifiesta en el autor de nuestro Código Civil.

Para este, la ley es por esencia "racional". Aun cuando ella por definición, paradójicamente, constituye "una declaración de la voluntad soberana... que manda, prohíbe o permite" (art. 1° C.C.). Es un mandato de la "voluntad soberana", no de la razón.

Jamás puede el juez, en consecuencia, interpretar la ley basándose en un sistema diverso del reglado, ni puede buscar la forma que la haga menos odiosa desatendiendo su tenor literal. Aún más, la ley ha limitado el alcance de sus resoluciones a los casos particulares en los cuales ellas han sido dictadas (art. 3° inciso 2° del C.C.).

La desconfianza revolucionaria francesa hacia el criterio del juez pasó a nuestro legislador e increíblemente echó raíces en el Poder Judicial. Con ello se ha dificultado enormemente el avance de la jurisprudencia. Hoy, para que exista debe ser reiterada de tal manera que los abogados no saben nunca con certeza cuándo cambiará. En este aspecto la diferencia con los países sajones o del *Common Law* es notable, incluso con la evolución que ha experimentado la propia Francia en este siglo. En cambio, nosotros seguimos siendo hijos del siglo XVIII.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

En este contexto positivista surgió la Constitución de 1980 que actualmente nos rige. En verdad, en lo tocante a las garantías constitucionales fue anunciada o prefigurada por el Acta Constitucional N° 3, de 1976, la cual en sus formas básicas repitió.

Tal vez, uno de los aportes más significativos al crecimiento de la libertad fue la introducción de este Recurso de Protección (art. 20 de la Constitución), *rara avis* dentro del reino de la norma expresa. Con él se pretende salvaguardar ciertos derechos que la Constitución considera esenciales para la permanencia del Estado de Derecho. Se aspira poner atajo a la veleidad ilegal o arbitraria de la autoridad o de simples particulares. Destacamos, "ilegal" o "arbitraria".

Como se puede ver, el constituyente consciente o inconscientemente, hizo un distingo entre lo que es ilegal y lo que es arbitrario. Permitió que un acto fuera objeto de reproche constitucional no solo cuando lo fuera por ser ilegal, sino que también cuando él fuera arbitrario. De esta manera, desde la más alta regla se amplió la perspectiva del juez. Se permitió que los tribunales superiores de justicia intervinieran no solo cuando la ley era quebrantada sino que también cuando la justicia fuere pasada a llevar. *Este es el primer paso al desmoronamiento del positivismo jurídico*. Se extendió la visión y el poder del juez. La Constitución lo libera en este recurso, al menos en parte, de la tiranía de la ley. En vano los tratadistas han buscado un hilo conductor que permita encontrar un criterio común en las decisiones de las Cortes. Este no existe. Sus fallos son casuísticos, inspirados solo por la justicia o injusticia que vean en cada caso: pretenden restablecer el "imperio del derecho" y dar la debida protección al afectado. Esta protección variará en cada caso determinado.

NORMA CONSTITUCIONAL

El artículo 20 de la Constitución señala:

"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19, números (...) podrá ocurrir 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 los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

Es fundamental para entender el problema planteado en este trabajo, hacer un somero análisis del significado de las palabras empleadas en el artículo 20 de nuestra Constitución.

CONCEPTO DE ARBITRARIEDAD, JUSTICIA Y LÓGICA

Arbitrariedad, según el Diccionario de la Lengua Española, es el: “Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”. O, si se quiere, de acuerdo con el Diccionario “VOX”, “la forma de actuar basada solo en la voluntad o capricho y que no obedece a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes”.

Lo “caprichoso” o el “capricho” es lo sin motivación aparente, sin razón, sin reflexión, lo repentino; un antojo, un deseo vehemente. Por algo viene de “Caper”, macho cabrío en latín. Él ataca o actúa aparentemente sin fundamento.

La “razón” en el sentido empleado es: “7ª. *Justicia*, rectitud en las operaciones o derecho para ejecutarlas”.

“Justicia” es: “la virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece”; o de acuerdo con el Diccionario “VOX”: “la virtud que inclina a obrar y juzgar teniendo por guía la verdad y dando a cada uno lo suyo”.

“Lógica” del griego “logiké” e “Ikos” significa lo: “relativo a la razón”. Es la ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico.

A su vez, la “lógica natural”: “es la disposición natural para discurrir con acierto sin el auxilio de la ciencia”.

En otras palabras, es el buen sentido, o mejor dicho, el sentido común.

Vemos, pues, que el concepto de “Arbitrariedad” subsume el concepto de “ilegalidad”. De tal suerte que toda conducta contraria a la ley es arbitraria.

La pregunta ahora es: ¿puede colegirse, entonces, que toda conducta apegada a la ley es correcta? Y de ser así, si lo ilegal es arbitrario, y lo legal no lo es, ¿qué motivos tuvo el constituyente para hacer esta distinción entre arbitrariedad e ilegalidad?

¿Se refirió solo a conductas no regidas por la ley cuando habló de arbitrariedad o quiso separar del concepto de arbitrariedad las conductas ilegales, de tal manera de permitir que una conducta legal pudiese ser igualmente arbitraria?

LÓGICA Y EPISTEMOLOGÍA

Permítasenos hacer, en primer lugar, un pequeño alcance sobre la diferencia entre la lógica y la epistemología. La lógica es la disciplina que estudia los principios formales del conocimiento humano, es decir las formas y las leyes más generales del pensamiento considerado puramente en sí mismo, sin referencia a los objetos; es el *pensamiento correcto*. En cambio, la epistemología estudia el pensamiento humano referido al objeto, es decir, estudia la teoría del *pensamiento verdadero*, no solo del pensamiento formal.

De esta manera podemos ver que un pensamiento formal, es decir, basado en una lógica estricta, puede ser correcto desde el punto de vista técnico, pero falso si no guarda concordancia con el objeto pensado. Así, entonces, una conducta legal puede ser arbitraria si no existe concordancia entre el razonamiento correcto y el objeto de ese razonamiento. O, si de acuerdo a la definición de razón, de justicia, ella no es recta en el sentido que no obra guiada por la verdad y no da a cada uno lo suyo.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que una resolución de una autoridad puede ser legal en cuanto se basa en las atribuciones que la ley le dio, pero puede ser al mismo tiempo arbitraria si el ejercicio de esa facultad no se ejerció de acuerdo a la razón, a la justicia, entendida como rectitud en las operaciones. Sin lugar a dudas, a esto se refirió el constituyente. Es importante destacar la diferencia que existe entre arbitrariedad y discrecionalidad. En derecho administrativo muchas veces las autoridades están investidas de un cierto grado de discrecionalidad, atribución que jamás puede confundirse con la arbitrariedad. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la discrecional viene de "discrecional" y esto significa: "que se hace libre y prudencialmente; // 2. Se dice de las potestades gubernativas en las funciones de su competencia que no están regladas".

En otras palabras, la autoridad administrativa debe actuar en el uso de sus facultades discrecionales en forma prudente, es decir, con "templanza, moderación, discernimiento, buen juicio" que es lo que ello significa. Como se ve, la discrecionalidad, por definición, excluye todo actuar arbitrario, el cual es esencialmente, irracional, imprudente, carente de buen juicio.

Refuerza todo lo dicho precedentemente, el hecho de que en el inciso 2º del mismo artículo 20 se exige para recurrir de protección por el N° 8 del artículo 19 que la acción "sea arbitraria e ilegal". Con ello se ha querido significar que una acción legal puede igualmente ser arbitraria. Nuestra Corte Suprema en varios fallos (Trillium, Desechos Tóxicos de Coronel, 1997, etc.) ha hecho expresamente esta diferenciación, ya sea para acoger los recursos de protección interpuestos por infracción a la garantía del N° 8, ya sea para rechazarlos.

Lo anterior, ha sido fallado a pesar de que de acuerdo al establecimiento de esta disposición quedó en claro que ni en la Comisión Constituyente ni en la revisión que de su proyecto realizó el Consejo de Estado se efectuaba esta distinción entre "ilegal" y "arbitrario". Ello solo surgió de la aprobación final que hizo la H. Junta de Gobierno, de la cual no existen hasta la fecha actas que nos permita apreciar el porqué de este cambio de redacción. Algunos autores sostienen que se trataría solo de un error tipográfico, aun cuando por la importancia de la materia esta explicación es de difícil aceptación.

CONCEPTO DE IMPERIO DEL DERECHO

Es conveniente analizar los términos que emplea el artículo 20 de la Constitución y que son similares a las palabras dichas por don Enrique Ortúzar en el seno de la Comisión Constituyente, las cuales transcribiremos más adelante.

Imperio es la acción de imperar o mandar con autoridad, y "Derecho" 7ª acep. es lo "Justo, fundado, razonable, legítimo", a su vez que constituye, acep. 18, un "Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza".

De esas definiciones podemos colegir claramente que el "imperio del derecho" no es otra cosa que la imposición, por la fuerza, de los principios, preceptos y reglas que regulan la vida en una sociedad civil. En el sentido empleado "imperio del derecho" y "estado de derecho" son sinónimos, si usamos la expresión "estado de derecho" (*con minúsculas*) no en el sentido "corporativo" o "de la Nación políticamente organizada", sino en el de "expresión de la vida común o societaria regida por la justicia" o, si se quiere, siguiendo a Jhiring, en el contexto que "el fin esencial del Estado es el fin jurídico, esto es, crear el derecho y asegurar su "imperio"¹. Como se ve, el "estado de derecho" es muchísimo más amplio que la simple legalidad. Él está constituido, además de ella, por principios que condensan la búsqueda de la justicia así como las aspiraciones de una sociedad en un momento histórico determinado. El

¹ Corte Suprema, 4 de mayo de 1964, considerandos 1º al 4º, R. D. J. T.61, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 73.

rechazo a la autotutela; el respeto al derecho ajeno; la paz social como fin del derecho; la equidad como sustento de todo derecho, etc. son principios que informan el “estado de derecho” y de los cuales no puede prescindir el sentenciador sin contravenir gravemente la virtud de la justicia. Por lo que, y aquí adelantamos algo de nuestras conclusiones: la declaración que un acto es ilegal o arbitrario, o ilegal y arbitrario, constituye una proclamación de lo que es, en su esencia, o constituye un “estado de derecho”, y cuáles son los actos contrarios a él. Al contrastar la Corte lo que debe ser el “estado de derecho” con la actitud asumida por el infractor, la Corte declara aquel y sanciona a este. Todo ello en concordancia o más allá de la simple legalidad. Por ello, este reproche jurídico no tiene nada que ver con lo fáctico o material discutido, cosa que sí se puede volver a ver en forma lata por el tribunal correspondiente, aunque puede ocurrir que ello nunca suceda, manteniéndose a firme lo resuelto por la Corte.

LA DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD CONSTITUYE UN JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD PERMANENTE

Por todo lo expuesto, *la declaración de culpabilidad constituye un juicio de antijuridicidad permanente*, pues ella está referida a los principios que regulan la conducta en sociedad. Es decir, a aquello que por antonomasia constituye el estado de derecho cuyo imperio o vigencia coercitivamente se debe conservar. Es una apreciación valórica de la *acción u omisión* ejecutada por el recurrido; pero no está dirigida necesariamente al derecho reclamado. Este hecho (la culpabilidad) no puede volver a ser discutida en otro juicio, pues *es de la “esencia” de la decisión de protección, la declaración que lo obrado por el recurrido contraviene “el derecho”*. Basado en ello, se adoptan “de inmediato las providencias” que la Corte estime necesarias para “restablecer” su “imperio” y “asegurar la debida protección al afectado”. El “imperio del derecho” es aquello que, precisamente, quiso el constituyente que cautelaran las Cortes de Apelaciones.

Aceptar lo contrario, sería despojar de todo sentido a la acción de protección que tiene por objeto declarar si el acto u omisión que motiva el recurso fue, precisamente, ilegal o arbitrio, o ambos. Lo dicho es aún más evidente si se considera que el artículo 20 de la Constitución permite volver a discutir en un juicio ordinario o de lato conocimiento, el derecho *mismo* que dice asistirle al recurrido.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN. ORIGEN

Al tratarse en la sesión 214 de la Comisión Constituyente (C.E.N.C.) el tema del “Recurso de Protección”, el Sr. Ortúzar dijo:

“... de manera que este es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, *restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado...*”

Muchos autores y abogados basándose en la frase recién transcrita, han creído ver en este recurso solo una acción cautelar. Que la decisión del asunto sometido a la Corte sería solo “provisional”, no definitivo. Que todo quedaría sujeto a lo que, en definitiva, se resolviera en un juicio posterior.

El Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes, don Alejandro Romero Seguel, Abogado, sostiene al respecto², lo siguiente:

² En su artículo denominado “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección”, publicado en la “Revista Chilena de Derecho”, Vol. 26 N° 2. pp. 503-515 (1999), Sección Jurisprudencia.

“La naturaleza de la acción de protección es un aspecto que se debe considerar en el tema de los efectos de la cosa juzgada. En nuestra doctrina, de un modo mayoritario se ha calificado a este instrumento como *acción cautelar*, para denotar que la sentencia de protección no puede ser considerada como una declaración jurisdiccional del derecho de un modo definitivo, sino que más bien obedece a una medida de carácter cautelar, provisional, a un mero paliativo frente a las amenazas o perturbaciones de las garantías constitucionales tasadas por la Carta Fundamental”.

Agregando:

“Si lo cautelar de la acción de protección viene dado por la provisionalidad de la sentencia, es lógico que la eficacia de cosa juzgada que se alcance sea solo formal. Sin embargo, mirado el problema desde el punto de vista del contenido de condena, declarativo o constitutivo que puede alcanzar la sentencia de protección, el tema se hace más difícil de resolver. En efecto, la pretensión de todo recurrente es lograr una sentencia que tutele su derecho a través de alguna de las tres formas clásicas, esto es, la condena, la declaración o la constitución de un nuevo estado jurídico. El objetivo del recurrente no es buscar un fin “cautelar” meramente provisional”.

A su vez, el profesor y actual Fiscal de la Excma. Corte Suprema, don Enrique Paillás Peña, en su obra “El recurso de Protección ante el Derecho Comparado”, Editorial Jurídica de Chile, año 1990, al analizar este punto sostiene en la página 74:

“La conclusión a que se llegue es de enorme importancia, pues, si fuese una medida cautelar, ello significaría que el alcance y efectos de la sentencia que se dicte van a quedar limitados. *En las medidas precautorias la parte que obtiene una decisión favorable no incorpora a su patrimonio un derecho permanente, sino que adquiere una garantía que es transitoria* y todo depende del resultado del juicio principal, *que no puede faltar*”.

“Si el recurso de protección no es una acción cautelar sino una acción principal, ello quiere decir que la sentencia que se dicte *producirá efectos permanentes*, dando un derecho a la parte vencedora”.

Concordamos plenamente con la conclusión a que arriba en esta materia el Profesor Paillás.

AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

El autor antes indicado, en la página 77 de su obra citada, sostiene:

“Así, pues, el procedimiento de protección es un procedimiento especial y tiene sus propios rasgos distintivos. Ciertamente es que no hay ningún inconveniente para que una medida precautoria se conceda por esta vía, como si se tratase de medidas que solo tienden a asegurar los resultados de otra acción. Pero ordinariamente no se utiliza el recurso de protección para solicitar medidas precautorias: se busca la solución de un problema de fondo o bien se quiere poner fin a una situación de hecho, como puede observarse al examinar la jurisprudencia”.

Y agrega: “Así como los procedimientos posesorios no tienen índole instrumental y en ellos hay la posibilidad de intentar posteriormente otras acciones, *la de protección es un juicio autónomo, no subordinado a la existencia de un litigio ulterior*. La formación futura de éste es un asunto contingente”.

Y para redondear su idea antes ha dicho: "...incluso si el recurso de protección persigue reparar una situación de hecho, sin buscar una decisión sobre el fondo, concluye con una sentencia que es definitiva y no interlocutoria".

En consecuencia, de acuerdo a lo dicho, el "Recurso de Protección" es un juicio, cuya sentencia definitiva produce efectos permanentes mientras no exista otra que, abocándose precisamente al mismo asunto, entre las mismas partes y por igual causa de pedir, resuelva expresamente lo contrario. En tanto esto no suceda, los derechos que ella establece son inalterables como consecuencia de su autonomía procesal. No obstante lo que pueda resolver la nueva sentencia, *jamás podrá volver a discutirse la declaración de culpabilidad contenida en la sentencia de protección*. Ello, por cuanto si así se hiciera, significaría que la acción de protección habría sido mal acogida, en circunstancias que lo que ella sanciona no es la existencia o no del derecho reclamado en el juicio de protección, sino que la antijuridicidad de la acción u omisión ejecutada por el recurrido.

EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL

El artículo 20 de la Constitución Política de la República establece como requisito previo para recurrir de protección que lo afectado sea el legítimo ejercicio de algunas de las garantías constitucionales que allí se señalan. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ejercicio, en su 2ª acepción, es: "acción y efecto de ejercer". A su vez, ejercer es: "Practicar los actos propios de un oficio, facultad, virtud, etc."

De ahí que un derecho se "ejerce", según el mismo Diccionario, cuando se "usa ... continuamente".

El calificativo exigida por la Constitución de que el ejercicio de un derecho deba ser "legítimo" como otro requisito para que se pueda acoger la acción de protección dice relación con la conformidad de ese ejercicio con los principios de derecho y las leyes vigentes en Chile, todos los que, en conjunto, constituyen el estado de derecho. Nuevamente el Diccionario de la Lengua Española nos sirve para tratar de interpretar correctamente las palabras usadas en este tema. "Legítimo, ma" viene del latín *legítimus* y significa en su 1ª acepción: "Conforme con las leyes".

En cambio, en su 2ª acepción significa: "Cierto, genuino y verdadero en cualquiera línea"

¿En cual de las dos acepciones usó el término "legítimo" el artículo 20 de la Constitución?

Para dilucidar esta duda debemos recordar que uno de los objetivos de la acción de protección es salvaguardar el "estado de derecho", estado que, como vimos anteriormente, consiste en la efectiva aplicación de los principios, preceptos y reglas que regulan la vida en una sociedad civil. Por lo expuesto, nos inclinamos a sostener que la expresión "ejercicio legítimo de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19..." empleada por el tantas veces citado artículo 20 de la Constitución, está referida a su conformidad a los principios y a las leyes existentes en el momento de la real o supuesta infracción del derecho. Así, acreditada por una persona la posesión legal de una cosa, no procede acoger una acción de protección que pretende interrumpirla. Para ello se debe recurrir a un juicio ordinario que declare quien es el verdadero dueño, y por ende, a quien le corresponde efectivamente la posesión. Lo que en ese nuevo juicio se discute, es la veracidad o certeza de que el derecho reclamado por el actor realmente existe. Sin perjuicio de lo expresado, es costumbre en los casos en que el derecho de una parte es evidente que las Cortes proceden a declararlo derechamente. Igual cosa sucede con los actos administrativos que son dejados sin efecto por una sentencia de protección; ellos no pueden volver a revivir en un juicio ordinario. En estos casos podríamos decir que la sentencia de protección produce cosa juzgada formal y material. Al respecto el profesor Eduardo Soto Kloss ha abundado en el tema.

SENTENCIA DE PROTECCIÓN

El profesor Alejandro Romero Seguel constata en su artículo ya citado el estado de la discusión de este tema. Sobre ello dice:

“La problemática de la cosa juzgada en la acción de protección de garantías constitucionales ha recibido algún tratamiento en nuestra doctrina científica y jurisprudencial, conviviendo hasta la fecha básicamente dos tesis, las que en lo esencial se resumen en las siguientes premisas. En primer lugar, según algunos, para determinar los efectos de cosa juzgada en el recurso de protección se debe atender al resultado favorable o desfavorable de la sentencia. Si el recurrente obtuvo una sentencia favorable se produce cosa juzgada sustancial; por el contrario, si la sentencia desestimó el reclamo, la cosa juzgada será formal. En otros términos, se propugna una eficacia de cosa juzgada que en su formulación latina se traduce en el aforismo: *res judicata secundum eventum litis*, esto es, existirá cosa juzgada sustancial solo si se acoge el recurso. Para otro sector de la doctrina, en cambio, la cosa juzgada que allí se alcanza es solo formal. Esta última corriente ha sido acogida por varias decenas de sentencias”.

La opinión nuestra difiere, en parte, de ambas doctrinas. Creemos que se ha enfocado mal el problema. Sin lugar a dudas, la mayoría de las veces la sentencia de protección produce cosa juzgada formal, en el sentido de que puede volverse a discutir lo resuelto respecto del derecho mismo en otro juicio distinto. Pero el error proviene de considerar que por el único hecho de que una sentencia produzca solo cosa juzgada formal, lo allí resuelto no tendría valor permanente. Ello no es efectivo. Lo que dice la Constitución es que *mientras no se vuelva a discutir* en un juicio distinto lo resuelto respecto del derecho alegado, la sentencia de protección, por ser una sentencia definitiva, tiene pleno valor.

Para lograr una mejor comprensión del tema debatido ocuparemos un ejemplo. En este (hipotético y de laboratorio) hay que distinguir dos situaciones:

Ejemplo: “A invadió la propiedad de B alegando que es dueño de esa propiedad. Para restablecer su derecho, rompió las cercas que tenía B, arrancó sus siembras y amenazó a B. La Corte acogió el recurso de protección de B y declaró que A había incurrido en una conducta ilegal y arbitraria pues había tratado de hacerse justicia por sí mismo y ordenó devolver el terreno a B, “sin perjuicio de los derechos que A pudiere hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Paralelamente, B demandó a A por los perjuicios ocasionados en su acción ilegal. A se excepcionó diciendo que la sentencia de protección no producía cosa juzgada material.

Pregunta: ¿puede el tribunal acoger sin más esa alegación?

A nuestro modo de ver, no. Ello, porque aun cuando se sostuviera que no produce cosa juzgada material, en tanto no se declare en otro juicio (con mayores antecedentes) que lo allí decidido no es correcto en cuanto al derecho alegado, el efecto de la sentencia definitiva de protección tiene todo su valor. Para que deje de tenerlo es necesario que el “tribunal ordinario” analice detalladamente y en profundidad todos los antecedentes llegando a una conclusión en contrario. En este caso, es necesario que también se dé la triple identidad. Si se da la identidad legal de personas pero no de cosa pedida o de causa de pedir, no puede el tribunal ordinario revisar la sentencia de protección, solo debe acatarla. La frase “Sin perjuicio de las demás acciones...” es clara al respecto. “Las demás acciones” deben contener la triple identidad.

Distinto es el caso si A luego de ser condenado en el juicio de protección, y con posterioridad, demanda de reivindicación a B y obtiene que el tribunal ordinario X le reconozca su dominio.

Pero aun así, el tribunal que conoce la demanda de indemnización de perjuicios de B no podrá prescindir del reproche de antijuricidad que le efectuó la Corte a A. Esa es una materia distinta, no comprendida dentro de la triple identidad y por lo tanto conserva plenamente su valor. Lo único que podría hacer el tribunal X es considerar que B se expuso imprudentemente al daño y rebajar prudencialmente la indemnización.

LOS DEMÁS DERECHOS QUE PUEDA HACER VALER

El inciso primero del artículo 20 de la Constitución establece que lo que se resuelva en esta instancia es: "...sin perjuicio de los *demás* derechos que *pueda* hacer valer ante la *autoridad* o los *tribunales* correspondientes".

Vemos que existen, a nuestro juicio, cuatro palabras claves: "demás"; "pueda", "autoridad"; y "tribunales".

Las dos últimas o están definidas legalmente o su sentido no merece dudas; pero las otras requieren un análisis.

"*demás*" significa: "precedido de... los... los otros... *restantes*". "Restantes" es: "el residuo". "Residuo" es: "parte o porción que queda de un todo". Es sinónimo de "resta, remanente, restante".

"*pueda*" del verbo modal "poder" es: "ser contingente que suceda una cosa. *Puede que llueva mañana*".

De tal suerte que tenemos que lo resuelto en el recurso de protección permite que el recurrente de protección que no ha obtenido lo solicitado, "pueda", es decir, "logre" en otra instancia, probar lo que *resta* de su derecho ("demás").

¿Y qué es lo que "resta" de su derecho? Es la posibilidad de acreditar en otra instancia la verdad de su aserto.

En otras palabras lo que dijo el constituyente es: "Si Ud. no logra probar su derecho en forma sumaria, rápida, expedita, de tal forma que a la Corte le sea *evidente* que este le ha sido conculcado, *puede* intentar hacerlo en forma ordinaria o normal ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Lo que no puede hacer es volver a intentar probar el mismo derecho entre las mismas partes a través de un nuevo recurso de protección".

Así también lo ha entendido la Excm. Corte Suprema al decir en el "Considerando Segundo" de la sentencia "González con Isapre Unimed" lo siguiente:

"... como puede advertirse mediante la lectura del artículo constitucional recién señalado (art. 20), la Carta Fundamental reconoce al afectado, en cuanto a la protección de los derechos precisados en el artículo 20, dos vías: la del recurso de protección, que tiene por objeto que la respectiva Corte de Apelaciones adopte de inmediato las providencias necesarias para asegurar la debida protección al afectado³, y la vía del ejercicio de los demás derechos que puede hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Ello se explica y se justifica porque si el perjuicio que está sufriendo el recurrente necesita una solución rápida y este tiene los medios necesarios para probar a lo menos la apariencia de sus derechos y la perturbación, puede usar el recurso de protección; en cambio, si el derecho amagado no requiere un amparo urgente o el ofendido carece de esos medios para justificar esos presupuestos, está habilitado para recurrir al procedimiento común".

³ Se olvidó la Corte del "restablecimiento del imperio del derecho" que como hemos visto le da "otra" perspectiva a lo resuelto en el Recurso de Protección.

Concluyendo que: "... en principio (el fallo de protección), no produce *cosa juzgada absoluta*, sino que produce cosa juzgada formal, vale decir, una firmeza que solo impide que se incoe otro recurso de protección con las mismas identidades de personas, causa de pedir y cosa pedida, *pero no obsta para que se recurra a las vías ordinarias a fin de que en el debido proceso se esclarezcan los derechos en forma definitiva*".

Creemos que la Corte acertó al hablar de "cosa juzgada absoluta" pero fue ambigua al referirse a la "cosa juzgada formal" sin destacar que no obstante ello, la sentencia de protección es una sentencia definitiva que produce todos los efectos propios de este tipo de resolución. Que pueda reverse el derecho del recurrido de protección en un juicio de lato conocimiento no resta a esa sentencia su carácter de definitiva. Con esta aclaración, se puede sostener que existe cosa juzgada formal. Llamamos la atención sobre la expresión usada por la Corte: "... *se esclarezcan los derechos ...* ", no dice el ejercicio del derecho.

LA SENTENCIA DE PROTECCIÓN ES UNA SENTENCIA DEFINITIVA

Que la sentencia de protección produzca cosa juzgada formal no significa, como algunos lo han entendido, que el fallo de protección no haya creado ninguna situación jurídica definitiva. Ello es errado. La sentencia de protección es una sentencia definitiva, y como tal, firme, participa de los efectos de estas. Así, por lo demás, lo establece el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo de los Recursos de Protección.

Lo que la Excm. Corte ha dicho en su Auto Acordado es que el fallo de protección produce plenamente sus efectos mientras no haya otro fallo de la "vía ordinaria" que disponga lo contrario. En otras palabras, lo declarado en la sentencia de protección es una verdad jurídica, aunque no inamovible. Pero solo deja de serlo cuando en un juicio "normal" o de lato conocimiento se discuta entre las mismas partes, la misma materia y se controvierta formalmente la veracidad de la conclusión de la protección en cuanto al derecho u objeto disputado. Si ello no ocurre, los efectos de la sentencia de protección son permanentes. Pensar lo contrario, sería afirmar que lo declarado por la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema no tiene ningún valor trascendente.

El uso del vocablo "pueda" nos está significando que *el que tiene* la capacidad para recurrir de nuevo ante la autoridad o los tribunales es *el que* intentó el recurso.

¿El vencido por el recurrente de protección puede hacerlo, o carece de este derecho?

Parecería que sí puede. Aunque no es en lo absoluto claro. Pero lo que sí es evidente, pues se desprende del texto del artículo en comento, es que el derecho a recurrir a otro tribunal que tiene el perdedor *no emana del artículo 20* de la Constitución sino que de las *reglas generales ordinarias*. Lo único en que lo favorece del artículo 20 es que no podrá oponerle el ganancioso la excepción de cosa juzgada. *No obstante*, mientras ello no suceda, el efecto normal de las sentencias, incluida la de protección, es que ella se cumpla. Y en cuanto no se demuestre lo contrario en otro juicio, lo allí resuelto deba reputarse como verdadero, como una "verdad jurídica". Lo contrario nos llevaría a concluir el absurdo de existiría una sentencia sin sus efectos propios, efectos que no son otros que el resolver un conflicto entre partes.

Empero, si las medidas para asegurar la debida protección al recurrente son de tal envergadura que no pueden deshacerse, como por ejemplo la declaración que debe suscribir un plan de manejo dentro de 8° día (sentencia en juicio de protección "Celulosa Arauco con Ossandón"); o que anula un acto de autoridad ("Hexagón con Fisco"); o que ordena pagar un seguro ("González con Soquimich"), ¿qué sentido tiene recurrir a los tribunales ordinarios? Lo decidido ya produjo sus efectos propios y no se puede volver atrás.

El profesor Soto Kloss en su obra "El Recurso de Protección", Editorial Jurídica de Chile, año 1982, sostiene respecto del efecto de la sentencia de protección, que: "Aparentemente es

esta una de las materias más complejas de la institución que es ya el R.P. (Recurso de Protección); que si bien no ha dado hasta ahora mayores preocupaciones puede que no se encuentre lejano el día que comience a producir problemas y diversas interpretaciones. Decimos “aparentemente” *porque tal vez sean más bien apariencias que realidades esas posibles complejidades que pudiere originar la cosa juzgada* aquí: su análisis más detenido, creemos, puede conducirnos a mostrar la simplicidad ínsita en esta acción de amparo, y ayudar a su mejor comprensión” (pág. 284).

Y agrega en la pág. 285: “No cabe duda alguna que tal sentencia (de protección) una vez adquirida firmeza deviene en inatacable, o sea adquiere la fuerza o autoridad o efecto jurídico de cosa juzgada formal, es decir, es inatacable en el proceso en que se dictó. Pero ¿produce cosa juzgada material? O sea ¿no puede ser atacado lo resuelto en otro juicio o proceso? Es aquí donde adquiere verdadera importancia el tema”.

Concluye, que debe hacerse una distinción entre si el recurso se presentó en contra de una autoridad o particulares. Según su opinión, si es en contra de la “Administración” y es acogido, se produce la cosa juzgada material, pues la nulidad de un acto administrativo o la declaración de la obligación de actuar de esta produce efectos *erga omnes*. En cambio, si es contra la “Administración” y es rechazado, así como si es en contra de un particular, acogido o rechazado, no produciría cosa juzgada material. En este último caso (particulares), pues la acción “se colorea” (sic) de un tinte muy especial: tiende a impedir la autotutela que un particular ejerza sobre otro particular. Se trataría de un recurso que tiende a mantener el *statu quo* entre las partes dado que se trata de: “... situaciones fácticas, *conductas... pero que no decide la sentencia sobre los derechos efectivos y concretos que puedan estar en disputa, pues para eso están las acciones ordinarias o especiales del ordenamiento legal*”.

A nuestro modo de ver, por la escasa jurisprudencia existente en el momento en que se publicó esa obra, el profesor Soto Kloss no alcanzó a profundizar el tema. Desde esa época a la fecha son innumerables las sentencias de protección que han declarado que determinados actos no solo rompen el principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo sino que el acto específico ejecutado por un particular en contra de otro particular es ilegítimo, *no solo en su ejecución sino en el fundamento o sustrato que le dio origen*.

El artículo publicado por el mismo profesor Soto Kloss en “La Gaceta Jurídica”, N° 50, año 1984, denominado “Cosa Juzgada y Recurso de Protección” no agrega, a nuestro juicio, mayores antecedentes a la opinión que sustentó primitivamente. Por otra parte, la casuística judicial citada por el Profesor Paillás lo contradice en forma contundente. No solo hay cosa juzgada material cuando se dejan sin efectos los actos de la autoridad o administración, sino también cuando se emite un juicio antijurídico sobre su conducta, o se ordena a un particular realizar un acto que no es posible deshacer con posterioridad.

El profesor Alejandro Romero en su artículo ya citado constata que: “Ahora, este carácter provisional de la cosa juzgada formal, que implica la posibilidad de revertir en un juicio posterior lo decidido en sede de protección, no es tan fácil de explicar en el caso de las sentencias declarativas (o de mera declaración), y las constitutivas. Como se sabe, la tutela jurisdiccional a que tienden las acciones declarativas se encamina exclusivamente a remover un estado de incertidumbre jurídico, y en tal sentido se ve como bastante improbable que se pueda revertir esa situación jurídica en un juicio ordinario posterior, si tal tutela se obtiene a través de un recurso de protección. Igual cosa ocurre con la creación de un nuevo estado jurídico (v. gr. la declaración de nulidad de un acto administrativo), ya que la nueva situación que nace con el acogimiento de la acción de protección generará un estado jurídico que no existía hasta antes de dicho fallo”.

Nosotros agregamos que de acuerdo a lo anterior, en materia de recursos de protección fallados por razones de contravenir la legislación ambiental, la calificación que la Corte ha efectuado en sus “considerandos” va más allá de un mero reproche de autotutela. Derechamente, los ha declarado ilegales y arbitrarios, dando por violentadas leyes como el D.L. N° 3.557 sobre protección de la agricultura; o el D.L. 2.222 sobre navegación; o la ley 3.133

sobre depuración de residuos industriales tóxicos; o el Código Sanitario, etc. En todos estos casos *se ha ordenado medidas concretas y permanentes* que van mucho más allá de pretender solo restablecer el *statu quo* existente *antes* de la ocurrencia de los hechos que motivaron el recurso.

De esta forma se ha ordenado dar estricto cumplimiento a un D.S. específico (D.S. 04 de 1992 de Agricultura) que establece inmisiones máximas y una red de monitoreo para fiscalizarlas (sentencia a favor de los olivicultores de Huasco); o la construcción de un emisario submarino (sentencia a favor de los buzos de la Bahía Chapaco en Huasco); o la construcción de un tranque de relaves (sentencia en contra de Codelco en Chañaral); o el cumplimiento de las normas sobre depósitos de desperdicios (sentencia de Basureros de Salmoneras en Palena); o la prohibición de procesar pescados descompuestos (sentencia de las Plantas de Harina de Pescado en Iquique); o la obligación de sujetar la emisión de humos nauseabundos a las normas del Código Sanitario y D.S. 144 de 1961 (Humos de Plantas de Harina de Pescado en Arica), etc.

En todas estas sentencias se ha declarado que el acto ilegal y arbitrario perjudica a los terceros recurrentes de protección y que por lo tanto, debe cesar.

Sobre este punto, debe considerarse lo ya dicho respecto de que la declaración de culpabilidad constituye un juicio de antijuridicidad permanente, pues está referida a los principios que regulan la conducta en sociedad, es decir, aquello que por antonomasia constituye el estado de derecho. Ello es el fundamento necesario de las medidas permanentes decretadas, razón a su vez del actuar jurisdiccional. Este hecho no puede volver a ser discutido en otro juicio, pues es de la "esencia" de la decisión de protección.

Otra pregunta anexa: Si el perdedor en un Recurso de Protección se aviene a lo dictaminado en la sentencia de protección, y por ejemplo, construye las redes de monitoreo; o el tranque de relave; o el emisario submarino, antes de reclamar por la vía ordinaria en contra de ella, ¿podría hacerlo con posterioridad a estos hechos, o no?

Estimamos que en este caso no podría (en el evento que fuere posible) recurrir a la vía ordinaria para contradecir lo resuelto por la Corte, pues al ejecutar voluntariamente las obras en forma previa habría reconocido lo acertado del fallo, de tal suerte que si con posterioridad pretende recurrir al procedimiento normal para contradecirlo, estaría yendo en contra de su actuar anterior, conducta inaceptable en el derecho. La frase "sin perjuicio", es decir dejando a salvo los derechos que pudiere hacer valer por el camino ordinario, conlleva una "no aceptación" de lo ordenado por el tribunal de protección, el cuestionamiento previo en otra sede jurisdiccional, lo que no se aviene con el cumplimiento libre de lo allí resuelto. Existiría una especie de renuncia tácita a este derecho, a la vez que de hacerlo, se vulneraría, tal como se dijo, la obligación procesal de *no ir en contra de su propia conducta*. En este caso, el efecto de la sentencia de protección devendría, por la fuerza de los hechos, en cosa juzgada material.

Otra cuestión: ¿será posible que el juez no le dé valor alguno a la sentencia de protección basándose en que solo produce cosa juzgada formal, ni que dé por probados los hechos declarados verdaderos en esa sentencia y no contradichos por otra sentencia que favorezca a la contraparte vencida en la protección?

Errázuriz y Otero en "Aspectos Procesales del Recurso de Protección", Editorial Jurídica de Chile, año 1989, pág. 202, dicen que: "La sentencia de protección en cuanto califica los hechos como acciones u omisiones arbitrarias o ilegales, produce cosa juzgada material, lo que implica que no podrá discutirse en otro proceso tal calificación".

Al efecto cita la sentencia recaída en "Hexágono con Fisco", del Noveno Juzgado de Santiago, rol N° 1260-81, sentencia definitiva ejecutoriada, donde se señala en el considerando 10° lo siguiente: "Que tanto estas calificaciones que de la conducta observada... han hecho que nuestros más altos tribunales, como el solo acogimiento del recurso de protección, cuya finalidad es "restablecer el imperio del derecho" conforme lo prescribe el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3, son demostraciones suficientes del actuar ilícito del Servicio".

Jana y Marín en su obra “Recursos de Protección y Contratos”, Editorial Jurídica de Chile, año 1996, sostienen en la página 125: “En definitiva, no deja de tener razón Paillás cuando señala que si bien lo resuelto a través de un recurso de protección puede ser discutido en un juicio ordinario, agrega que “todo depende de lo que se haya resuelto en la sentencia, porque no es posible olvidar que el fallo de primera instancia lo pronunció una Corte de Apelaciones (no un juez unipersonal, sino una sala completa), y de la segunda instancia conoce la Corte Suprema (también en sala). Si los tribunales superiores deciden un caso en un sentido definitivo sin dejar abierta la posibilidad de una instancia superior, es bien poco probable que haya un nuevo juicio”. Agregando que si se comete una acción arbitraria desconociendo un derecho indiscutible o no seriamente controvertible, “es escasa la posibilidad de incoar una nueva acción”.

“Son estos los casos en que nuestros tribunales deben poner especial cuidado, ya que el ámbito propio de los procedimientos de urgencia, esto es, el ámbito en que operan con mayor claridad, es cuando a través de ellos se evita que se altere una situación de hecho (deber de abstención), y cuando a través de ellos se ordena hacer algo, su contenido se refiere principalmente a la fuente de la perturbación. En cambio en la situación que se analiza, se ordena una conducta que conlleva a una obligación de hacer y/o dar, que una vez ejecutada, hará ilusoria cualquier eventual discusión en un procedimiento posterior”.

Concluyen estos autores, que es necesario un nuevo proceso en que el sujeto perdidoso: “...tendrá la posibilidad de demostrar... en el respectivo proceso ordinario, aportando todo tipo de pruebas y con plenas garantías procesales, que su conducta no fue arbitraria ni ilegal” (pág. 129).

Estimamos que esta última afirmación (arbitraria ni ilegal) es equivocada por las razones esgrimidas precedentemente. Lo que debe demostrar es solo su derecho (demás derechos). Ya la Corte decidió que la forma en que hizo valer su derecho en los términos que originaron el recurso de protección, era arbitraria o ilegal, o ambas.

Paillás, en su obra ya citada, reflexiona sobre este tema afirmando que lo resuelto por una Corte de Apelaciones o por la Corte Suprema difícilmente podría ser contradicho por un tribunal inferior. El declara no conocer (en su época) que algo así haya ocurrido.

Como se ve, su argumento no es de fondo; es solo de autoridad.

Pero en definitiva cualquiera que sea la opinión que se acepte respecto del valor de la sentencia de protección, nadie podrá negar que existen casos, sobre todo en lo referente al Derecho Administrativo, en que lo resuelto por dicha sentencia no puede volver a discutirse, produciendo cosa juzgada material.

LOS HECHOS DECLARADOS COMO VERDADEROS EN UN RECURSO DE PROTECCIÓN

Creemos que el tribunal que conoce de una demanda basada en una sentencia de protección, *debe* considerar lo establecido en ella como una verdad jurídica mientras la parte demandada no controvierta el derecho esgrimido por el actor a través de la respectiva reconvencción. Pero aun en este caso, los hechos declarados verdaderos en ella, deben ser tenidos como tales por estar amparados por una presunción legal (artículo 427 del Código de Procedimiento Civil), invirtiéndose el peso de la prueba, correspondiéndole probar lo contrario al demandado. Es decir, si no existe esta prueba específica en contrario, deben estimarse plenamente probados los hechos.

Al respecto, confirmando lo expuesto en este párrafo, la I. Corte de Apelaciones de La Serena, en el juicio caratulado “Gregorio González y otros con Compañía Minera del Pacífico”, apelación de la sentencia definitiva, Rol N° 22.078, señaló:

27º: Que, *es relevante considerar, como medio de verificación de las proposiciones fundamentales que los demandantes señalan en su demanda, la sentencia que acogió los Recursos de Protección roles N°s. 3455-91 y 3456-91 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó.*

28º: *Que, en efecto, dicha sentencia creó una situación jurídica que debe respetarse en virtud de su cualidad de inmutabilidad o irrevocabilidad de que goza.*

29º: *Que, así, deben respetarse de ella como verdaderos los hechos atinentes que reconoce, los que producen consecuencia para la demandada a causa de haber sido parte de los Recursos aludidos y haber recaído precisamente en ella las obligaciones que el fallo de estos determina, con la limitación que su efecto se extiende al beneficio jurídico que se perseguía con tales acciones de amparo constitucional y, además, a la razón de la pretensión de los recurrentes, es decir, al objeto litigioso”.*

Y agrega más adelante:

“40º: *Que, por lo expuesto, los antecedentes considerados en la sentencia de los Recursos de Protección, acompañados también a los autos, solamente reflejan y permiten presumir una realidad general sobre la zona, esto es, que se encuentra contaminada por las emanaciones provenientes de la Planta de Pellets de la demandada y sus efectos sobre la olivicultura ...”.*

Recurrida de Casación en el Fondo la sentencia de segundo grado (Rol N° 3.614-98), la Excm. Corte Suprema dijo:

5º: *Que, si bien es efectivo que la sentencia impugnada, a través de sus motivos 271 a 291 estableció como hechos de esta causa los reconocidos en el fallo de los recursos de protección mencionados, de la revisión del mismo se desprende que solo se dejó sentado que el material particulado sedimentable que evacúan las principales chimeneas de la Planta de Pellets del Puerto de Huasco de propiedad de la demandada atenta contra la vida vegetal e impide el normal desarrollo de la olivicultura, y por tal motivo y acogiendo el recurso de protección, ordenó a la entonces recurrida y ahora demandada someterse a las disposiciones del Decreto Supremo N° 4 del Ministerio de Agricultura de 1992, publicado en el Diario Oficial de 26 de mayo de ese año”.*

CONCEPTO LATO DE JUICIO

La doctrina y la jurisprudencia han determinado, a falta de definición legal, *que se debe entender por juicio*. Así don Mario Casarino Viterbo en su “Manual de Derecho Procesal”, segunda edición, tomo I, página 62, número 49.- dice:

“Ahora bien, entendemos por juicio, causa o pleito la controversia o contienda actual que se produce entre dos o más personas sobre un derecho y que se somete al fallo de un tribunal. El juicio, causa o pleito, a su vez, puede ser civil o penal. Será juicio civil cuando el derecho controvertido sea de naturaleza civil; y será juicio penal, por lo contrario, cuando el derecho controvertido sea de índole penal”.

A su vez, la jurisprudencia de nuestros tribunales han ratificado la opinión de los tratadistas. De esta forma la Excm. Corte Suprema ha declarado:

“Si bien el legislador no definió el concepto “juicio”, el texto de los artículos 1º y 817 del Código de Procedimiento Civil permiten concluir que por tal ha de entenderse toda contienda civil entre partes. Son elementos del concepto tanto la existencia de partes como una contienda civil entre ellas”.

Parte es toda persona que comparece en una gestión judicial a su propio nombre o como representante legal de otra; contienda es la confrontación de pretensiones jurisdiccio-

nales contrapuestas". (Revista "Fallos del Mes". N° 269, abril, 1981, página 106, Corte Suprema.)

Evidentemente, desde un punto de vista procesal, el Recurso de Protección es un "juicio", en el sentido que resuelve una contienda entre partes mediante una sentencia definitiva, aun cuando las pruebas que en él se produzcan no lo sean en la forma tasada que establece el Código de Procedimiento Civil.

El profesor Alejandro Romero Seguel concuerda plenamente con lo dicho, al sostener en su artículo ya comentado, lo siguiente:

"Si el procedimiento de protección no fuese un juicio, la primera consecuencia que allí se produce es la imposibilidad que se produzca algún tipo de cosa juzgada, ya que dicho atributo es propio y exclusivo de la función jurisdiccional contenciosa. En efecto, los actos de jurisdicción voluntaria no pueden alcanzar tal atributo, identidad de la excepción de cosa ya que no se traba una relación procesal que permita luego verificar la triple identidad de la excepción de cosa juzgada, además que lo resuelto en sede no contenciosa es esencialmente revocable, ya en el mismo procedimiento o través de acciones ordinarias.

La opinión que criticamos olvida que desde la Escuela de Bolonia en adelante existe un juicio cada vez que estemos en presencia de tres elementos: las partes, el juez y el conflicto, condiciones todas que se dan evidentemente en esta acción constitucional. Siempre existirá un juez llamado a conocer de las amenazas, perturbaciones o privaciones de algunas de las garantías constitucionales amparadas con esta acción, denunciadas por el sujeto agraviado o por cualquiera a su nombre (Art. 20 CPE). El ius dicere es de la esencia en los tribunales que conocen en ambas instancias del recurso de protección para la solución de un conflicto intersubjetivo de relevancia constitucional".

Otra cuestión interesante es saber si podría obtenerse en un juicio de lato conocimiento que se ordenare indemnizar al perdedor de protección lo que injustamente obtuvo el recurrente ganancioso.

Podría ser que sí, aunque esta afirmación es dudosa.

Lo que sí es seguro es que el ganancioso demandar de indemnización de perjuicios al perdedor, sin que pudiera el tribunal prescindir de lo resuelto en el recurso de protección, *a menos* que por la vía de la reconvencción se demandara a su vez al ganancioso de protección, para que el juez, en un lato procedimiento, declarara que este obtuvo en forma injusta su sentencia de protección. Si ello no ocurre, es decir si el demandado no lo demandare a su vez separadamente o lo reconviniere en este sentido, sino que simplemente hace alegaciones tendientes a negar su responsabilidad o lo reconviniere en otro aspecto, *estas alegaciones deben ser rechazadas* pues no son el medio idóneo de impugnar una sentencia de protección. El único medio que permite la Constitución (art. 20) para romper el efecto normal de toda sentencia *es demostrar en otro juicio* (pensamos que incluida la reconvencción), que lo resuelto en el de protección es injusto.

Consultados por el autor los profesores de Derecho Procesal, señores José Bernales Pereira y Raúl Tavorari Oliveros manifestaron que participan de la idea que la sentencia dictada en un recurso de protección tiene pleno valor mientras el derrotado no demuestre en otro juicio seguido con este fin que lo fallado en esa instancia es equivocado. Sus argumentos son los reseñados en la parte pertinente de este trabajo.

CONCLUSIÓN

El fallo de protección crea situación jurídica definitiva, la cual solo puede ser dejada sin efecto cuando en un juicio de lato conocimiento se contradiga por la vía de una acción (demanda) o por el camino de la reconvencción, lo afirmado en ella. Mientras ello no

suceda, tiene total y absoluta fuerza jurídica, sirviendo lo allí resuelto para demandar otras prestaciones que deriven de ella (indemnización de perjuicios, por ejemplo). No obstante lo anterior, ni aun así se puede revertir el juicio de antijuricidad emitido en la sentencia de protección pues él mira a la declaración de que lo actuado por el recurrido fue contrario a lo que es aceptable en un estado de derecho, y no a si lo asiste un derecho sobre la cosa objeto de la acción. En este sentido puede afirmarse, con las reservas ya expuestas, que ella tiende, en otras cosas, a impedir la autotutela ya sea de la administración o de un particular.