

LA PROTECCIÓN AL ACECHO: LAS CONSECUENCIAS DEL ABANDONO DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN*

EDUARDO ALDUNATE LIZANA
Universidad Católica de Valparaíso

1. La acción contemplada en el artículo 20 C.P.R. es, sin lugar a dudas, la innovación introducida a nuestro sistema constitucional que mayor alcance práctico ha tenido, no sólo en cuanto medio de protección para los derechos de las personas, sino también y muy especialmente por sus implicancias en el sistema institucional. Se ha intentado enervar acusaciones constitucionales por este medio; se ha pretendido impedir el ejercicio de atribuciones legislativas del Presidente de la República; se ha desarticulado el sistema de control por parte de la Contraloría General de la República, generándose contiendas de competencia entre este órgano constitucional y las Cortes de Apelaciones, cuya resolución definitiva no se avizora; se ha paralizado o por decir lo menos demorado la aplicación de políticas públicas...en fin, la lista es larga.

2. Llama la atención que, con la amplitud y trascendencia del espectro de elementos de nuestro orden constitucional que han sido afectados por este nuevo instituto¹ - no hayan sido objeto de tratamiento temático a nivel de la propia jurisprudencia de protección, o sólo lo hayan sido marginalmente. Podría argumentarse que la mayor parte de los fenómenos descritos arriba no responden sino a manifestaciones particulares del recurso, y no logran constituir una tendencia que se haga presente al tribunal de protección al momento de analizar el caso concreto sometido a su conocimiento. Este es un buen punto, y quizás en esta parte podría remitirse el tema a un insuficiente debate a nivel científico. Sin embargo, lo que resulta difícil de aceptar es que, sistemáticamente, las cortes de apelación hayan pasado por alto dos aspectos constitucionalmente relevantes y presentes en la mayor parte de los recursos de protección tramitados desde la vigencia de la Carta.

Por una parte, la expansión ilimitada -casi lujuriosa, si se permite una licencia

* Artículo desarrollado en el marco del proyecto FONDECYT N° 1980322.

¹ Sin mencionar el desplazamiento de la correcta ordenación de las acciones judiciales, y el rol sustitutivo que ha venido a ocupar el recurso de protección, frente a las acciones ordinarias, como instrumento de solución de conflictos entre particulares, o bien, frente al vacío de una jurisdicción contencioso administrativa.

que me parece acertada en este caso-, el desborde y la pérdida de todo perfil del concepto del derecho de propiedad, que se alza como principal derecho alegado en sede de protección, y para amparar las más peregrinas situaciones, donde a la luz de la jurisprudencia de protección puede concluirse que ella está aplicando una regla capaz de disolver todo ordenamiento jurídico: cualquier situación, jurídica o meramente fáctica -como el hecho de circular regularmente con un vehículo de transporte público por determinadas calles- viene a ser objeto del dominio y por tanto subsumible en la protección otorgada vía artículo 20 al derecho de propiedad en los términos del artículo 19 N° 24².

Por otro lado, la tendencia -constituye un fenómeno que admite excepciones- a olvidar las más elementales condiciones de un debido proceso al momento de establecer limitaciones o restricciones a los derechos de la parte recurrida, en el caso de que se trate de un particular. Del hecho que se atribuya al recurso de protección un carácter cautelar, y de la procedencia de otros recursos, no se salva la circunstancia que, en la mayor parte de los casos, las sentencias en sede proteccional adquieren un carácter definitivo. Y aunque así no fuera, y aún en los casos en que pudiera aceptarse que las medidas tomadas por la Corte tienen carácter cautelar, resulta difícil aceptar que restricciones tan graves como la prohibición de circulación de un libro como Impunidad Diplomática (Caso Martorell³) puedan decidirse sin garantías procesales mínimas para la parte recurrida⁴. Estas garantías no las otorga el recurso de protección.

Estos dos aspectos deberían al menos haber llamado la atención de los sentenciadores en el manejo de tan magnífica herramienta como puede llegar a serlo esta acción de protección. Sin embargo, y salvo raras excepciones, no se observa a nivel de la judicatura preocupación por este tema.

3. En el marco del proyecto FONDECYT N° 1980322 sobre Reformulación de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito de la jurisdicción constitucional chilena, he entrado al estudio de la jurisprudencia de protección a nivel de su segunda instancia -fallos de la Corte Suprema- en el período que va desde la vigencia de la Constitución hasta el año 1997, desde la perspectiva de los criterios o reglas de interpretación de la Constitución cuya aplicación, expresada o implícita, pueda rastrearse en ellos.

² Cfr. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, FUENTES OLMOS, Jessica: *El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XVIII, 1997, págs. 195 - 221.

³ En este caso, Andrónico Luksic Craig y otros recurrieron de protección pidiendo que la Corte decretara la prohibición de ingreso al país del libro "Impunidad Diplomática", del periodista Francisco Martorell, publicado en la República Argentina, por estimar que lesionaba su derecho a la honra. La Corte no sólo falló en favor de los recurrentes sino que desestimó sin otra consideración la acción que, como terceristas, habían iniciado un grupo de personas en defensa de su derecho a acceder a dicha publicación amparados en el derecho a informarse sin censura previa. El fallo de primera y la resolución confirmatoria de la C.S. pueden leerse en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 90, N° 2, Segunda Parte, Sección Quinta, págs. 164 y ss.

⁴ En el voto disidente del fallo citado el ministro Paillas demuestra cómo la sentencia de protección en este caso llega a introducirse en el ámbito de la jurisdicción penal.

En el contexto de la acción de protección esto implica básica -pero no exclusivamente⁵- dos posibilidades como objeto de interpretación: la interpretación del texto del artículo 20 y sus distintos componentes; y por otro lado la inteligencia que pudiera darse a cada uno de los numerales del artículo 19 alegados en cada oportunidad como derecho transgredido. Tras haber revisado unos cuantos centenares de fallos -al menos de los que se encuentran disponibles para la comunidad científica en las revistas Fallos del Mes y Gaceta Jurídica-, la conclusión es que el enfoque inicial era algo pretencioso. En efecto, no se observa un manejo tópico de los dos aspectos señalados como objetos posibles de argumentación interpretativa en los fallos de los tribunales. La línea argumental predominante en los recursos de protección va por una vertiente de análisis de legalidad en un caso, sin tematizar los tópicos constitucionales de la respectiva garantía o de la misma acción de protección; o bien se restringe al análisis del parámetro constitucional de lo arbitrario, pero sin mayor discusión interpretativa, sobre la base del parámetro de “lo carente de motivo, que responde al mero querer subjetivo o capricho” sin entrar en consideraciones ulteriores.

4. En el presente trabajo se exponen aquellos aspectos que, preteridos por la jurisprudencia, constituyen a juicio del autor las piedras angulares de una acción de protección insertada armónicamente en nuestro diseño constitucional; y se explica cómo la situación actual obedece a la ausencia de un intento sistemático de lectura coherente de nuestra Carta en materia de protección, en particular en relación al sistema institucional y de libertades públicas. Para ello se parte con la reseña de algunos aspectos surgidos en el debate senatorial con ocasión de la contienda de competencia entre Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago, por el conocimiento de una acción de protección deducida en contra de un trámite de toma de razón pendiente ante la Contraloría; y se continúa con un análisis pormenorizado de los tópicos de interpretación relevantes para el texto del artículo 20 C.P.R. que no deberían ser desatendidos y que, de aplicarse, podrían conducir a un resultado radicalmente distinto en el funcionamiento de esta acción constitucional.

LA CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE CONTRALORÍA Y CORTES DE JUSTICIA CON OCASIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN.

5. Por oficio N° 030236 de 09.11.1993, el Contralor General de la República promueve contienda de competencia a la Corte de Apelaciones de Santiago ante el Senado. La causa es la acción de protección N° 2563 de 1993 tramitada ante la C.A. de Santiago en que se pide que el Contralor tome razón de una determinada resolución de la Dirección General de Aguas⁶. Con ocasión de esta contienda se dio lugar

⁵ Por ejemplo, en la medida en que la apreciación de las facultades de un órgano remita al intérprete a un análisis de otras disposiciones constitucionales, como es el caso de la contienda de competencia que se analiza más abajo.

⁶ En la misma contienda el Contralor hace referencia a causas de protección anteriores, en que el tribunal, en un número reducido de casos, le había ordenado tomar razón de actos administrativos que previamente habían sido representados. El año 1988 ya se había plan-

a la discusión más interesante que hasta la fecha se ha producido respecto del alcance de la acción de protección en el Senado.

6. Planteando la contienda, manifiesta el Contralor que no corresponde a la Corte de Apelaciones en sede de protección calificar la actuación del órgano contralor en el trámite de toma de razón. Los principales argumentos dados por el Contralor General, sosteniendo la falta de jurisdicción de la Corte de Apelaciones para conocer de la materia vía recurso de protección, se fundan en la específica competencia atribuida al órgano de control para examinar la legalidad de los actos de la administración, en virtud del mandato constitucional de los artículos 87 y 88 C.P.R. De esta forma, resultaría inaceptable el control de la juridicidad de los actos de la administración por vías distintas a las previstas por la propia Carta, posición que se apoyaría en el principio de separación de funciones que inspiraría al ordenamiento constitucional.

Señala el Contralor la importancia de tener presente estas consideraciones ante un artículo 20 que en principio no limita las autoridades o personas causantes del agravio, en contra de las cuales se puede recurrir. Darle esta irrestricta extensión atentaría contra un principio básico de hermenéutica constitucional, según el cual los distintos preceptos que integran un texto orgánico deben interpretarse de manera que exista entre ellos la debida correspondencia y armonía. De aceptarse en forma ilimitada la procedencia del recurso de protección contra cualquier autoridad, podría llegar a trastocarse todo el orden institucional, ya que no existiría autoridad alguna -ni siquiera la propia Corte Suprema- exenta de la revisión de sus actos por vía proteccional.

Por otro lado, y en relación a la actividad misma de control que realiza la Contraloría, señala que su finalidad es el respeto al ordenamiento jurídico mediante un control preventivo de la juridicidad de los actos de la administración. Si la finalidad del recurso de protección es restablecer el imperio del ordenamiento jurídico frente a una situación anómala, sería inaceptable intentar esta acción cautelar por el hecho de discrepar de la interpretación jurídica en que se fundan los pronunciamientos del órgano contralor.

El Contralor hace presente la pobreza argumental de los fallos que han acogido los recursos en su contra, señalando que ellos no han consignado en sus sentencias consideraciones que desvirtúen específicamente los fundamentos que la Contraloría ha hecho valer.

En cuestión de competencia⁷ acumulada a la anterior, el Contralor añade dos argumentos.

De existir un agravio, éste se produciría con el acto que es objeto de la toma de razón, y no con el control mismo del acto realizado por la Contraloría, por lo que la acción procedería contra éste y no contra el trámite de toma de razón. Por otro lado,

teado cuestión de competencia sobre la misma materia, pero no fue resuelta en su oportunidad por la Junta de Gobierno, al no lograrse la unanimidad en un fallo que, según expresa, resolvía que no correspondía a los tribunales superiores ordenar al Contralor tomar razón de un acto administrativo.

⁷ Oficio N° 018658 de 26.05.1994, con ocasión del recurso de protección rol N° 1407-94 interpuesto en contra de varias autoridades, entre otras el Contralor, por la Compañía de Teléfonos de Chile.

si la jurisprudencia ha aceptado que no cabe interponer recursos de protección en contra de resoluciones judiciales o actos legislativos, el mismo criterio habría de seguirse en el caso del trámite de toma de razón.

7. Los argumentos de la Corte Suprema, rechazando la contienda, se basan fundamentalmente en la ausencia de una limitación contenida en el texto del artículo 20 C.P.R. en cuanto a la autoridad o persona de quien puede emanar el agravio. Las atribuciones del órgano contralor no se verían afectadas por ser la autoridad jurisdiccional independiente, no pudiendo los tribunales excusarse de ejercer dicha autoridad cuando se reclama su intervención según lo dispone el artículo 73 C.P.R.

8. La decisión del Senado de 09.11.1994, acoge el informe y la proposición de resolución de su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, que da lugar a la contienda de competencia, señalando en lo medular que, si bien el recurso de protección puede ser procedente en algunos casos en contra del Contralor General de la República, no es ésta la vía para discutir o impugnar su actuar en cuanto al criterio jurídico sobre el cual reposa un pronunciamiento de toma de razón o representación de un acto sometido a su control⁸.

Para llegar a esta conclusión, la referida Comisión recurre a diversos instrumentos interpretativos.

En primer lugar, revisa los antecedentes presentes en actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, sobre los cuales basa la idea de que si bien la intención fue dar al recurso de protección un carácter amplio, ello sólo tiene el sentido de no excluir a ningún órgano o autoridad de la posibilidad de que sus acciones u omisiones sean objeto de un recurso de protección⁹.

Luego, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁰, y a la doctrina¹¹, señala que la Constitución debe interpretarse como un todo orgánico de

⁸ En los pertinentes considerandos, el informe (se encuentra en Anexo del Diario de Sesiones del Senado, sesión 14^o, Legislatura Extraordinaria, 09.11. 1994., pág. 1452 ss.) señala “7.- Que la conclusión de que no hay autoridad ni órgano alguno exceptuado per se de los recursos de protección, significa que el Contralor General de la República no está excluido de la posibilidad que se interponga un recurso de protección en su contra; 8.- Que de lo anterior no se sigue necesariamente la conclusión de que siempre y en todo caso sean admisibles los recursos de protección que se interpongan contra cualquier acción u omisión del Contralor, por lo que es preciso determinar si el aludido recurso cabe en contra de las decisiones que adopte la referida autoridad en ejercicio de su función de control de legalidad de los actos de la Administración ”. La conclusión va en el considerando 28^o: se da lugar a las contiendas de competencia promovidas por el Contralor “...en cuanto a que la Corte de Apelaciones de Santiago no pudo acoger a tramitación los recursos de protección en que inciden las mencionadas contiendas, en tanto están dirigidos a impugnar las decisiones adoptadas por el Contralor en ejercicio de su facultad de ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración, y no están comprendidos en los casos en que sería procedente, de acuerdo a los criterios precedentemente señalados”.

⁹ Considerando 6^o.

¹⁰ Sentencias de 24.09.1985 y 21.12.1987, considerando 9^o.

¹¹ LINARES QUINTANA, Segundo, *Reglas para la interpretación Constitucional*, CEA EGAÑA, José Luis, *Bases para la Interpretación Auténtica de la Constitución*, considerando 10^o.

tal modo que exista entre sus normas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algún precepto de ella.

Complementa y particulariza esta regla en materia de funciones de los órganos del Estado con referencia a un fallo de la Corte Suprema que expresa que la separación de funciones no es absoluta pero sí de tal naturaleza que cada uno de los Poderes no interfiera ni suspenda las decisiones que son propias y privativas del otro¹², regla que la Comisión también apoya en una cita doctrinal¹³.

Como conclusión intermedia establece el principio que sustentará el discurrir posterior del informe: “...tanto el recurso de protección como el control de legalidad de los actos de la Administraciónson instituciones consagradas en distintos preceptos de nuestra Carta Fundamental, por lo que hay que interpretarlas en forma armónica, de manera tal que, respetando la finalidad propia de cada una de ellas, se evite, al mismo tiempo, toda colisión, interferencia o duplicidad de funciones”¹⁴ y pasa a examinar a continuación la finalidad de ambos institutos.

La conclusión final en este punto es que, en el examen de legalidad realizado por el Contralor, hay ejercicio de una función privativa, y violentaría el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos que se impugnara en este aspecto su decisión¹⁵. Deja a salvo el informe de la Comisión los derechos de las personas que pudieran verse afectadas, ya que cuentan con la posibilidad recurrir contra el acto respecto del cual se ha tomado razón, o en contra de la omisión, si en definitiva ha sido representado¹⁶. Hace explícitas, sí, las hipótesis en las cuales sería procedente un recurso de protección en contra del órgano contralor¹⁷.

Interesante es destacar un último recurso argumental¹⁸ empleado por la Comisión¹⁹, consistente en hacer explícitas las consecuencias que traería aparejadas aceptar

¹² Fallo de 03.05.1965, citado en considerando 11° del Informe de la Comisión.

¹³ De Luz Bulnes Aldunate, *El Recurso de Protección y las Atribuciones exclusivas del Senado y la Cámara de Diputados*, en que señala “si bien el artículo 20 de la Constitución no hace una exclusión de autoridades políticas o administrativas que puedan afectar en el ejercicio de sus atribuciones los derechos y garantías que la Constitución resguarda por dicha disposición, ello no significa que esta acción cautelar pueda dejar sin efecto atribuciones que el propio constituyente les ha otorgado a otros órgano del Estado, pues de sustentar esta tesis estaríamos admitiendo que hay un Poder del Estado que tiene una tuición sobre los otros órganos estatales...”

¹⁴ Considerando 13°.

¹⁵ No sería procedente un recurso de protección para “impugnar la forma en que aquél (el Contralor, N.de A.) ejerce su función de control de legalidad o el razonamiento que sirve de base a su decisión..” Considerando 25°.

¹⁶ Considerandos 15°,16°.

¹⁷ Cuando el órgano contralor actuando al margen de sus atribuciones pretendiere ejercer una función que el ordenamiento jurídico no le reconoce; o si existiese una demora en el ejercicio de sus atribuciones, con la sola finalidad de que se le fije un plazo para evacuar el trámite de toma de razón.

¹⁸ En realidad, el último argumento contenido en el informe es la refutación del argumento basado en el principio de inexcusabilidad esgrimido por la Corte Suprema (considerando 24), pero se excluye del cuerpo de este texto por cuanto la Comisión se ciñe a expresar que este principio no puede ser interpretado de manera ilimitada.

¹⁹ Considerandos 19° a 23°.

la tesis de la procedencia del recurso de protección en contra de la decisión del Contralor de tomar razón o representar un acto administrativo, a modo de argumento por *reductio ad absurdum*.

9. De la discusión de la sala²⁰, que en definitiva concluye en la aprobación del informe por 16 votos contra 8, una abstención y 5 pareos, es relevante destacar las frecuentes opiniones vertidas a la desmesurada expansión sufrida por el recurso de protección, en particular la opinión del senador Hamilton que ve esta evolución como resultado de una desviación de la doctrina jurisprudencial original en materia de interpretación del recurso de protección²¹. La identificación del problema como un problema de interpretación queda expresamente recogida en el siguiente pasaje: “*Lo cierto es que se produce una elephantiasis del recurso de protección debido a un giro jurisprudencial de la propia Corte Suprema que, apoyada en cierta parte de la doctrina, alienta una interpretación del artículo 20 que transforma un “procedimiento de emergencia” -palabras del señor Ortúzar-; “de acción y de resolución inmediata” -palabras del señor Evans- en un recurso corriente, sustituto del contencioso administrativo y de los recursos ordinarios*”²². Más adelante el mismo senador hace alusión al “*furor expansivo en la interpretación del recurso de protección*”²³.

Las preocupaciones por la extensión alcanzada por el recurso de protección resuenan también con claridad en la intervención del senador Fernández: “*En atención a la esencia y filosofía del recurso de protección, creo que lo más lógico es que tratemos de preservar, e incluso acrecentar, su real eficacia, pues no hay manera más fácil de desacreditar o desprestigiar un derecho que permitiendo su uso abusivo o en términos tales que paralice la actividad del Estado, por muy justas que sean las causas que lleven a una persona a plantear dicho recurso. En la medida, pues, en que el recurso de protección produzca esos efectos, caerá en su desprestigio, lo*

²⁰ Esta discusión contiene una interesante controversia sobre el concepto de “contienda de competencias” previsto en el artículo 49 N° 3 de la Constitución, y referencia relativas a la naturaleza jurídica (jurisdicción constitucional) y el alcance (particular) de las atribuciones del Senado en esta materia, que no se tratan aquí por no corresponder al objeto de este trabajo.

²¹ Encabeza su intervención en esta parte el senador Hamilton con la siguiente frase: “Deseo pronunciarme sobre la gravísima distorsión a que una interpretación intemperante de una parte de la doctrina ha llevado al recurso de protección”. La doctrina original a la que alude está contenida en una sentencia de la Corte Suprema de 26 de Mayo de 1980, citada por el senador en su intervención, que según cita, expresaría en su considerando 5°: “El recurso no ha sido creado para solucionar conflictos específicos entre partes, ni entre éstas y la autoridad pública, cuando dicho conflicto se encuentra sometido al conocimiento de tribunales, o a autoridad u organismo correspondiente, aunque en su tramitación y decisión se incurra en actos que puedan ser considerados arbitrarios o ilegales, porque en el asunto, con la intervención de ellos, se encuentra justamente bajo el imperio o la autoridad del derecho, y los actos de aquel modo reprochados pueden ser corregidos por los medios que la ley franquea”.

²² Diario de Sesiones del Senado, Sesión 14, Legislatura Extraordinaria, de 9 de Noviembre de 1994, pág. 1390.

²³ Loc. cit. p.1392.

cual impedirá entablarlo en los casos en que verdaderamente pueda tener lugar y sea necesario interponerlo. Por eso, pensamos que precisar con absoluta nitidez cuándo procede el recurso de protección y cuándo es la propia Constitución la que resuelve esta materia, contribuye a darle mayor vigor e importancia y a que cumpla los objetivos para los cuales fue creado”²⁴. Calificando la labor de la Comisión, el senador Fernández expresa: “...el informe se apoya en una minuciosa interpretación orgánica, armónica y sistemática de la Constitución... . Si el Senado lo hiciera suyo, representaría un pronunciamiento de gran importancia para precisar el justo alcance del recurso de protección, determinando a la vez su vastedad - a la que ninguna autoridad es ajena- y sus límites en cuanto no puede paralizar atribuciones debidamente ejercidas dentro del marco constitucional”²⁵⁻²⁶.

10. En síntesis, puede señalarse que con ocasión de esta contienda de competencia planteada ante el Senado queda demostrada la percepción, adelantada al inicio de estas líneas, de que el recurso de protección ha sufrido un tratamiento inadecuado por parte de los tribunales, los que, en la interpretación que se ha estado aplicando, han hecho de esta acción un instrumento que puede llegar a perturbar el orden constitucional (y entiéndase aquí orden como una recta organización o disposición de las cosas en una cierta armonía, con una coherencia interna). Por otra parte, los argumentos hechos valer por el informe de la Comisión, por la Corte Suprema y por los señores parlamentarios introducen la pregunta de, en qué medida, la presencia o ausencia de ciertas reglas o instrumentos de interpretación son las causantes de este desborde interpretativo.

11. Con fecha 18.05.1999 el Senado resolvió la contienda de competencia promovida por oficio N° 4604 de 08.02.1999 del Contralor General de la República. El caso no plantea novedades respecto de lo expresado precedentemente, salvo una discusión más acabada del concepto de contienda de competencia²⁷, el que no llega a concretarse, sin embargo, en un análisis doctrinario a nivel del informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamiento.

Destaca, por difícil de comprender, el voto particular del senador Diez en esta materia, que, según el informe de la Comisión, sostiene la existencia de una contienda, sin embargo ella no correspondería a la cuestión planteada por el Contralor, sino que en determinar el límite de sus atribuciones, lo que correspondería a los tribunales por la vía del recurso de protección; de tal modo que en el caso la facultad pertenecería a la Corte Suprema y no al Senado. También resulta novedoso el que, en esta ocasión, el informe de la Comisión resultara negativo para la petición del Contralor, revirtiéndose en la sala la recomendación de la Comisión y acogiendo el voto de minoría de su informe por 20 votos a favor, 14 en contra y tres pareos²⁸.

²⁴ Loc. cit. p.1425.

²⁵ Loc. cit. p.1423.

²⁶ En un sentido similar, cfr. la intervención del senador Larraín en la misma sesión.

²⁷ Una de las alegaciones recurrentes en estas controversias es la de que, actuando la Contraloría en una etapa y la Corte de Apelaciones en otra, no se trataría de una contienda de competencia.

²⁸ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 339ª Extraordinaria, Sesión 40ª pág. 4108.

Por último, se planteó en esta oportunidad el tema del alcance de las resoluciones precedentes del Senado sobre la misma materia, habiéndose adoptado tácitamente, por ausencia de un pronunciamiento expreso al respecto, la tesis de la Corte Suprema en el sentido del efecto relativo de las resoluciones del Senado al resolver contiendas de competencia²⁹.

ELEMENTOS A SER CONSIDERADOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20 DE LA C.P.R.

12. En el caso del artículo 20 C.P.R. nos encontramos ante el típico modelo de textos constitucionales que han originado la necesidad de desarrollar una Teoría de la Interpretación Constitucional distinta que aquella vigente en sede del derecho privado. Por una parte, por el carácter así llamado “lapidario” de las expresiones que utiliza, esto es, expresiones sintéticas, detrás de cada una de las cuales se encuentra un conjunto de elementos a ser considerados. Por otra parte, por la ausencia de otros puntos de apoyo en el texto constitucional que aporten luces sobre la interpretación a ser dada a este artículo.

13. Mientras más intenso es el carácter de una disposición constitucional en el sentido recién indicado, más relevancia adquieren en su interpretación elementos que no están presentes en el texto de la misma, que por su propia pobreza no permite una adecuada interpretación, si ella se remite a lo que tradicionalmente se conoce como una «interpretación literal». Dejando de lado la crítica que se hace a este elemento (tomando en cuenta que el tenor literal de una disposición interpretada no puede ser levantado como elemento de interpretación, desde el momento en que constituye el punto de partida de la actividad interpretativa), los argumentos asociados a él resultan del todo fuera de lugar tratándose de la interpretación de la Constitución, en la medida en que ésta difiere, en cuanto norma, de aquellas sobre cuya base se estructura la teoría clásica de la interpretación.

En efecto, dos son las afirmaciones que suelen hacerse asociadas a la interpretación sobre la base del tenor literal de una disposición, sobre la base de reglas previstas en el Código Civil chileno. Por una parte, el que no cabe recurrir al espíritu de una disposición si su tenor literal es claro; por otra, el principio doctrinario expresado en la regla que expresa que, allí donde el legislador no ha distinguido, no resulta lícito al interprete distinguir. Esto lleva a que, en el caso de expresiones generales, como son aquellas que encontramos en el artículo 20, la interpretación sobre la base del tenor literal pueda alcanzar una extensión casi ilimitada. Fácil resulta, a partir de la redacción del artículo 20, concluir que esta acción se otorga a toda persona (y en la interpretación que se ha dado a la expresión “El que...” en concordancia con el encabezado del artículo 19, se ha extendido a las personas jurídicas e incluso se ha llegado a sostener que dentro de éstas, también a los entes públicos), y que no encontrándose restringido quién pueda estimarse causante de la amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de los derechos, se le dé una inteligencia amplísima, que incluye a las autoridades públicas (al Presidente de la República, al

²⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín N° S 377-03, pág. 17.

Senado, a la Contraloría General de la República, en algunos casos a los tribunales).

El sentido de la interpretación sobre la base del tenor literal, entonces, configura un postulado militante dentro de la distribución, relación y control recíproco de poderes al interior de la Constitución, ya que permite extender la potestad de una Corte, conociendo del recurso de protección, a cualquier ámbito, sin restricción o límite alguno. Es importante destacar aquí este efecto político, que altera un esquema de distribución de funciones, poderes o competencias al interior de la Carta, porque es un hecho aceptado ya desde principio de este siglo que toda afirmación en materia de interpretación constitucional implica una toma de posición respecto de los propios poderes que defiende quien la sostiene.

14. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el argumento de interpretación sobre la base del tenor literal es siempre tautológico, en la medida en que sustenta la afirmación sobre el significado de una expresión exclusivamente en una paráfrasis del mismo, sin aportar elementos adicionales. Esto implica en los hechos que el sentenciador se libera de la carga argumental, en la medida en que la referencia al tenor literal de una disposición no explica por qué se le asigna a la misma tal o cual significado, sino que se remite a una reformulación de la misma sobre la base de la competencia lingüística del propio intérprete, cuando más, refrendada en la referencia a un sentido natural y obvio de la expresión apoyado en su significado según la R.A.E.

Este hecho ya fue de alguna manera percibido en la contienda de competencia a la que se ha hecho alusión, en la medida en que se reprocha a la Corte Suprema el no hacerse cargo de ninguna de las argumentaciones aportadas para restringir la procedencia del recurso de protección frente al Contralor General, y remitirse simplemente al principio de ilicitud de las distinciones hechas por el interprete allí donde el legislador no ha distinguido, y al principio de inexcusabilidad del artículo 73 de la C.P.R. que, en este contexto, nada aportaba³⁰.

15. Lo anterior resulta especialmente visible en otro punto mencionado arriba, que ha hecho las veces de portalón abierto a los excesos del recurso de protección. En la mayor parte de los casos en que se ha alegado una lesión al derecho de propiedad, las cortes no han procedido a un análisis acucioso de la extensión de la protección dada por el artículo 19 N° 24, y han subsumido, por la vía de la mera referencia a este artículo, o a su calidad de “bien” incorporal, una serie de situaciones para las cuales resulta muy difícil, cuando no imposible, desarrollar una línea argumental que las permita calificar como “bienes” desde un punto de vista jurídico. En estos casos, la interpretación por la vía del tenor literal abre una puerta de salida de cómodo tránsito al sentenciador, en cuanto le permite señalar que “tal o cual circunstancia.....obviamente constituye un bien” de aquellos protegidos por N° 24 del artículo 19. Sean mencionados aquí sólo dos casos: “Sindicato de Dueños de Taxis Colectivos N° 17 Pueblo Nuevo de Temuco”³¹ -al formar y crear la costumbre

³⁰ Si se discute si un tribunal tiene o no jurisdicción para conocer de una materia, difícilmente podrá argumentarse sobre la base de la inexcusabilidad que tiene como presupuesto que el tribunal haya sido requerido dentro de las materias (negocios) de su competencia.

³¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 30 de octubre de 1992, rol 673-92,

de un determinado recorrido se adquiere un derecho inmaterial (sic) sobre ese recorrido-, y “Cacciutolo Peralta”³², relativo al prestigio logrado en el ejercicio profesional: sobre el derecho inmaterial del prestigio y la calidad profesional se tendría una especie de propiedad.

Como se observa en el ámbito citado en el párrafo anterior, la distorsión -y ampliación del campo de aplicación- del recurso de protección en estos casos sólo es posible por el abandono de las categorías conceptuales tradicionales del derecho, una suerte de vulgarización del derecho que se manifiesta en el lenguaje sobre el cual se construye la interpretación literal: se llega a hablar de ‘derechos inmateriales’, ‘derechos incorporales’, etc.

16. Abandonada la carga argumental de explicar el sentido asignado a una disposición por la referencia gratuita a su tenor literal, y abandonado el campo de la disciplina conceptual de las categorías jurídicas de larga data (como el derecho de propiedad en los ejemplos citados), la función del lenguaje normativo se diluye hasta desaparecer. Toda la función del derecho como lenguaje, como *ratio*, desaparece con él, si este lenguaje pierde su capacidad de contener, de limitar ciertas conductas humanas. Pero esta capacidad de contener está dada, en nuestra concepción del sistema jurídico, por la necesidad de vincular una conducta, a través de un determinado razonamiento, a la norma que la rige, y que se construye, por regla general, sobre la base de un texto³³. Esta es la exigencia material que plantea la racionalidad como elemento fundamental de la idea de Estado de Derecho. Si el sentenciador puede decidir sin dar razones, sin vincular su decisión a una fórmula de lenguaje existente en el mundo intersubjetivo, o bien si el vínculo que establece entre su decisión y la disposición en que dice fundarla es meramente formal (fundamentación aparente), dicha potencialidad del derecho pasa a ser inexistente.

17. En este sentido, puede concluirse que la mera referencia al tenor literal no puede admitirse sin al menos someterla a un examen desde el punto de vista de otros elementos de interpretación. Ellos pueden agruparse bajo dos categorías: aquellos elementos o reglas tradicionales de interpretación jurídica; y por otra parte aquellos elementos que surgen desde la ciencia misma del Derecho Constitucional.

Dentro de la primera categoría está la alusión en el informe de la Comisión citado arriba, y en el debate senatorial, por una parte a la historia fidedigna de la ley, y por otra a una interpretación armónica, sistemática y coherente de la Carta, asociada al principio interpretativo del efecto útil.

18. En cuanto a la historia fidedigna, cabe señalar que, y a pesar de la práctica usual

confirmada por la Corte Suprema el 19 de noviembre de 1992, rol 20.048, en Fallos del Mes N° 408, 19 de noviembre de 1992, pág. 805.

³² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 12 de diciembre de 1994, rol 2244-94, confirmada por la Corte Suprema el 27 de diciembre de 1994, rol 24.257, en Fallos de Mes N° 433, diciembre de 1994, pág. 966.

³³ Nuestro ordenamiento acepta, al menos bajo determinados requisitos, otras dos hipótesis de construcción normativa; aquellas sobre la base de la costumbre, y aquellas de elaboración judicial en el caso de falta de ley que resuelva la controversia.

en nuestro medio, ella no se agota en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. En el caso del recurso de protección, se cuenta además con los intentos de su consagración en forma previa a la crisis de 1973. Pero los aportes más fundamentales no se derivan de los elementos citados en la controversia senatorial, sino principalmente en la constancia de que nació concebido como un modo de dar una protección a otros derechos constitucionales equivalente a la que gozaba la libertad individual y la seguridad personal con el recurso de amparo. Sin embargo, este argumento, más que dentro de la historia fidedigna del instituto, cabe considerarlo como un elemento de Teoría Constitucional, por lo que se tratará más abajo.

19. Lo mismo puede decirse del argumento subyacente a la cita al principio de interpretación armónica o sistemática. Este principio apunta a evitar interpretaciones que den lugar a sentidos normativos contradictorios o incompatibles a partir del texto constitucional. Si se observa cuidadosamente, el objetivo de lograr una adecuada y ordenada distribución de competencias es un argumento válido, pero no se desprende necesariamente de una interpretación armónica. En el caso analizado, podrá ser inconveniente que una Corte de Apelaciones ordene a la Contraloría tomar razón de un decreto o resolución, pero no existe incompatibilidad normativa entre disposiciones constitucionales en esta interpretación. Lo que pasa es que ella atenta al sentido mismo de la Constitución como ordenadora de competencias, al concepto de Carta Fundamental como estructuradora de un orden jurídico político.

20. En una segunda categoría se encuentran argumentos que dicen relación con el análisis del concepto y función de una Constitución y de los institutos contemplados en ella. Se han denominado aquí argumentos de Teoría Constitucional. Dentro de éstos pueden mencionarse como atinentes al tema:

a) El concepto de Constitución como ordenadora de competencias, donde existe como postulado una división de funciones relacionadas entre sí para efectos de su control;

b) La naturaleza del recurso de protección como homólogo del recurso de amparo, para derechos o libertades distintas a las protegidas por éste, y el sentido que en este contexto tiene la noción de restablecimiento de “imperio del derecho”.

21. En virtud del primer argumento (a), deben entenderse siempre los instrumentos de control entre funciones en el sentido de contener los excesos o contravenciones al ordenamiento en que los respectivos órganos puedan incurrir, pero no es dable aceptar que estos instrumentos permitan al órgano de control alzarse, so pretexto de dicho control, con la función controlada y ejercerla por vía sustitutiva. Los casos en que ello se permiten son excepcionalísimos y por ello sólo pueden aceptarse cuando están expresamente previstos, como por ejemplo sucede con la facultad de promulgar una ley dada a nuestro Tribunal Constitucional en el artículo 82 i. XI. En todo caso, no es necesario abundar en este argumento cuando se sigue la línea de reducción al absurdo planteada en el informe de la Comisión y se llega a la conclusión (inaceptable) de que si el artículo 20 no distingue, serían procedente incluso recursos en contra del Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias.

22. Una correcta apreciación de la naturaleza del recurso de protección (b) contribuye a confirmar el argumento anterior.

Cuando surge la idea de crear un recurso o acción cautelar de los derechos constitucionales no protegidos por el recurso de amparo, al parecer se obvia que en la dualidad libertad personal - seguridad individual ya se encuentra comprometida una peculiar estructura garantística³⁴. En efecto, la libertad personal es mucho más extensa que la seguridad individual, y dice relación con la libertad ambulatoria, fuertemente restringida en el pasado (prohibiciones de abandonar la comuna de nacimiento, la necesidad de contar con salvoconductos para transitar por el propio territorio, la prohibición de permanecer o residir en algunos sectores, etc.). En este sentido, se puede afectar gravemente la libertad personal sin privar de libertad (detener o arrestar) a una persona. Pero, y obviamente, la más fuerte lesión a la libertad personal se da en su supresión total a través de la privación de libertad. Es este aspecto puntual de la libertad personal, el que da origen a la garantía de la seguridad individual, que no persigue obtener a todo evento la vigencia de la libertad personal, sino un elemento vinculado a la seguridad jurídica: el que las intervenciones en la libertad personal sólo podrán darse cumplidos que sean determinados requisitos. En otras palabras, la garantía de la seguridad individual, ya sea a rango constitucional, o como remisión de la Constitución a los requisitos legales de la privación de libertad, persigue obtener la definición de un conjunto determinado o en todo caso determinable con certeza en un momento dado, una especie de catálogo o lista, de condiciones para que un individuo sea privado de libertad. En forma sintética: la seguridad individual no asegura a un individuo la libertad, sino que, de perderla, sea 'bien' privado de ella.

En este esquema, el recurso de amparo tiene un objeto acotado: examinar las condiciones en las que una persona ha sido privada de libertad (arrestado, preso o detenido según la nomenclatura constitucional). El examen aquí se remite a un *numerus clausus* de disposiciones ('con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes' se entiende: respecto de los requisitos de la privación de libertad) y la idea de restablecimiento del imperio del derecho apunta precisa y determinadamente a la vigencia de los requisitos para la legítima privación de libertad, cuya satisfacción puede obtenerse en algunos casos incluso permaneciendo la persona privada de la misma. No en vano la misma Carta se encarga de señalar las alternativas vinculadas a dicho restablecimiento: decretar la libertad inmediata del individuo, hacer reparar los defectos legales o poner al individuo a disposición del juez competente.

La conclusión respecto de esta garantía es necesariamente relevante para el sentido que se quiera atribuir al recurso de protección, desde el momento en que conocemos el origen de este último. El restablecimiento del imperio del derecho no apunta a obtener la libertad del individuo que ha sido privado de ella, sino a examinar las condiciones de dicha privación. Y esto inclusive en los casos en que, en definitiva, dicha privación no arroje ningún resultado como podría ser el juzgamiento o la condena. De este modo, el "imperio del derecho" como objeto de la acción de amparo, no apunta a obtener el restablecimiento inmediato y a todo evento de la liber-

³⁴ Esta idea constituye el desarrollo de una noción expuesta en germen por primera vez en el contexto del seminario *16 años de vigencia de la Constitución* organizado por la Universidad Adolfo Ibáñez en 1997.

tad amagada, ni un pronunciamiento de fondo sobre su justificación. Incluso es más, se parte de la base que la privación de libertad e incluso el procesamiento son cargas que tenemos que soportar todos los ciudadanos, aun cuando en la idea de Estado de Derecho³⁵ opera una presunción en nuestro favor. Dicho en otras palabras, “restablecer el imperio del derecho” no implica pronunciarse sobre la vigencia inmediata de un derecho constitucional, ni aun cuando se presume que le asiste al reclamante, sino solamente un pronunciamiento sobre la situación de ese individuo y su derecho, en relación a los requisitos para afectar su derecho y los remedios que pueda hacer efectivos para defenderlo.

23. Esto adquiere especial relevancia como argumento para la disciplina del recurso de protección, ya que remite la jurisdicción del tribunal, no a un examen de fondo sobre la vigencia final del derecho amagado, sino sobre la forma en que se produce una perturbación, privación o amenaza del mismo, y la situación en la que debe quedar el titular del mismo para defenderlo. Así por ejemplo, entre particulares, su efecto sería el equivalente al previsto para los interdictos posesorios, volver o situar a las partes en una posición tal que se desconozcan los efectos de vías de hecho, antijurídicas, o bien se vuelva al orden de cosas previo a su acaecimiento; de tal manera de permitirles recurrir a las instancias ordinarias para la solución de su controversia. No hay pronunciamiento sobre el derecho alegado, pero se vuelve a las partes al amparo del ordenamiento jurídico y a sus posibilidades de solución de controversias.

En el caso de acciones contra actos u omisiones de órganos públicos sucedería algo similar. Así por ejemplo, si lo que se debate es la juridicidad de fondo de un acto dictado por una autoridad competente, en ejercicio de sus atribuciones, de acuerdo al procedimiento previsto para ello, el recurso de protección no debe entenderse como una vía para que la Corte de Apelaciones sustituya el acto de autoridad por la decisión de protección, sino solamente una vía para que el afectado haga uso de sus recursos en las instancias correspondientes.

A quienes argumentan en contra de esta posición indicando que se deja en la indefensión al afectado, cabe preguntar por qué no se cuestiona el mismo esquema presente en el recurso de amparo. En efecto, una vez dilucidada la cuestión formal de la detención, el individuo queda sometido a la jurisdicción competente, y puede sufrir una privación temporal de su libertad que incluso ni siquiera se vea compensada³⁶. Y nadie ha sostenido por esto que la acción de amparo así aplicada implique la indefensión de los individuos.

³⁵ Desgraciadamente, no en nuestra Constitución la que, según se desprende del artículo 19 N° 3 i. VI, permite que la ley presuma la responsabilidad criminal en cuanto sólo se trate de una presunción *iuris tantum*.

³⁶ Sólo en casos extremos el Estado se hace cargo de indemnizar una condena o procesamiento, art. 19 N° 7 letra i) C.P.R.

LAS CONSECUENCIAS DEL ABANDONO DE ELEMENTOS MATERIALES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

24. Arriba se ha descartado que los argumentos esgrimidos en el Senado hayan correspondido efectivamente a una interpretación armónica y sistemática de la Carta. Donde no puede desconocerse, sin embargo, que las cortes de apelaciones han omitido esta regla de interpretación, en muchos casos, es en los recursos de protección tramitados entre particulares.

Dentro de la jurisprudencia estudiada, de más de dieciséis años de vigencia de la Carta, en materia de recuso de protección, se echa en falta la presencia de razonamientos interpretativos que se hagan cargo de estos aspectos del recurso de protección, que aparecen relevantes desde el punto de vista de la Teoría Constitucional. Ello se manifiesta en la expansión descontrolada de esta acción, percibida, como ya ha sido demostrado arriba a nivel institucional. Sin embargo, lo que más llama la atención es que el principal énfasis del problema que presenta esta evolución haya sido puesto en el desorden que trae en el esquema institucional de competencias y atribuciones, y se haya preterido un segundo aspecto, que dice relación con el objeto mismo de la protección.

25. Cuando este recurso se ejerce por un particular en contra de otro particular, necesariamente hay aquí una controversia que puede reducirse a los siguientes términos: una acción u omisión particular ha perturbado, amenazado o me ha privado del legítimo ejercicio de mis derechos. En otras palabras, el ejercicio de la libertad de un individuo produce los efectos que pretendo enervar a través del recurso. La mayor parte de las veces ello sólo será posible si, acogiendo mi pretensión, el tribunal ordena una medida que vaya dirigida contra la libertad del recurrido. Por esta vía se llegan a afectar lo que, a mi juicio, constituyen dos pilares fundamentales del Estado de Derecho: el debido proceso y el principio de responsabilidad.

Se afecta el debido proceso cuando, aun bajo la calificación de una medida cautelar -que sabemos en la práctica se torna casi sin excepciones en la decisión judicial definitiva- la Corte acoge un recurso de protección entre particulares que implique, en alguna forma, una restricción de la libertad de un individuo (o de alguno de sus derechos). ¿Qué contradictorio, qué probatorio, qué período de discusión ha permitido una adecuada defensa de las libertades y derechos del recurrido que la Corte califica de arbitrarias o ilegales? En este punto una interpretación armónica de la Carta necesariamente lleva a limitar la fórmula de aplicación actual del recurso de protección, y a concluir que la jurisdicción de la Corte en este caso debe remitirse a una decisión equivalente al “atrás sin golpes” del boxeo, esto es, poner a las partes en condiciones de solucionar su controversia por medio jurídicamente idóneos.

Por esta vía, entonces, el recurso se transforma en la más feroz amenaza a los derechos de las personas. Si soy recurrido en un procedimiento de protección, sé que pocos serán los medios que me permitan defender mi libertad, y sé también que en la actualidad no será raro que la Corte se pronuncie en definitiva sobre el fondo de mi derecho a tocar batería a las tres de la mañana en días laborales, en el patio de mi casa en una zona densamente poblada. Ciertamente es que este comportamiento tiene algo de bárbaro, pero más barbarie va implícita en que la limitación a mi libertad en ese sentido no pase por un examen jurídico acucioso, que justifique la restricción.

Tras eso, ninguna situación, ningún acto, ninguna omisión, dentro de los límites de tiempo para la interposición del recurso, me da garantía de que no seré entregado a un “proceso” de protección y en definitiva “condenado”, en más de una ocasión de acuerdo al concepto -de tipo pretoriano y no legal- de ‘lo arbitrario’ que tenga la respectiva Corte. Está claro que desde hace mucho se acepta la idea que el derecho de cada uno termina donde empieza el derecho de otro. Pero no es esa la pregunta en un Estado de Derecho, sino a quién se inviste con la facultad de trazar el límite. Y hay una diferencia fundamental entre entregar al juez el definir en concreto ese límite sobre la base de una disposición previamente establecida, y simplemente entregarle la decisión sobre la base de lo que *estime* razonable.

26. Por otra parte, nefasta es la omisión de las cortes de apelaciones, al resolver recurso de protección, de considerar un principio esencial del Estado de Derecho en la interpretación de la disposición del artículo 20 y de las facultades que pueda atribuirse al conocer de dicho recurso.

El Estado de Derecho reposa sobre los principios de libertad y responsabilidad. Dicho en términos simples, los particulares tienen en principio una libertad ilimitada, que sólo encuentra límites cuando expresamente los ha previsto el ordenamiento jurídico, que en este caso los articula como responsabilidad emergente para el infractor de una disposición. Este esquema de una libertad primaria, de límites legales y de consecuencias previstas sólo para el mal uso de la libertad es lo que distingue a un Estado de Derecho de un Estado Policiaco. En el Estado Policiaco, la autoridad se encarga de prevenir el mal uso de la libertad, restringiéndola. El individuo no está esencialmente habilitado para hacer mal uso de su libertad, porque, en general, el Estado realiza una actividad anticipatoria que lo impide. Esta diferencia se ve esencialmente marcada en la estructura de la garantía a la libertad de expresión. En un Estado de Derecho, la libertad de expresión puede ser ceñida a ciertos límites, pero ellos siempre se articulan como responsabilidad posterior por el abuso de la libertad de expresión. La garantía, en el Estado de Derecho, consiste en llegar al espacio de comunicación, para hacer común un pensamiento. Y por ello es de su esencia la ausencia de censura previa, aun cuando dicha libertad de expresión, ejercida, pueda dañar a otros (tal como la libertad en general me permite matar, violar, robar, etc.) En el Estado Policiaco, en cambio, sólo se permite la circulación de aquello que es calificado no dañino, incluyéndose dentro de este concepto aquello que no daña a otros (injuria, blasfemia, etc.). Y para ello el instrumento es la censura previa, la actividad anticipatoria que incluso impide al individuo convertirse en reo de un delito de opinión -porque su idea no llega a difundirse.

Por esta vía, el recurso de protección ha llegado a privar a millones de lectores en Chile del acceso a un libro (*Impunidad Diplomática*³⁷) y a una cantidad no despreciable de adultos de acceder a la película *La última tentación de Cristo*³⁸. La pregunta es ¿bajo qué concepto puede entenderse que esta limitación a la libertad de expresión es concordante con el principio de libertad-responsabilidad posterior, que incluso encuentra consagración positiva en el artículo 19 N° 12 C.P.R.? Sin ni si-

³⁷ Ver nota 3.

³⁸ Ver fallo en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 94, N° 2 Segunda Parte, Sección Quinta, págs. 99 y ss.

quiera mencionar el tema de las condiciones de un debido proceso para los recurridos y, dicho sea de paso, también de todos los destinatarios de dichos productos del espíritu humano, por reprochable que hubiera podido ser considerado tal libro o tal película.

De este modo, la incontinencia del recurso de protección no sólo afecta fundamentalmente el orden institucional en el correcto funcionamiento y articulación de los órganos públicos, y a la garantía elemental del debido proceso. También se encuentra en curso de cambiar nuestra realidad de un ideal de Estado de Derecho a la realidad de un Estado Policiaco. Para ello resulta irrelevante que la actividad anticipatoria y limitante de libertad se realice a través de tribunales. Por una parte, porque sin garantía de debido proceso, la garantía de estar sometido a la jurisdicción de un tribunal no es garantía ninguna. Por otra, porque el tribunal siempre forma parte del Estado, y lo que importa al Estado de Derecho es la libertad del individuo frente al Estado, no sólo frente al Ejecutivo. Las limitaciones a la libertad impuestas por los tribunales sólo se justifican en el Estado de Derecho por su sentido material, como responsabilidad por transgresión al ordenamiento jurídico, y no por su carácter formal de decisiones judiciales.

CONCLUSIÓN

Tras lo expuesto, me parece ha quedado establecida una relación entre elementos de la interpretación del recurso de protección; las consecuencias que ello acarrea para el sistema institucional y los derechos de las personas y la necesidad de reorientar la lectura del artículo 20 C.P.R. (y de sus garantías asociadas) sobre criterios materiales de interpretación constitucional como los señalados.

El abandono de las reglas de interpretación constitucional por parte de los tribunales que conocen de la protección (Corte de Apelaciones y Corte Suprema) permite por una parte la extensión ilimitada de esta acción, ya que posibilita el traspaso irreflexivo de la regla de «no distinción» reinante en el Derecho privado, al ámbito del Derecho Constitucional. La consecuencia es el imperio irrestricto de la protección sobre todos los órganos constitucionales; no hay más «Estado Constitucional de Derecho» con un sistema de distribución y relación de competencias y protección de los derechos, sobre la base de un texto constitucional, sino que solamente pasa a existir un sistema de protección de derechos bajo el artículo 20 de la Constitución y sin contención alguna para la competencia de la Corte que conozca.

Por otra parte, el sentenciador se libera de la disciplina argumental que emana de la Teoría Constitucional, al proceder sobre la base del texto constitucional omitiendo la consideración de todo principio de interpretación constitucional. Es sobre esta omisión que se configura la transgresión del derecho al debido proceso y se modifica radicalmente nuestro concepto de Estado de Derecho, ya que las limitaciones a la libertad individual no dependen de restricciones legales sino que del concepto particular que, de cómo resolver un conflicto o colisión de derechos entre particulares, tenga cada sala de una Corte de Apelaciones. E incluso más, por la vía de protección frente a la amenaza, se acepta la limitación de los derechos de las personas de manera anticipada, a fin de evitar que lesionen los derechos de otros, instaurándose de este modo una suerte de Estado Policiaco Judicial.

Si el lector puede, tras la lectura de este trabajo, establecer el vínculo entre tales consecuencias y el abandono de las reglas de interpretación constitucional, este artículo habrá cumplido su objetivo y explicado su título. El diseño constitucional de la acción de protección admite tanto la práctica que actualmente han desarrollado los tribunales, y que se considera funesta en sus consecuencias, como una aplicación compatible con los principios del Estado de Derecho. Pero eso depende enteramente de los criterios interpretativos que los tribunales asuman en el manejo del instituto previsto en el artículo 20 de nuestra Constitución. De la aplicación de una correcta hermenéutica constitucional por parte de la judicatura depende que el recurso de protección sea un guardián presto a la defensa de los derechos de las personas, y no un guardia al acecho, siempre dispuesto a saquear las libertades públicas bajo el disfraz de una majestuosa y noble función de garantía.