

EL RECURSO DE PROTECCION: ASPECTOS FUNDAMENTALES

Eduardo Soto Kloss

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho Universidad de Chile

INTRODUCCIÓN

Pretender dar en apenas hora y media una visión general del recurso de protección (RP) pudiera parecer una empresa irrealizable ya que la riqueza que presenta este instrumento tutelar de los derechos fundamentales creado por el constituyente de 1976/80 excede con mucho a tiempo tan escaso.

Con todo, siendo ésta una exposición para gentes de Derecho, puede recalcarse directamente en los aspectos sólo primordiales, pasando por alto o cosas muy sabidas o bien de detalles.

Dos son —nos parece— los puntos esenciales que hay que hacer resaltar cuando se pretende analizar el RP: uno, que, tal como lo señalaron los constituyentes ya desde el inicio de su labor, constituye una ampliación del amparo para la libertad personal, extendiendo éste a prácticamente la gran mayoría de los derechos y libertades que la Constitución reconoce a las personas y grupos asociativos; y dos, que, conociendo el constituyente de la poca destreza que el juez poseía del manejo de la ley fundamental, entrega el conocimiento del RP a los tribunales superiores de justicia, otorgándoles las más amplias potestades jurisdiccionales a fin de poder así asegurar la debida protección al afectado por la vulneración de esos derechos fundamentales.

A estos dos puntos, básicos del régimen del RP, ha de agregarse algo que, si bien fue muy discutido e incluso en la misma idea del constituyente deviene reiterativo, era mecanismo indispensable para asegurar el éxito de la previsión constitucional: se expresa en la creación del RP (Acta Constitucional N° 3/1976, art. 2º, inciso 2º) que el constituyente imaginara que un auto acordado de la Corte Suprema regulará todo lo necesario para su tramitación; muy discutido el punto, porque se vieron todas las ventajas y peligros que ello podía significar en cuanto a la interpretación misma del texto, y reiterativo, por cuanto sin haberlo dicho el constituyente igualmente podía (y puede) hacerlo el máximo tribunal de la República, ya que posee de suyo las atribuciones jurídicas para ello. Y esto aparece aún reforzado por la Constitución Política (CP) de 1980 (art. 73, inc. 2º) al darle fuerza constitucional al principio (antes meramente legal, código orgánico de tribunales, art. 10, inc. 2º) de la inexcusabilidad, debiendo un tribunal juzgar aunque no haya ley que resuelva la contienda (sea ley procesal o ley sustancial). No debe olvidarse que las omisiones legislativas

* Este texto ha sido elaborado especialmente para esta publicación, retomando las ideas expuestas en la conferencia dada el 27 de junio de 1983 en el Colegio de Abogados de Valparaíso. Para una aproximación al tema remitimos a nuestro: El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

y la timidez o ignorancia de los jueces hicieron fracasar dos o tres iniciativas fundamentales del constituyente de 1925 para perfeccionar el Estado de Derecho (v. gr., art. 20, y muy en especial art. 87 con sus vertientes de contencioso administrativo y de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad administrativa). Esto lo tuvieron muy presente los constituyentes de 1976/80, y configuraron un remedio procesal que se bastara a sí mismo, esto es, de suyo autosuficiente.

Con razón pudieron decir los comisionados de tan elevado encargo que este RP era lo más importante de su obra; y parece no haber duda de ello, después de 7 años de intensa aplicación jurisprudencial.

Lo que durante más de 45 años la actividad parlamentaria y gobiernos de partidos no quisieron hacer para proteger a los ciudadanos debidamente en sus derechos fundamentales, lo ha venido a hacer un gobierno apenas 3 años después de haber asumido el mando de la nación, sin parlamento y sin partidos políticos. ¡Curiosa paradoja!; para meditar, sin duda.

1. *El núcleo del recurso de protección: una apretada síntesis*

Si quisiéramos dar una apretada síntesis de este remedio constitucional, diríamos que el RP tiende a proteger (1) a una persona (natural o jurídica, y esta última sea pública o privada) o a una agrupación, ente o colectividad no personificada, (2) cuando por un acto u omisión ilegal o arbitrario de un tercero, sea autoridad o particulares, (3) es afectada, como perturbación, amenaza o privación, (4) en el legítimo ejercicio, (5) de un derecho fundamental garantizado por esta acción, (6) sin que este recurso o acción obste a recurrir ante otras autoridades o tribunales donde hacer valer por el afectado sus derechos.

Si se advierte, para que pueda un tribunal (Corte de Apelaciones, según la previsión constitucional del art. 20, inc. 1º) dar la protección requerida aparece necesario: 1) que exista un agravio (amenaza, perturbación o privación) a un sujeto en el ejercicio legítimo de un derecho garantizado por esta acción, esto es ha de atender el tribunal a este triple aspecto, de "agravio", de "ejercicio legítimo", y de tratarse de un "derecho de los protegidos" por el recurso en cuestión; y 2) que ese agravio producido en el ejercicio legítimo de un derecho de los protegidos sea el resultado (nexo causal) de un acto u omisión de un tercero (autoridad o particulares), acción u omisión que ha de ser ilegal o arbitraria, esto es, contraria a Derecho; en otros términos, que sea el producto o fruto de una conducta (omisiva o comisiva) antijurídica, que vulnera el ordenamiento jurídico impidiendo la plena vigencia del imperio del Derecho.

"Agravio" - "antijurídico", he ahí un binomio inescindible, para comprender en sus exactos alcances el RP.

Pero no sería completo el cuadro con ello; el constituyente no ha podido olvidar que esta ampliación del amparo —como la vio desde el primer momento— viene a integrarse en un ordenamiento con más de 150 años de vida republicana independiente, de allí que han debido plantearse los mecanismos necesarios para no subvertir lo vigente al momento de su introducción. Por ello es que determina que esta acción constitucional de protección es "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el afectado) ante la autoridad o los tribunales correspondientes".

2. Restricciones en su aplicación jurisprudencial

Esta síntesis, que tan clara pudiera aparecer a primera vista, no ha tenido, sin embargo, una aplicación tan prístina y amplia como la imaginó el constituyente *. Y varias han sido las restricciones que la jurisprudencia ha impuesto a través de estos años de práctica. Veamos algunas:

1) La primera que aparece es la declaración de principio de que no procede el RP contra actos jurisdiccionales, es decir, cuando el acto ilícito que agravia es una resolución judicial, y de un tribunal civil ordinario, o aun del orden tributario (v. gr., art. 165 del código tributario). Aceptar este remedio constitucional —dirá la jurisprudencia— sería alterar la ritualidad de los procesos y el orden procesal mismo, que es tutelado, frente a las posibles arbitrariedades que en él se produzcan, por los recursos que al efecto la misma ley procesal ha establecido. Hay atenuaciones, ciertamente, a este principio, pero no son del caso entrar aquí a mencionar ¹.

2) Una segunda restricción es la referente a la inadmisibilidad del recurso frente a agravios producidos por la ley, acto legislativo, pues —según advierte la Corte Suprema— para ello está la acción de inconstitucionalidad, recurso de inaplicabilidad que la Constitución prevé (art. 80). Una variante del problema de la ley inconstitucional —y que se ha producido con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980— es la que se ha originado por la incompatibilidad de leyes anteriores a 1980 con la ley fundamental, y que en ocasiones (escasas, en verdad) ha sido solucionada entendiendo que la aplicación efectuada v. gr. por acto administrativo de aquellas leyes constituye una ilegalidad, pues, habiendo sido aquéllas (o alguna de sus disposiciones) derogadas por la Constitución —en razón de incompatibilidad— el acto basado en ellas carece de sustento jurídico, acogiéndose por ende el RP deducido ².

3) Otra restricción —y por algún tiempo fluctuante— fue la de entender que habiendo otros medios procesales, fueren ordinarios o especiales, no cabía recurso de protección, remedio extraordinario que sólo procedería allí donde no hubiera acción que garantizara el derecho afectado. La Corte Suprema, en general, no ha aceptado esta solución, y ha atendido —para no restringir aún más su ámbito— al hecho de la prontitud del remedio requerido, para acoger el RP allí donde aparece necesario proteger de modo rápido ante una antijuridicidad comprobada ³.

* Se ha omitido en lo que sigue lo referente a los aspectos procesales del Recurso de protección, tema que alargaría en demasía esta exposición.

¹ La jurisprudencia es sobreabundante; para la más reciente vid. v. gr. nota a OSORIO ALCÁZAR (C. Ap., Concepción 8.3.83 en RDJ 80 (1983), II.5, p. 52; y ahora último CARREÑO CARREÑO (C. Ap., Talca, 16.5.83, C. Suprema 25.5.83), OSORIO MOLINSKI (C. Ap. Santiago, 3.6.83, C. Suprema, 14.6.83), FRÍAS FRÍAS (C. Ap., Concepción, 29.7.83, C. Suprema, 22.8.83), NILO MARTÍNEZ (C. Ap., Santiago, 25.7.83, C. Suprema, 8.8.83) y FERRO CAMPODÓNICO (C. Ap., Arica, 23.8.83, C. Suprema 31.8.83).

² Caso típico el interesante fallo OLIVARES GUERRA (C. Ap., Antofagasta, 25.9.81, rol 35.993).

³ Entre la jurisprudencia más reciente vid. en especial GUTIÉRREZ ESPINOZA (C. Ap., Santiago, 21.6.83, C. Suprema, 5.7.83), también SOUBELET VERA (C. Ap., Concepción, 11.7.83, C. Suprema, 21.7.83), AZAGRA HERNÁNDEZ (C. Ap. Concepción, 6.5.83, C. Suprema, 6.7.83), MUÑOZ AMÉSTICA (C. Ap., Antofagasta, 16.8.83, C. Suprema, 31.8.83).

4) Otra restricción, que es cierto apareció sólo al comienzo, en 1977, concernía a los RP entre particulares; pero muy pronto fue abandonada, para pasar a tener pleno acogimiento también entre sujetos de derecho privado e incluso en casos en que uno de ellos aparece como concesionario de obra pública, o de dominio público.

La restricción, sí, que no ha variado es la referente a RP entre particulares cuando disputan sobre obligaciones contractuales, es decir, cuando el acto ilícito que agravia incide en relaciones contractuales privadas⁴; aquí, la jurisprudencia aparece inalterada en orden a sostener que el RP no es el remedio idóneo para resolver tales conflictos, pues para ello están las acciones ordinarias que prevé al efecto el ordenamiento común.

5) Una última restricción que es necesario indicar es la que tiene su origen en la interpretación y alcance de la frase final del inciso 1º del art. 20, al decir "sin perjuicio de...".

No obstante la claridad de los términos del constituyente, expresada en la sesión 216 de la Comisión de estudio de la nueva Constitución, la jurisprudencia ha sido fluctuante, y se requiere de no poca sutileza para poder deducir algunos principios generales al respecto.

De lo que no cabe duda es que no tendrá dificultades el agraviado que recurre de protección como primer remedio para obtener solución a su entuerto; pero podrá tenerlas si primero intenta una acción ordinaria o especial ante tribunal civil, pues si intenta luego un RP podrá encontrarse con que se le diga, para desechar éste, que ya se encuentra bajo el imperio del Derecho al ser tutelado por el tribunal civil. No tendrá igual respuesta adversa si es un tribunal del orden penal al que ha recurrido primero, y luego deduce el RP, pues la jurisprudencia ha entendido que las finalidades son distintas y, en consecuencia, compatibles. Tampoco encontrará respuesta adversa si la acción o recurso ante tribunal ordinario que deduce el agraviado primeramente es contra acto administrativo sancionador, en un procedimiento especial, pues la jurisprudencia también admite el RP posterior, siempre que no haya sido decidido antes aquel recurso.

3. *Algunas dificultades en la práctica del recurso*

Aun cuando no se trate de restricciones a la procedencia del RP vale la pena señalar algunas dificultades que, en ocasiones, es posible advertir en el manejo de ciertos temas por los tribunales.

1) Una de ellas, y que nos parece de gravedad por la iniquidad a que suele conducir, es la incertidumbre de algunos tribunales (Cortes de Apelaciones) para entender lo que es un "procedimiento administrativo", y, en consecuencia, computar el inicio del plazo para interponer el RP. Veces ha habido en que se ha denegado un RP por extemporáneo en atención a estimar agravante un acto-trámite en circunstancias que el acto agravante es el acto-terminal; o en otras, se deniega igualmente el RP por extemporáneo por no entender que si se ha intentado un recurso administrativo, es la decisión que resuelve este recurso el acto terminal agravante y no el acto originario recurrido, y, por lo tanto, el plazo para recurrir de protección se cuenta desde la notificación del acto que decide el recurso administrativo y no desde la notificación o publicación del

⁴ Vid. v. gr., nota a BRAVO BRAVO (C. Ap., Santiago, 31.1.83, C. Suprema, 6.4.83) en RDJ 80 (1983), II.5, p. 28.

acto originario, pues en tal caso el procedimiento administrativo termina con aquél y no con éste ⁵.

2) Otra dificultad que igualmente hemos advertido en el manejo jurisprudencial del RP es la referente al cómputo del plazo de interposición del RP frente a actos ilícitos que perduran en el tiempo, y que ha llevado en ocasiones —muy pocas, es cierto— a iniquidades manifiestas. No debe olvidarse que el agravio puede manifestarse como “amenaza”, como “perturbación” o como “privación”, y, por tanto, ha de atenderse al planteamiento del recurrente para el cómputo del plazo, pues puede muy bien que no reclame por la “amenaza” de un agravio (ya que razonablemente puede creer que va a cesar) y reclame, en cambio, cuando se produzca efectivamente la “perturbación” o “privación” del legítimo ejercicio de un derecho garantizado por este RP. Esto no puede conducir al agraviado a verse denegada la protección solicitada simplemente porque el tribunal estima que debió recurrir cuando había sólo amenaza: ello sería una manifiesta iniquidad, pues significa imponer exigencias abusivas, no previstas ni en el texto de la Constitución ni en la intención claramente manifestada por los constituyentes en sus actas de sesiones ⁶.

3) Una otra dificultad, y grave, es la producida por la aplicación —poco frecuente, es cierto— del inc. 2º del art. 20, en cuanto el RP aparece garantizando el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. El agravio ha sido aquí restringido por el constituyente a sólo conductas comisivas, de acción, y no de omisión. Casos ha habido en que sin entender el texto mismo el tribunal ha creído que la contaminación es una conducta omisiva, confundiendo desastrosamente la desidia en colocar filtros o instrumentos descontaminantes (omisión de un deber legal) con el hecho mismo contaminante, que es siempre acción.

4) Una última dificultad que merece indicarse es la que aparece frente a la existencia de ciertos derechos incorporales que son amagados por actos antijurídicos de terceros y que los tribunales dudan en aceptar que haya un derecho de propiedad sobre ellos. Moviéndose a veces con la dicotomía clásica derechos adquiridos y meras expectativas, que es esencialmente privatista, y no advirtiendo que tampoco es lapidaria la dicotomía derechos reales/derechos personales, ya sobrepasada también por la moderna civilística, suelen presentarse situaciones en que hay derecho de propiedad, y, por lo tanto, procede su garantía a través del RP, y no obstante ello, la jurisprudencia lo ha rechazado en razón de entender que no hay en el caso concreto un “derecho” vulnerado, condición sine qua non para la procedencia de esta acción tutelar ⁷.

⁵ Sobre el problema del momento a partir del cual ha de contarse el plazo para interponer el recurso de protección la jurisprudencia es heterogénea, y habría de distinguirse diversas situaciones, lo que no es posible hacer aquí ahora; entre otros vid. *MITSUMI CHILENA COMERCIAL LTDA.* (RDJ 78 (1981), II.5, 83-90), *PFEFFER PIZZARRO* (RDJ 79 (1982), II.5, 139-144), *BECERRA CUADRA* (RDJ 79, cit., II.5, 95-101), *PIÑA MATELUNA* (RDJ 79, cit., II.5, 135-139); más recientemente vid. *GUTIÉRREZ ESPINOZA* cit. (nota 3 precedente) excelente, *ALVAREZ RIGAZZI* (C. Ap., Valparaíso, 27.5.83, C. Suprema, 7.6.83), y *GODOY CONTRERAS* (C. Ap., Santiago, 22.8.83, C. Suprema, 29.8.83).

⁶ La interpretación correcta ha sido expuesta muy bien en *VERGARA TOLOSA* (RDJ 78 (1981), II.5, 268-271).

⁷ Ello ha sido particularmente frecuente en los recursos interpuestos por alumnos suspendidos o expulsados de universidades; vid. v. gr. ahora último *OLIVOS MARÍN*

4. Hitos memorables que celebrar

Pero frente a estas restricciones o dificultades que hemos referido, merecen igualmente, o más, destacarse ciertos avances notables que ha establecido la jurisprudencia, como asimismo la amplitud de las potestades jurisdiccionales de protección de que ha hecho gala durante estos últimos años.

1) Entre los primeros bástenos citar dos o tres.

1.1. Hito memorable, sin duda, es la amplitud con que la jurisprudencia ha entendido la expresión "El que" con que se inicia el art. 20: todo sujeto, individual o colectivo, sea o no personificado, público o privado; todos ellos pueden ser sujeto activo de la acción, y por tanto, recurrir de protección si se encuentran afectados en sus derechos fundamentales⁸.

1.2. No menos memorable es la afirmación —intervenida en un RP— por la cual la Corte Suprema ha sostenido su plenitud jurisdiccional para conocer del agravio que cualquier sujeto lleve a su conocimiento para pronunciarse en Derecho sobre él, quienquiera sea el agraviante, y sea que haya éste hecho uso de atribuciones regladas o discrecionales⁹.

1.3. De igual modo aparecen notables los pronunciamientos que han emitido en protección los tribunales superiores en orden a repudiar la autotutela ejecutiva de particulares, pretendiendo hacerse justicia por propia mano, y que ha sido también extendido dicho repudio a la autotutela ejecutiva que en ocasiones pretenden ejercer órganos de la Administración del Estado¹⁰.

1.4. También merece indicarse como notable el control que deben hacer los tribunales superiores al conocer de protección —y que hacen normalmente— sobre la apreciación de los hechos, aun cuando se trate del ofensor Administración del Estado; el control sobre los motivos del acto es de ordinaria ocurrencia, sin más excepción que la que impone la propia Constitución en el caso de su art. 41 n° 3, según las modalidades que allí se señalan ("fundamentos de hecho"). Control que puede llevar —como ha sucedido— a estimar desproporcionada una sanción determinada, y dejarla sin efecto, o bien rebajarla, según se estime de justicia¹¹.

(C. Suprema, 26.1.83, en RDJ 80 (1983), II.5, p. 12; CORNEJO MIRANDA (C. Ap., Santiago, 11.4.83, C. Suprema, 18.5.83, en RDJ 80, cit.).

⁸ El planteamiento básico ha sido formulado por la Corte Suprema en ESPINOZA Y OTROS (RDJ 78 (1981), II.5, 92-113). Puede verse también sobre legitimación activa DITZEL Y OTROS (RDJ 78, cit. II.5, 77-83), *Sindicato Interempresa de Trabajadores Futbolistas Profesionales de Chile* (RDJ 78, cit. II.5, 311-317); recientemente vid. *Comisión Administradora del Convenio Judicial Preventivo CRAV* (C. Ap. Santiago, 31.3.83, C. Suprema, 5.5.83, Rol 16.741; EDWARDS VALDÉS (en RDJ 80, 34), y VARGAS MORALES (C. Ap. Santiago, 9.5.83; C. Suprema, 24.5.83).

⁹ La idea básica se encuentra, entre otros, en ROJAS BASCUR (RDJ 77 (1980), I, 109-111) y en *Bolsa de Comercio de Santiago* (RDJ 78 (1981), II.5, 284-288).

¹⁰ Sobre autotutela ejecutiva vid. entre otros BECAS GONZÁLEZ (RDJ 78, II.5, 148-153), CORTÉS PLANAS (RDJ 79, II.5, 8-9), COPAGRO (Fallos del Mes 266 (1981), 485-488), CAUVI TOLEDO (RDJ 78, cit. II.5, 31-34), VERGARA TOLOSA cit., y recientemente RONCAGLIOLO RODRÍGUEZ (RDJ 80 (1983), II.5 en prensa), *Federación de Tennis de Chile* (idem.) y SOUBELET VERA, cit.

¹¹ Vid. v.gr. CERRO SAAVEDRA (Fallos del Mes 263 (1980), 336-345); *Supermercados Almac* (Fallos del Mes 239 (1978), 288-296), y JARA ZUBICUETA (C. Suprema, 21.7.1981, rol 15.055).

1.5. Igualmente notable ha sido el sentido de equidad de nuestro más alto tribunal de justicia cuando observando una iniquidad manifiesta en un acto de un "tribunal administrativo" (constituido por un funcionario del orden administrativo, v. gr. administrador de zona, o director regional, del Servicio de Impuestos Internos) procede por medio de sus atribuciones disciplinarias (art. 79, inc. 1º CP) y anula una sentencia protegiendo por esta vía al afectado, que de otro modo se vería impuesta una sanción —a veces muy drástica— por ilícitos inexistentes o por medio de decisiones pasando por la fuerza de cosa juzgada de sentencias anteriores absolutorias¹². He aquí, en verdad, una primacía muy notable de la justicia, por sobre todo formalismo, y que merece ser destacada.

2) Ya respecto del poder del juez para imponer su decisión (*imperium iudicis*) nada de lo que se diga es poco si se analizan las potestades de decisión e imperio con que el constituyente creyó oportuno dotar al tribunal que conociera de protección: "la Corte de Apelaciones (tribunal competente para conocer de un RP) adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado"¹³.

Como se advierte, el tribunal ha sido dotado de una amplitud decisora tal que puede desplegar toda su imaginación garantística para alcanzar los dos fines inescindibles con que ha sido configurado el RP: restablecimiento del imperio del Derecho y protección al agraviado.

Y es así que podrá como medida de protección anular un acto contrario a Derecho agravante; ordenar actuar a quien debiendo actuar no lo hace y su omisión es ilícita y agravia; ordenar la publicación de un desagravio; dejar sin efecto un protesto de cheque; ordenar demoler una muralla; ordenar no se perturbe el ejercicio de una servidumbre de tránsito; ordenar el desalojo dentro de tercero día de un predio que ha sido invadido sin título legítimo; ordenar a Chilectra que no dé curso a una solicitud ilícita de corte de energía; dejar sin efecto una cancelación de matrícula universitaria; ordenar se extienda patente municipal a un abogado a quien se le imponían exigencias ilegales para su otorgamiento; se deje sin efecto embargo practicado erróneamente por receptor judicial; ordenar se paralice la construcción de una obra en edificio de comunidad que no ha contado con la aprobación de ésta, en bienes comunes; ordenar se permita la entrada en bien común a comunero que había sido impedido de entrar por haberse cambiado la cerradura a puerta de acceso; dejar sin efecto acuerdo de junta de vigilancia de edificio de propiedad horizontal; anular orden de autoridad tributaria que compelia a gerente de banco comunicar antecedentes privados protegido por la garantía constitucional de la privacidad; dejar sin efecto liquidación de cotizaciones previsionales improcedentes; anular procedimiento administrativo disciplinario por adolecer de vicios que atentan contra el principio de la garantía de la defensa; dejar sin efecto orden de autoridad de vivienda y urbanismo que suspendía construcción de supermercado; orden de reponer muros y rejas en inmueble de propiedad pri-

¹² Vid. v.gr. RODRÍGUEZ UGARTE (Fallos del Mes 240 (1978), 324-327), MARTÍNEZ MOREL (RDJ 77, II.5, 27-30), y fallos citados en nota de p. 102 de RDJ 79 (1982), II.5. Ultimamente, NÚÑEZ ROCUANT (C. Ap. Arica, 26.6.83; C. Suprema, 31.1.84).

¹³ Tal fue precisamente el objetivo primordial de los constituyentes; vid. Actas de la Comisión Constituyente, sesión 215, pp. 5, 14 y espec. 25.

vada destruidos por concesionario de obra pública; anular acto edilicio de caducidad de arrendamiento de local en mercado municipal; etc.¹⁴.

Y el tribunal quedará desasido sólo una vez que se ha dado entero, cabal y pleno cumplimiento a lo ordenado por su sentencia; mientras penda su ejecución y reste algo que implique no dar entera protección al agraviado ganancioso podrá siempre éste recurrir al tribunal *a quo* (Corte de Apelaciones) para que imponga su decisión aun bajo apercibimiento de sanciones al remiso (nº 12 del Auto Acordado de 1977), o bien amplíe sus medidas protectoras a fin de dar cumplida satisfacción al recurrente protegido¹⁵.

5. Conclusiones

“Ninguna razón de derecho, ni tampoco de justicia, permite que hagamos más severo, por una interpretación demasiado dura y contra el interés de las personas, aquello que ha sido introducido saludablemente para utilidad de las mismas”, decía Modestino, el último de los juristas clásicos (*Digesto*, 1.3.25).

Como se habrá advertido en esta breve exposición, hay en el RP una visión muy distinta no sólo de lo que es el Derecho, según normalmente se le entiende, sino sobre todo del papel del juez. Este no aparece ya como un mero aplicador de leyes sino como un guardián de la justicia; a él se le ha entregado la salvaguarda del imperio del Derecho, y también ese rol tan fundamental de guardián de los derechos de las personas, como ya la Constitución de 1823 lo disponía de modo tan gráfico en sus artículos 116, 146 y 138, y que fuera olvidado con consecuencias tan dramáticas en el período 1925-1973.

Y es que, valga recordarlo una vez más, si el juez decae en su función primordial de hacer justicia es todo el edificio jurídico y social de una comunidad que se quiebra y desploma, ya que sin justicia en las relaciones entre los hombres jamás podrá haber paz. La paz es obra de la justicia, y el que dice la justicia es el juez, al decir el derecho en el caso concreto. El es de algún modo un “sacerdote” de la justicia, como recordara Ulpiano al iniciarse el *Digesto*: “sacerdos”, el que porta lo sagrado, el que lleva el peso, el que ilumina. Si él falla ¿quién sostendrá el edificio? El es la piedra angular, en último término, de todo el Derecho.

Como cuerpo sin alma es la República sin Derecho¹⁶, fundamento éste de nuestras libertades ciudadanas y fuente de la justicia; pero de nada servirá tener buenas leyes si no son vivificadas por el espíritu de buenos jueces, porque de nada sirve el poder ideal de la ley si no va acompañada del poder real del magistrado. Con razón dirá De Soto, ya en el siglo XVI¹⁷, que “las leyes más sacrosantas sin jueces dignos son frutos cadavéricos de una razón difunta”.

¹⁴ Para los fallos concretos puede verse —y para la sola referencia a recursos recaídos en situaciones en que el agravio proviene de la Administración— nuestro *El recurso de protección*, cit. 410-413.

¹⁵ Vid. HEXAGÓN, queja Nº 337, C. Suprema, 11.5.1977.

¹⁶ CICERÓN, *Pro Cluentio* 53, 146.

¹⁷ *De iustitia et iure*, Lib. III q. VI (en edición del Instituto de Estudios Políticos (5 vol.), Madrid, 1967/68, volumen 2, p. 268, columna 1).