

## Examen temporada extraordinaria Respuesta magistral

### PREGUNTAS

1. Explique la diferencia entre lo político y lo jurídico, y responda, con una opinión personal fundada en lo discutido en el curso, si hay diferencia entre el razonamiento jurídico y la argumentación política.

Respuesta. Dada la naturaleza de esta pregunta, no es posible incluir una respuesta a ella en esta respuesta magistral.

2. Reconstruya la justificación **interna** de las sentencias de primera y de segunda instancia de *Salazar con Pilquimán y otros*.

La justificación interna de la sentencia de primera instancia puede ser reconstruida como sigue:

Primer silogismo

PM1. El recurso de protección es un procedimiento cautelar cuya finalidad es dar protección rápida a derechos no indubitados.

Pm1. El derecho alegado por los recurrentes fue impugnado por los recurridos, por lo que no es un derecho indubitado.

Conclusión. El derecho alegado por los recurrentes no es de los derechos cuya protección es la finalidad del recurso de protección.

Observación: esta conclusión es asentada al final del considerando 3°; lo que viene a continuación es fundamentación adicional que es, en rigor, innecesaria (esto está anunciado al principio del considerando 4°: "a más de lo anterior").

### Segundo silogismo

PM2. Conforme al Convenio 169, el Estado de Chile tiene el deber de proteger los derechos de propiedad sobre inmuebles de personas y comunidades indígenas.

Pm2.1. La propiedad es propiedad indígena, perteneciente a una persona indígena.

Pm2.2. La adquisición de la propiedad por el recurrente no sería válida.

Conclusión. El Estado de Chile tiene el deber de proteger la propiedad del recurrido.

La justificación interna de la sentencia de de segunda instancia puede ser reconstruida como sigue:

### Primer silogismo

PM1. El recurso de protección existe para dar protección rápida a derechos constitucionales, entre los cuales está el derecho de propiedad, de acciones ilícitas o arbitrarias que los afecten.

Pm1.1. El recurrente es dueño de la propiedad.

Pm1.2. Las acciones denunciadas por el recurrente y realizadas por los recurridos son acciones ilegales de autotutela que afectan el derecho del recurrente.

Conclusión. El recurso de protección existe para proteger al recurrente de acciones como las realizadas por los recurridos.

### Segundo silogismo

PM2. Para que las acciones de los recurridos pudieran ser (como ellos alegan) ejercicio legítimo de un derecho, es necesario que la propiedad en cuestión fuera tierra indígena.

Pm2. La propiedad no es tierra indígena.

Conclusión. Las acciones de los recurridos no pueden ser ejercicio legítimo de un derecho.

3. Discuta la justificación **externa** de las premisas identificadas en la pregunta 2 e identifique la causa de la diferencia en ambos fallos. Habiéndolo hecho, exprese una **opinión personal fundada** sobre cuál de ambas es correcta.

La Corte de apelaciones, en su sentencia de primera instancia, debe justificar las premisas identificadas. La PM 1 (el recurso de protección tiene la finalidad de proteger derechos indubitados) se justifica por referencia a la naturaleza cautelar del recurso de protección y la diferencia entre el procedimiento de protección y el juicio de lato conocimiento. La idea aquí es que precisamente porque se trata de un procedimiento cautelar (concentrado y breve) no hay espacio para discutir cuestiones jurídicas complejas. Esto ha llevado a la idea (sostenida en la jurisprudencia anterior) de que cuando se trata de un derecho discutido no corresponde el procedimiento de protección, sino un juicio de lato conocimiento.

Habiendo afirmado en abstracto (en la PM 1) esta idea, la Corte debía declarar al derecho del recurrente como un derecho discutido, por lo que el recurso de protección no procedía, y justificar así la Pm 1. La Corte apela al solo hecho de que los recurridos impugnan el derecho, lo que parece insuficiente. Después de todo, si hay un recurso de protección es porque alguna controversia siempre habrá. Lo que debió acreditar la Corte de Apelaciones era que la condición de "discutido" del derecho del recurrente hacía imposible para ella optar por una parte u otra. Por estas razones, la Pm 1 parece estar insuficientemente justificada.

El segundo silogismo de la Corte (los argumentos en los considerandos 4-7) busca apoyar su decisión en el deber del Estado de proteger la propiedad indígena. Ese deber es afirmado en la PM 2, cuya justificación externa

está dada por el texto del convenio referido. Las dos premisas menores buscan asentar de que la propiedad es indígena y que la forma en que el recurrente adquirió la propiedad es objetable. La justificación externa del Pm 2.1 es por referencia al informe de la CONADI y la inscripción de la propiedad en el registro de tierras indígenas, que es una manera normal de acreditar que una propiedad es indígena. La justificación externa de la Pm2.2 está dada por la regulación de la ley 19253, en particular que dispone que no indígenas no pueden adquirir el dominio de tierras indígenas por prescripción, por lo que no podría haberlo adquirido conforme al procedimiento del DL 2695.

La Corte Suprema, por su parte, debe justificar su calificación de las acciones del recurrido como ilícitas (la PM 1 es una afirmación para cuya justificación externa basta la letra de los arts. 19 N° 24 y 20 del texto constitucional).

La justificación externa de la Pm 1.1 (la propiedad del recurrente) está en la sentencia de primera instancia, que da cuenta de que el recurrente es dueño y poseedor inscrito del predio. La justificación externa de la Pm 1.2 se encuentra en los considerandos 7-8; en el primero la Corte observa que las tierras no son indígenas, y sobre ellas los recurridos no tiene derecho. Por consiguiente, sus acciones no son el ejercicio de un derecho que no existe, sino una acción de autotutela. La autotutela (es decir, la acción de un particular para hacerse justicia por su propia mano) es una hipótesis característica de procedencia del recurso de protección, en que el tribunal acogerá el recurso, declarará ilícita la autotutela, y dejará abierta la posibilidad de que el que hizo acciones de

autotutela pueda discutir el derecho que reclama en un procedimiento distinto. Habiendo concluido que la acción de los recurridos es autotutela, se justifica externamente la premisa que la califica de ilícita.

El segundo silogismo busca ratificar la conclusión del primer silogismo. Para que las acciones de los recurridos sean lícitas, una condición necesaria es que la tierra sea indígena. Pero la Corte Suprema entiende que no es ese el caso. MP hay mayor justificación externa, en la sentencia, de la Pm 2. El considerando 7 anuncia que mostrará las razones para afirmar que no se trata de tierras indígenas pero termina afirmando solo cuáles son las condiciones legales para esa calificación, sin referirse al caso concreto. Y el considerando 8 comienza afirmando que no hay propiedad indígena. Aquí es evidente un vacío en la argumentación.

La respuesta debe incluir además una reflexión personal explicando cuál de las dos posiciones es la que es correcta en derecho. Esta Respuesta Magistral no incluye esa parte de la respuesta.

Observación. Muchos estudiantes trataron el caso como uno de antinomias, entre el texto constitucional y la ley indígena. La corte de Apelaciones habría decidido esa antinomia conforme al criterio de especialidad, prefiriendo la ley 19253, y la Corte Suprema, según algunos, habría preferido el texto constitucional por razones de jerarquía y, según otros, habría declarado que como no se trataba de tierra indígena en realidad no había antinomia. Es importante que Uds. sepan que en un caso como este la alegación de antinomia es manifiestamente impertinente, porque si en cualquier caso hay antinomia entre la ley y el

texto constitucional prima indudablemente el texto constitucional. Es decir, la afirmación de antinomia más el principio de especialidad, que según algunos justificaría la decisión de primera instancia, no sirve en la tradición chilena para justificar externamente las premisas respectivas. Como uds. no han tendido todavía derecho constitucional, sin embargo, esta respuesta no fue calificada como incorrecta de entrada, y fue evaluada según el modo en que estaba desarrollada.