

Nº 191
AÑO LX
ENERO - JUNIO
1992

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

otros fundamentales.

Ninguna explicación podría convencer tampoco, desde un punto de vista de mera razón, que para obtener la libertad provisional por el delito de giro de cheque sin provisión haya que consignar un monto igual al que, en definitiva, determina el sobreseimiento definitivo, al momento de pagarse (art. 22 Ley Cuentas Corrientes, Bancarias y cheques). Las fundamentaciones que se han dado para mantener esa norma -supuesto de no estar derogada- en cuanto al bien jurídico protegido por el delito no convencen, porque entonces no vemos qué caución debería ser exigible en delitos en que los bienes jurídicos defendidos son inmensamente superiores.

4. RECURSO DE PROTECCION. SU IMPROCEDENCIA EN CASO DE CONTROVERSLA DEL DOMINIO

DOCTRINA

El recurso de protección no es procedente en el caso en que ambas partes -recurrente y recurrido- pretenden dominio sobre un mismo bien. El tribunal, por la vía de este recurso, no puede internarse en una cuestión propia de otras acciones de lato conocimiento. El recurso de protección no puede prosperar si el derecho a la pretensión no resulta claramente establecido y ha de dilucidarse en el juicio que corresponda.

Sentencias de la Corte de Concepción, 28 de diciembre 1992, rol 8.917; 13 noviembre 1992, rol 8.801.

COMENTARIO

La doctrina que hemos resumido está contenida en varias sentencias recientes de la I. Corte de Concepción, las que se apoyan en un fallo también reciente de la Excma. Corte.

En todos los casos referidos se ha presentado una persona diciéndose dueño de un predio, para lo cual agrega sus títulos de dominio y demandando a la Corte la protección constitucional en contra de vías de hecho (cercamiento, explotación de bosques, etc...) de que es autor un tercero. En todos ellos, el recurrido se ha defendido pretextando que él dispone de títulos de dominio que justifican sus actos. Uniformemente, la Corte ha resuelto que, en esas condiciones, no cabe el recurso de protección, porque lo que hay allí es una cuestión de dominio propia de acciones ordinarias y no del amparo constitucional que brinda el recurso de protección.

La solución es defendible: para situaciones como aquéllas están las acciones posesorias, o la reivindicación. Pero tiene también sus dificultades.

Desde la aparición del recurso de protección, hace ya quince años, se había venido sentando la tesis que el recurrente no necesita un derecho indubitado para solicitar el amparo judicial. El recurso de protección tiene por objeto -se ha dicho- procurar evitar las vías de facto y mantener el *statu quo*. Una sentencia de la Excma. Corte, de 7 de julio de 1980 (*Rev. de Der.* t. 77, sec. 1a., pág. 53), dic-

tada, precisamente, revocando una de la Corte de Concepción, había sostenido la tesis que "no es óbice para la concurrencia de los antecedentes que justifican el recurso de protección el hecho que el propietario invasor alegue a su vez derecho de dominio sobre el predio ocupado anteladamente por el reclamante, toda vez que este recurso no tiene otro objetivo que el mantener el *statu quo* vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo las acciones de facto que alteren el orden jurídico. Aun en el supuesto de que el reclamante no fuere realmente propietario de la porción del predio que procura proteger el ejercicio de su derecho a través de los actos propios del poseedor es legítimo, mientras no se decida por voluntad de los propios contradictores o por sentencia judicial ejecutoriada a quién le corresponde el dominio de ese sector del suelo". Agregaba la Corte Suprema que el derecho que se invoca para la protección constitucional no requiere ser incuestionable. Esa sentencia había sido calificada por uno de nuestros más ilustres doctrinadores de Derecho Público, de "leading case". (Así, Soto Kloss, "Diez Años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa". *Rev. de Der.* t. 83, 1a. parte, Der. pág. 157 y sgts., nota 7). En ese caso, la Corte de Concepción había desestimado el recurso, justamente porque el recurrente no había demostrado un derecho claro e indisputado y es en contra de esa exigencia que la Excma. Corte se había pronunciado. Esa solución parecía ya indubitada, clara y de tal modo cierta, que gracias a ella habían desaparecido ya de los anales jurisprudenciales las querellas posesorias, puesto que su aparente rapidez y simplicidad cedían frente a la aún mayor celeridad y llaneza del recurso de protección. En sentencia de 10 de noviembre de 1992, recurso rol 8.782 la propia Corte de Concepción acababa de resolver en el caso en que se alega la existencia de una servidumbre no probada, que "el *statu quo* en referencia no puede ser alterado, alegándose un derecho de uso y goce total exclusivo sobre el predio" y que todo ello era sin perjuicio de poder discutirse "en el juicio que corresponda, la existencia o inexistencia de la servidumbre de tránsito". Se mantenía así una situación de hecho, entregándose a una posterior discusión de fondo la real existencia del derecho invocado.

He aquí que, en cierta medida, las sentencias que comentamos vuelven sobre esta doctrina y declaran improcedente la protección constitucional si ambas partes sostienen ser dueñas. A ello tenía que conducir el abuso del recurso de protección y los propios jueces, que le dieron una amplitud tal vez impensada por los constituyentes, restringen ahora su admisión. Es que el recurso de protección está deviniendo, poco a poco, en un juicio ordinario sin tramitación ordenada. Prueba de ello es que ni aun la Excma. Corte que estableció los plazos perentorios para su conocimiento y fallo respeta sus propias exigencias de celeridad.

Esperamos que esta tesis no signifique, sin embargo, la muerte del recurso de protección en materia de derecho de dominio. Son numerosos los casos en que las querellas posesorias no son bastantes para proteger de situaciones de hecho. Estas se consuman con resultados irremediables antes que la querella comience a producir efectos. Otro tanto sucede con los procesos por usurpación. Entonces sólo el recurso de protección, ayudado de la orden de no innovar, parece herramienta eficaz.