

RECURSO DE PROTECCIÓN, CONFLICTOS POLÍTICOS Y CUESTIONES NO JUSTICIABLES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE PROTECCIÓN

*Manuel Núñez Poblete*¹

Resumen

El presente ensayo expone críticamente la reciente doctrina según la cual, cuando las disputas constitucionales entre particulares se insertan en un conflicto político, el recurso de protección no puede prosperar como herramienta de restablecimiento del imperio del Derecho. Esta doctrina, que supone la desjuridización de un conflicto, es analizada en un doble contexto de evasión de responsabilidades: o de las políticas merced de la judicialización de los conflictos políticos o de las constitucionales mediante la construcción de una versión nacional de las cuestiones políticas no justiciables en materia de derechos humanos.

1. Introducción

Los recientes conflictos políticos nacionales han permitido que se muestre en todo su esplendor un rasgo de nuestra identidad que parece ser transversal a todo el espectro político nacional. Se trata de cierta cultura legalista según la cual la solución de la gran mayoría de los conflictos sociopolíticos pasa por la dictación o la reforma de las instituciones legales. Este rasgo cultural nacional –probablemente exacerbado por el creciente disenso sobre la legitimidad de la carta política– sirve de lugar de encuentro para quienes abogan por el uso intenso y, en su caso, el reforzamiento legislativo de todos los instrumentos normativos que permiten el resguardo del orden público; para quienes

¹ Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Es licenciado en Ciencias Jurídicas por esa misma Universidad y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.

atribuyen todos los vicios del sistema político a la Constitución de Pinochet; para quienes exigen la sustitución de la legislación educacional; o, en fin, para quienes reclaman un trato más justo de la comunidad hacia las minorías étnicas, nacionales o sexuales. El curso natural de esta práctica política –que en lo no resuelto por la ley encuentra siempre su asidero positivo en la Constitución o el Derecho Internacional– empuja a los tribunales a resolver cuestiones para las cuales no han sido diseñados ni para las que los jueces han sido formados, es decir, cuestiones para las cuales el Derecho se ve con creces excedido en sus capacidades. En este proceso, los órganos jurisdiccionales o resuelven legalmente el conflicto político (lo que suele significar que en lo político el problema persiste en su estado de irresolución) o lo devuelven a quien ha debido resolverlo. En esta última hipótesis se inscriben algunas sentencias dictadas por varias cortes de apelaciones durante 2011, mediante las cuales se ha renovado la discusión sobre las llamadas cuestiones políticas no justiciables. Se trata, en particular, de fallos dictados a raíz de recursos de protección intentados con el objeto de poner fin a las denominadas “tomas” de establecimientos educacionales, a través de los cuales emergió cierta doctrina que puede resultar familiar para los juicios de protección, cual es la presunta falta de idoneidad de esta acción constitucional para resolver determinada clase de conflictos. Entre esta clase de conflictos, además de los asuntos propios de juicios de lato conocimiento, se encontrarían los conflictos políticos.

El presente ensayo pretende ofrecer una breve reflexión, a partir de algunas sentencias de protección libradas en el último tiempo, sobre el doble problema que enfrentan las cortes de apelaciones con los conflictos políticos a raíz de los recursos de protección. Por una parte, se pretende analizar un fenómeno que muestra bien el afán –explícito o implícito– de las autoridades administrativas por endosar a los jueces sus responsabilidades políticas y, por otra, el hetedoroxo modo con que los tribunales ofrecen deferencia hacia los conflictos políticos. Previo a ello, se recordarán algunas prácticas que permiten encuadrar ambos fenómenos en nuestro *constitucionalismo real*. Dado su limitado objeto, el ensayo no se hace cargo de la posible extensión de la *cuestión política* a procesos de tutela diversos de la acción de protección. Por lo tanto, lo no justiciable se presenta aquí en una versión reducida que solo equivale a lo no revisable por la vía de la protección. Con todo, como se verá más abajo, la ineficacia de los remedios procesales legales bien puede significar que lo no justiciable en sede de protección no sea muy distinto de lo no generalmente justiciable.

2. El recurso a la ley y a la justicia como medio de despolitización de los conflictos políticos

La conducción de los conflictos políticos a través de la ley y de los jueces no es un fenómeno aislado. La imagen del parlamentario o del funcionario de Gobierno tras la ventanilla de un tribunal, presentando una querrela o un acción de protección es frecuente en los telediarios y un síntoma de lo que bien podría considerarse como una enfermedad del sistema político. Esta patología consiste en trasladar el poder de gestión y decisión política hacia quien no ha sido instituido con el fin de gobernar (el Poder Judicial) y en cumplir las funciones constitucionales de gobierno o de fiscalización política a través de un medio impropio, esto es, el procesal. Mediante esta práctica, la autoridad política pretende una de dos cosas: (i) o renunciar a la política y a sus métodos, o (ii) disfrazar y continuar el debate político bajo un ropaje legal. El primero de estos propósitos revive la desconfianza hacia la política heredada de nuestro pasado autoritario, se expresa en una atávica aversión hacia el sustantivo-adjetivo de lo político y sustituye, parafraseando a Crick,² el *subjuntivo* propio de la política por el *imperativo* del Derecho. El segundo de estos propósitos es menos ingenuo, por cuanto evidencia la intención positiva de abandonar un deber y despojarse de las responsabilidades, políticas y legales, propias del cargo. En efecto, el desplazamiento de la conducción del problema hacia los palacios judiciales –además de configurar una posible juristocracia de la que más tarde todo el mundo se quejará– desnuda el problema de su cariz político y libera a los agentes gubernativos y legislativos de sus responsabilidades y deberes.

Un buen ejemplo de esta práctica podría representarlo el reciente proyecto de ley que *establece medidas en resguardo del orden público*,³ particularmente en aquella parte en que traslada a la legislación penal común ciertos tipos penales usualmente contenidos en la legislación especial (la Ley de Seguridad Interior del Estado) y que solo pueden ser perseguidos a requerimiento de la autoridad política.⁴ Por el hecho de politizar la persecución de delitos comunes, por desvestir de su condición política la persecución de delitos especiales, por penalizar conductas que lindan con el ejercicio de un derecho constitucional y por proponer la revisión de la legislación en el que no parece ser el

2 Crick, Bernard, *En defensa de la política*, trad. M. Zorrilla, (Tusquets) 2001, p. 164.

3 Boletín número 7975-25, fortalece el resguardo del orden público. A la fecha en que se cierra esta edición el proyecto se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

4 Ver artículo 26 de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado.

momento más propicio para la deliberación legislativa, el proyecto en cuestión ha sido objeto de numerosas críticas, varias de las cuales se han dirigido, precisamente, a la relación entre lo político y lo no político en la persecución de las conductas que atentan contra el orden público.⁵

En el plano judicial más particular, es posible observar algunos ejemplos abultados de judicialización de conflictos sociales frente a otras muestras más finas del modo de huir de las responsabilidades políticas. Evidencia de lo primero es el largo e infructuoso camino recorrido en los tribunales, particularmente en aquellos con competencia en lo penal, con ocasión del conflicto territorial mapuche. La invocación de los amplios tipos de la Ley Antiterrorista o de la Ley de Seguridad Interior del Estado no solo han sido inútiles para detener un conflicto que se arrastra por décadas, sino que han sido terreno fértil para poner en crisis los principios del debido proceso y de justo tratamiento a las demandas territoriales de los pueblos indígenas. Prueba de lo segundo es la práctica política que se observó durante las últimas catástrofes. A la conocida aversión de la autoridad civil para recurrir a la legislación de emergencia (artículos 39 y siguientes de la Constitución y Ley N° 18.415) se unió la curiosa pretensión de conducir las emergencias naturales a través de la intervención de los tribunales. Hace algunos años, la disputa que originó la negativa de algunos habitantes de Chaitén a abandonar el poblado tras la erupción de un volcán llevó a la autoridad política a echar mano de los jueces para desalojar un pueblo por la vía de una orden de no innovar concedida en un proceso constitucional de protección. Poco importa que la autoridad política haya perdido la instancia,⁶ pues el objeto del proceso fue satisfecho con una orden de no innovar que reemplazó todo el diseño constitucional de las emergencias por una medida cautelar que no impone ninguna responsabilidad al Estado ni reconoce ningún derecho a los desplazados. De esta forma, el indelegable poder y responsabilidad –política y civil– que la Constitución atribuye a la autoridad de gobierno en caso de catástrofes naturales fueron abandonados por la propia autoridad que, desvistiendo el conflicto de su naturaleza política, lo transformó –con la anuencia de la Corte de Apelaciones de Puerto

5 Ver Hernández, Héctor, “Protesta social y Derecho penal”, en *El Mercurio Legal*.

6 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 102-2008, 5 de junio de 2008, *Galilea Ocón en favor de la vida de toda persona natural que se encuentra en un perímetro de 30 km. cercano al Volcan Chaitén y sus alrededores de la comuna del mismo nombre, provincia de Palena*, fallo confirmado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Rol 3382-2008, 3 de julio de 2008. Este litigio fue seguido por otro, esta vez interpuesto por los residentes de Chaitén en contra de las autoridades de gobierno, ver Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 47-29, 19 de marzo de 2009, *Moraga Carrasco y otros c. contra de don Edmundo Pérez Yoma, Ministro del Interior de la República de Chile y otros*.

Montt— en una cuestión legal justiciable por la vía de la tutela proteccional. En otras palabras, el poder de decisión sobre la excepción es trasladado hacia el supuestamente aséptico campo de las decisiones judiciales sobre la legalidad, desmantelando todo el sistema de deberes y responsabilidades de la autoridad política y, de paso, atribuyendo el poder *schmittiano* más puramente político a los tribunales de justicia.

Un efecto similar se produce cuando quien ejerce la acción de protección es el particular que reclama la modificación de una política pública sanitaria,⁷ la dictación de una ley⁸ o incluso la revisión de una decisión de la más alta esfera de la política,⁹ por mencionar tres de numerosos ejemplos. Sin embargo, entre estas hipótesis y las anteriores existe una notable diferencia en la causa, pues al particular no le es exigible renunciar a ningún medio legal, por inidóneo que este sea, para obtener la satisfacción de sus pretensiones políticas. El caso es, entonces, distinto al que aquí se quiere destacar, pues el recurso particular a la vía judicial no altera el diseño ni el fin del juego político. En cambio, cuando es el Estado quien se sirve del proceso para enfrentar un problema político, la tutela judicial se transforma en un pretexto para escapar del cumplimiento de los deberes propios del cargo.

3. Algunas formas de despolitización y desjudicialización de los conflictos políticos

La reciente práctica del recurso de protección ofrece ejemplos en que se entremezclan dos formas de hacer política: la política judicial de autorrestringir el ejercicio de la jurisdicción y la política gubernativa de conducción de los conflictos políticos. Entre la variedad de fallos del último tiempo, quisiera detenerme en aquellos que reducen la eficacia de la acción de protección cuando supuestamente el conflicto que ella pretende remediar tiene el carácter de

7 Así por ejemplo, el inicio de la conocida saga de fallos sobre la píldora del día después: Corte de Apelaciones de Santiago, Roles acumulados 850-2001, 1579, 1676 y 1737-12001, 28 de mayo de 2001, *Philippi Izquierdo y otros c. Instituto de Salud Pública y otros* (rechazado), revocado por la Corte Suprema, Rol 2186-2001, 30 de agosto de 2001; el caso de los enfermos de VIH, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3025-2001, 28 de agosto de 2001, *Rojas Vera y otros c. Servicio de Salud Metropolitano Oriente y otros*, (acogido), revocado por Corte Suprema, Rol 3599-2011, 19 de octubre de 2011.

8 Ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 294-2007, 6 de julio de 2007, *Ulloa Guzmán y otros c. Honorables Señores diputados Claudio Alvarado y otros* (rechazado), confirmado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Rol 3975-2007, 18 de octubre de 2007.

9 Paradigmáticamente, el caso *Cereceda Bravo*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Roles acumulados 45-93 y 48-93, 25 de marzo de 1993.

político y cuando, en el contexto señalado, la disputa enfrenta a particulares. Me refiero específicamente al criterio sostenido por algunas cortes para resolver los recursos de protección intentados para poner fin a las ocupaciones forzosas de establecimientos educacionales. Se trata del criterio sostenido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta para rechazar un recurso deducido contra el Presidente de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Calama y Alcalde de esa misma comuna por las omisiones en que este habría incurrido al no realizar las gestiones necesarias para que se depusiera la toma que afectaba a varios liceos de Calama. El argumento central del fallo de la Corte se resume en su motivo 14°, que sostiene que el conflicto es “de naturaleza política y no jurídica, controversia acerca del derecho”, por lo que “es en este ámbito en que procede darle la debida solución y no en sede jurisdiccional como se pretende en este caso en que están involucrados estudiantes, padres, apoderados y autoridades municipales y de gobierno, tanto provincial, regional o nacional”.¹⁰

En su expresión más pura, esto es, desvinculado el argumento de otras razones concurrentes que también explican el rechazo de la protección (como lo es, por ejemplo, la existencia de denuncias policiales que impedían el acogimiento de los recursos),¹¹ el argumento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta es posteriormente reproducido y perfeccionado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que consideró “que estamos en presencia de un conflicto de naturaleza política, siendo ese el ámbito en que procede darle la debida solución y no en sede jurisdiccional como se pretende en este caso en que están involucrados estudiantes, padres, apoderados y autoridades municipales, de gobierno, tanto provincial, regional

10 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 578-2011, 29 de septiembre de 2011, *Wendy Contreras y otros c. Esteban Velásquez*. El considerando 16° añade: “Que, además, dada la naturaleza política del conflicto del que son parte estos estudiantes, del que estas tomas son una manifestación, conflicto político de carácter nacional, y dado que éste tiene como actores principales a los estudiantes y al Gobierno, representado por el Ministro de Educación, su solución escapa del ámbito, entre otros, de sus sostenedores, toda vez que ha sido la acción de los mismos y, por consiguiente, del servicio que prestan, de manera que no necesariamente la actitud imputada y reprochada a los recurridos podrían constituir eventualmente el origen de la privación o perturbación que se ha reclamado y, considerando la dimensión y el origen del conflicto que desborda las actitudes individuales de las autoridades, se hace procedente eximir el pago de las costas a los recurrentes”.

11 Corte de Apelaciones de Arica, Rol 287-2011, 29 de septiembre de 2011, *López c. Valdebenito y otros*, con voto en contra por acoger la acción.

y nacional”,¹² añadiendo que “dada la naturaleza política del conflicto del que son parte estos estudiantes, del que estas tomas son una manifestación, conflicto político de carácter nacional, y observando que este tiene como actores principales a los estudiantes y al Gobierno, representado por el Ministro de Educación, su solución debe ser acordada por quienes intervienen en el conflicto”.¹³ El caso resuelto en Valdivia era ligeramente distinto del fallado por la Corte nortina pues el recurrente era el Municipio y los recurridos, un grupo de estudiantes que había ocupado parte de los recintos educacionales del municipio.

Aunque durante el mismo año hubo decisiones de tribunales de alzada que se pronunciaron en sentido contrario al apuntado,¹⁴ lo que interesa aquí es reflexionar sobre las proyecciones que la vieja doctrina de las cuestiones no justiciables tiene en materia de protección de derechos fundamentales cuando el conflicto se da en un contexto de conflicto político o social. Esta doctrina encuentra sustento teórico en el derecho comparado¹⁵ y ha sido fina y exhaustivamente meditada por la doctrina nacional en su efecto excluyente de la potestad revisora de ciertas actuaciones de los poderes públicos.¹⁶ En el contexto de los fallos recién reseñados y de los conflictos políticos del último bienio, esa doctrina encuentra un precedente inmediato en la decisión que, a fines del año 2010, dictó la Corte de Apelaciones de Valparaíso para resolver el recurso de protección *Sociedad Hotelera Interamericana (Chile) S.A. c. Intendente de la V Región y otros*.¹⁷ En esa oportunidad, la Corte porteña funda-

12 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 412-2011, 18 de octubre de 2011, *I. Municipalidad de La Unión c. Estudiantes Liceo B 12 y Colegio de la Cultura*, considerando 7°.

13 *Ibid.*, considerando 8°.

14 Acogiendo el recurso intentado por un Alcalde por vulneración de la propiedad y atendido el “carácter extraordinario, de emergencia” del instituto procesal que “pretende remediar pronta y eficazmente los efectos lesivos de un actuar ostensiblemente contrario al ordenamiento jurídico o carente de fundamento o caprichoso, reparándose así el amago provocado a derechos o prerrogativas derivadas de situaciones ciertas y definidas” (considerando 8°). Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 583-2011, 10 de enero de 2011, *Bernardo Berger c. Liceo Armando Robles y otros*. En sentido similar, aunque acogiendo parcialmente, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 460-2011, 14 de septiembre de 2011, *Carolina Sanguesa c. Liceo Viña del Mar y otros*.

15 La *political question doctrine* se desarrolló con ese nombre en Estados Unidos a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema federal (*Baker v. Carr*, *Flast v. Cohen*, *Powell v. McCormack* y *Nixon v. U.S.*, entre otros). El estudio canónico sobre esta doctrina sigue siendo Scharpf, Fritz, “Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis”, en *The Yale Law Journal* 75/4, 1966, pp. 517-597. Ver la obra colectiva Mourrada-Sabbah, N. y Cain, B. (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of United States*, (Lexington Books) 2007.

16 Zúñiga, Francisco, “Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las ‘cuestiones políticas’”, en *Ius et Praxis*, 14/2, 2008, pp. 271-307.

17 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 343-2010, 11 de noviembre de 2010, *Sociedad Hotelera Interamericana (Chile) S.A. c. Intendente de la V Región y otros*.

mentó el rechazo de la acción interpuesta para desalojar la toma de un predio particular¹⁸ reclamado por un Clan del pueblo Rapa Nui en dos órdenes de razones: la existencia de procesos civiles y penales que permitían a otros tribunales “abordar estas cuestiones con mayor propiedad y conocimiento de causa” (considerando 5°) y el carácter político del conflicto que hace que sean “otras las autoridades encargadas de encausar de alguna forma la problemática planteada” (considerando 6°). Aunque la Corte Suprema eliminó estos fundamentos en el recurso de apelación,¹⁹ por estimar suficiente el argumento según el cual el asunto ya se encontraba sometido al imperio del Derecho,²⁰ no hubo una explicación más profunda acerca de los supuestos efectos que un conflicto de naturaleza política sobre la jurisdicción de protección. En efecto, para la Corte Suprema, el Intendente recurrido ya no podía decretar ninguna orden desde que el asunto se encontraba investigado por el Ministerio Público, como tampoco era admisible la acción cautelar contra los particulares “porque en contra de quienes han ocupado el Hotel se ha sustanciado la investigación a que dio origen la querrela presentada por la sociedad recurrente y que ha motivado la solicitud de audiencia de formalización”.²¹

La variación que ofrecen los fallos de las cortes de Antofagasta y, especialmente, de Valdivia radica en el hecho que la cuestión política, como argumento expresivo de una presunta deferencia judicial hacia el resto de los poderes del Estado, se extiende ahora a conflictos que conciernen a particulares y donde el objeto de la pretensión no es tanto la revisión de un acto u omisión de un órgano público como la corrección de la actuación de un particular o, en general, la corrección de las formas de ejercicio de la actividad política de parte de los ciudadanos. De allí entonces que ellas sirvan como buen pretexto para reflexionar sobre dos de las anomalías que

18 La regularidad de la apropiación privada inmueble en la Isla es discutible a la luz de la legislación especial aplicada a ese territorio nacional y a las obligaciones internacionales del Estado de Chile conforme con el Convenio núm. 169 de la OIT. Sin embargo, lo que se discutía era la legalidad de la vía de hecho a partir de la apariencia de buen derecho de los propietarios inscritos.

19 Corte Suprema, Rol 8996-2010, 14 de enero de 2011.

20 Consta que en al menos tres procesos civiles se dio la razón a la sociedad recurrente sobre la propiedad del predio inscrito. Se trata de: a) querrela de reestablecimiento, acogida a favor de la Hotelera Interamericana por sentencia del Primer Juzgado Civil de Valparaíso, Rol 1261-2011, de 25 de febrero de 2011, *Sociedad Hotelera Interamericana (Chile) S.A. c. Eddie Tuki*; b) denuncia de obra nueva rechazada por sentencia del Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua, Rol 2568-2007, *Diana Eliana Hito Hito con Sociedad Hotelera Interamericana Chile S.A.*; y c) acción reivindicatoria rechazada por fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1523-2010, 16 de agosto de 2011, que confirmó parcialmente la sentencia del Primer Juzgado de Letras de Isla de Pascua, Rol 2606-2008, de 10 de agosto de 2010, *Diana Eliana Hito Hito c. Sociedad Hotelera Interamericana Chile S.A.*

21 Corte Suprema, Rol 8996-2010, 14 de enero de 2011, considerando 9°.

se comentaban al principio de este texto: la incorrecta judicialización de las cuestiones políticas y la también incorrecta desjudicialización de los conflictos jurídicos.

a) Un incorrecto intento de despolitización de un conflicto: Crítica al ejercicio “procesal” de atribuciones puramente políticas

Nadie duda que el conflicto educacional es de naturaleza política. Que también lo sea el acto procesal de intentar una acción de protección a favor de unos estudiantes podría ser dudoso si el recurrente no fuese quien tiene en sus manos las capacidades de conducir el conflicto sin recurrir a los tribunales de justicia. En efecto, de una parte, el primer deber de la autoridad administrativa consiste en buscar el arreglo dialogado del conflicto de forma tal que, cuando esa vía política falla, se abre otra, también política, que consiste en recurrir al uso de la fuerza. Para optar por esta última vía, el recurso a los tribunales, merced del recurso de protección o de cualquier otra acción, no se justifica sino cuando el órgano policial se niega injustificadamente a ejercer sus atribuciones. No dándose esta última circunstancia, la práctica edilicia de recurrir a la justicia para solicitar el desalojo de los establecimientos ocupados no deja de ser otra muestra del arraigado hábito de endosar a los tribunales las responsabilidades políticas que les son propias. Y, en el caso de las llamadas tomas, la decisión política consiste en optar por el desalojo o simplemente, y por las razones que sea, en descartarlo. En efecto, a la luz de la normativa vigente no parece haber impedimento alguno para que la autoridad administrativa solicite directamente la intervención de la fuerza pública haciéndose responsable –en lo legal, lo administrativo y especialmente en lo político– por las consecuencias de haber o no solicitado esa intervención. Y, dado que las tramitaciones judiciales también representan una forma de ganar tiempo, no pocas veces la vía judicial es el instrumento escogido para encubrir la decisión exactamente contraria. Por todo lo anterior, el ejercicio de las acciones de protección solo encontraría sustento en caso que las fuerzas de orden se negasen a asegurar el acceso a los inmuebles educacionales, por lo que el primer agravio es la omisión de la propia autoridad municipal o rectoral.

b) Una forma errada de politizar el conflicto: Crítica a la extensión de las *cuestiones políticas* a ciertos procesos de protección

Distinto es el caso del particular que recurre a la justicia para obtener de esta lo que la autoridad política o administrativa le ha negado. En esta situación, la pretensión procesal no pretende desviar el cumplimiento de ningún de-

ber sino solamente actualizar el mandato constitucional de restablecimiento del imperio del Derecho. Naturalmente, habrá también casos en que el particular utilice esta vía para avalar su decisión con la autoridad de una sentencia, pero, cualquiera que sea la intención del actor, no cabe a la autoridad judicial responder con el “ocúrrase ante quien corresponda” que es propio de las decisiones sustentadas en la doctrina de la cuestión política. En efecto, si bien nuestros tribunales aciertan en calificar como políticos los conflictos estudiantiles y en negar la idoneidad de la acción de protección para remediar ese problema, yerran en abstenerse de calificar la juridicidad de una conducta y de disponer del remedio urgente que sea necesario para restablecer el imperio del Derecho. En efecto, a menos que las cortes propongan una completa reinterpretación de la libertad de reunión y del derecho de propiedad (algo que, hasta la fecha, tampoco se ha hecho), una decisión dirigida a declarar la ilegalidad y arbitrariedad de un hecho como los denunciados en las protecciones que aquí se han comentado no pareciera perseguir más que civilizar –mediante su cauce legal– los instrumentos de la acción política. Ese intento civilizador consiste precisamente en querer dominar, aunque sea mediante fallos que no se cumplan, el uso de la fuerza como medio de deliberación en tiempos en que razonablemente se puede hablar de la vigencia de un estado de Derecho. Por eso, recurrir a la escurridiza o “indomesticable” doctrina del hecho político no revisable por la vía proteccional no parece hacer justicia a la idea de jurisdicción deferente: los jueces, lejos de decir *qué* debe decidirse políticamente, tienen plena jurisdicción para fallar acerca del *cómo*. Y como todos los conflictos donde se discute acerca de uso de la fuerza se refieren a los procedimientos, no hay aberración ni imprudencia alguna en sostener y defender el deber inexcusable de los jueces de ejercer su ministerio tutelar guardando entera deferencia hacia el *qué*, pero sin renunciar a pronunciarse acerca del *cómo*. Renunciar a calificar este último elemento implica sostener, aunque sea implícitamente, que la deliberación y la acción política no están sujetas a reglas o que –parafraseando un influyente estudio sobre los jueces y la política– por principio ellas están desvinculadas de cualquier principio.²² Por eso, fundamentar la negativa de una decisión de protección en el supuesto carácter político del conflicto sin explicar por qué el litigio se centra en el *qué* y no en el *cómo*, es una forma de desnaturalizar el correcto deber de deferencia que debe el

22 Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, (Yale University Press) 1986, p. 186.

juez hacia las potestades de los otros poderes públicos o, cuando se trata de particulares, hacia la autonomía individual.

Podría pensarse que el recurso al argumento del hecho político no torna la cuestión en no justiciable (o solo lo hace provisionalmente) desde que existen otras vías de tutela ordinaria. Esta sería una buena razón si el modo de presentación del argumento se limitara a la acción de protección (lo cual, sin embargo, no sucede) o si esas otras vías ofrecieran al afectado un remedio rápido y sencillo, para utilizar la terminología de los instrumentos internacionales. Pero se sabe que ello no es así, no solo por el dato normativo según el cual la acción de protección procede “sin perjuicio” de otras acciones legales, sino porque esas otras acciones no son equivalentes en rapidez y sencillez procesal.

Las consecuencias de esta forma de comprender el sentido de la propia jurisdicción son diversas. Más allá de las credenciales de legitimidad y de legalidad que prestan a una mal entendida libertad de expresión y de reunión, decisiones como las reseñadas contribuyen al trastorno de la política mediante la renuncia a controlar la legalidad y racionalidad de actos de naturaleza política que afectan el ejercicio de otros derechos constitucionales. Este raciocinio, por otra parte, desafecta al recurso de protección de sus orígenes, precisamente como instrumento de intervención judicial de urgencia sobre procesos de lucha política,²³ y añade otra razón para quienes promueven su sustitución a favor de acciones legales de tutela de derechos constitucionales (laborales o de no discriminación, por mencionar dos ejemplos abultados) ante jueces inferiores. Sin entrar a analizar si este último juicio es correcto o incorrecto, lo cierto es que estas formas de autorrestricción en materia de acciones constitucionales radicadas en los tribunales superiores han conducido a su entera sustitución (como fue el caso de la inaplicabilidad) o a su virtual desaparición (como es el caso de la acción configurada en el art. 19.7 letra i de la Constitución). No es, por tanto, descartable que el final de la acción de protección pase por el fortalecimiento de remedios de emergencia ante jueces de primera instancia que, en todo caso, también habrán de lidiar con conflictos políticos y con la esquivada doctrina de la deferencia hacia las cuestiones políticas.

²³ Ver Soto, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Ed. Jurídica de Chile) 1982, p. 23 y ss.; y, con énfasis en la litigación contra la Administración, Bordalí, Andrés, “El recurso de protección entre exigencia de urgencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho* (Valdivia) XIX/2, 2006, p. 208 y ss.

4. Epílogo: La cuestión política, los litigios de derechos humanos y futuro de la acción de protección

En cierto sentido, toda disputa sobre derechos humanos es una cuestión política. En la medida en que en un litigio permite el enfrentamiento a partir de pretensiones contrapuestas sobre la carta fundamental, donde no pocas veces el juez será otro más de los adversarios, es posible afirmar que el proceso constitucional es, como la guerra, la continuación de la política por otros medios. De allí que la doctrina de la deferencia judicial hacia las cuestiones políticas tenga una explicación más que suficiente en la necesidad de no sustituir las decisiones propias de la prudencia política por las decisiones legales de la jurisdicción. Sin embargo, llevada al extremo y extendida a los remedios constitucionales de emergencia –especialmente cuando estos sirven para la defensa actual de los derechos de los particulares frente a situaciones irremediables a través de los procedimientos ordinarios–, la doctrina de la deferencia transforma la prudencia en vicio y genera lagunas de control difícilmente conciliables con la idea de Estado de Derecho.²⁴

Los peligros del exceso de la necesaria deferencia judicial hacia los poderes políticos han sido suficientemente puestos de relieve por la doctrina comparada, tanto en lo general²⁵ como en el campo específico de los derechos fundamentales.²⁶ La historia nacional no escapa a esos riesgos, como bien lo demuestra la larga lucha por someter la Administración a la juridicidad (parte de cuyos capítulos enfrentó a los particulares a la conocida distinción entre actos de autoridad y actos de gestión) y por reconocer el derecho a la reparación de los particulares frente al Estado. La práctica constitucional de los últimos años está ofreciendo renovados aires a estos excesos de deferencia otrora ofrecidos a la Administración, después asegurados al Parlamento por

24 En esta misma línea, con posterioridad a la redacción de este texto, la Tercera Sala de la Corte Suprema dictó un preocupante fallo en que retiró el recurso de protección de la lista de herramientas de control de las autoridades policiales. En la sentencia Rol 2587-2012, del 24 de mayo de 2012, *Instituto Nacional de Derechos Humanos c. Carabineros IX Zona de la Araucanía*, se lee: “por otra parte y sin perjuicio de lo expresado an los motivos que preceden, resulta necesario consignar que por la vía de una acción constitucional como la de autos, en la que se busca terminar con la vulneración de alguna de las garantías amparadas en el artículo 20 de la Carta Fundamental, no es posible impartir órdenes de carácter general a Carabineros de Chile para que adecúe su conducta y proceder en eventos futuros en los que pueda verse afectado el orden público, de manera que el recurso de protección no puede contener declaraciones en esos términos” (considerando 7°).

25 Ver Linares, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, 2° ed., vol. 3, (Plus Ultra) 1978, p. 467 y ss.

26 Boyd, K. Lee, “Are Human Rights Political Questions?”, en *Rutgers Law Review*, 53, 2001, p. 277 y ss.

el Tribunal Constitucional y ahora extendidos, en lo que concierne al presente ensayo, a los particulares por la vía de la protección. Es de esperar que los criterios defendidos por dos cortes tan lejanas no se transformen en doctrina general y que la fuerza civilizadora del Derecho acompañe la recuperación de la deliberación política pacífica, razonada y donde los instrumentos legítimos de presión, resistencia y desobediencia civil no sean el instrumento cotidiano que reemplace los cauces normales de la deliberación democrática. Aunque en este proceso se advierten algunos síntomas de fortaleza de la acción de protección (el exitoso uso de esta acción para revisar las medidas disciplinarias estudiantiles es una buena muestra de ello), hay que volver a preguntarse si es conveniente mantener una acción como la de protección. No vaya a suceder como con el personaje de los viejos relatos de caballería: *“Il pover uomo che non sen’era accorto. Andava combattendo, ed era morto...”*.