

Nº 202
AÑO LXV
JULIO - DICIEMBRE 1997
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

NOTAS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA INTERPRETACION DEL DERECHO PUBLICO

EDUARDO ANDRADES RIVAS
Profesor Universidad del Desarrollo

Resulta conveniente principiar estas notas recordando una anécdota utilizada en la, ya no tan nueva, clase inaugural del año académico de 1986 de esta Escuela de Derecho, por el profesor don Daniel Peñailillo Arévalo¹, quien, aunque se valió del ejemplo para ilustrar un problema general de interpretación en el derecho común, nos brinda la posibilidad de utilizarlo para revisar el tema frente a las particularidades del derecho público.

El caso es el siguiente y podríamos denominarlo el del "Falso perro de la estación de trenes de Varsovia". A comienzos del siglo, en la estación ferroviaria de Varsovia el encargado de la oficina del recinto decidió fijar un gran letrero en el que se leía la siguiente inscripción: "Se prohíbe el ingreso de perros al andén".

Días más tarde un desesperado funcionario subalterno irrumpió en su oficina solicitando que concurriese de inmediato al andén, pues alguien había infringido la orden aludida. La reacción del jefe fue ordenar: "Saque Ud. al perro, pues hombre".

El funcionario declaró que no podía hacerlo, pues en verdad la orden de la autoridad no había sido infringida. ¿Cuál es el problema entonces?, dijo el superior. "Acompáñeme y lo verá", sentenció preocupado el otro.

Mientras bajaban las escaleras el jefe reflexionaba sobre la ineptitud de los funcionarios para interpretar y hacer cumplir la orden. ¿Acaso habré escrito el letrero en sueco?, se decía a sí mismo.

Al llegar descubrió horrorizado el origen del problema: No había perro, en su lugar un campesino estaba acompañado de un simpático oso de 500 kilos.

¹Peñailillo Arévalo, Daniel, "Vinculaciones de la enseñanza con la creación y aplicación del Derecho". *Revista de Derecho* Nº 180 Año LIV, 1986, Universidad de Concepción, Concepción, páginas 99 y 109.

Cuál sería la actitud que el jefe de aseo adoptaría, la dilucidaremos al final de estas breves reflexiones, pero por de pronto es preciso enunciar sus alternativas:

1. Calificará in substancia la orden y ordenará la salida de la mascota².
2. Elevará los antecedentes en consulta, a fin de que resuelva el superintendente de Ferrocarriles de Cracovia³.
3. ¿Interpretará la orden dogmáticamente (criterio civil) y no siendo perro peligroso, dejará libre al oso?⁴.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA CIVIL A LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. INEXISTENCIA DE UN ENFOQUE AUTÓNOMO

Constituye casi un lugar común el afirmar que el sistema de interpretación establecido por el Código de Bello resulta insuficiente para enfrentar la labor de determinar el significado de las normas públicas⁵.

Así se indica que el sistema presentaría rigideces no propias de la actuación de los sujetos del derecho público, como la necesidad de un examen demoroso, incompatible con la función pública; la deficiente aplicación de la exégesis literal al examen de las normas constitucionales, la formulación de elementos históricos incompatibles con interpretaciones constitucionales como el caso de la ley de 1865 que "interpretó" el artículo 5° de la Carta de 1833⁶. O el caso de la ley electoral de 1874⁷.

Son situaciones, por desgracia, reales, y más frecuentes de lo que pudiera pensarse a primera vista. Si el mismo legislador incurre en prácticas como las descritas, ¿qué queda para el intérprete judicial?⁸.

² Criterio que parecería a primera vista muy fácil de seguir, pero que, sin embargo, no lo es si se consideran las influencias interpretativas de que trata este artículo.

³ Aun cuando se pueda caer en la caricatura, la respuesta no se aparta del todo de ciertas prácticas judiciales en cuestiones tocantes al derecho público, como la tramitación a que se somete en la realidad el recurso de protección.

⁴ Uno de los grandes problemas de la actual jurisprudencia es la supervivencia de criterios basados en la dogmática clásica, de fuerte inspiración francesa, que se plasman cada cierto tiempo en nuestra Jurisprudencia de Derecho Público. El considerar a la Corte Suprema, ante todo, como un "Tribunal de Casación" es ejemplo de esta corriente.

⁵ No hace mucho tiempo asistíamos a la presentación de un proyecto de ley que, precisamente, tenía por objeto reformar el sistema de interpretación consagrado en el Código Civil. Ver Registro 1992 Secretaría Cámara de Diputados, moción del diputado (DC) Hernán Bosselin.

⁶ El caso es suficientemente conocido, pero conviene recalcar la más que dudosa constitucionalidad de la norma que permitió el ejercicio de los cultos protestantes "disidentes" en el país.

⁷ Ibidem tratándose de la ley que estableció el mal llamado sufragio universal en Chile al presumir de derecho que quien supiera leer y escribir poseía la renta exigida por la Constitución de 1833 para poder sufragar.

⁸ El postulado del constitucionalismo clásico que preconizaba la soberanía parlamentaria y la custodia de la Constitución por los mismos legisladores, resulta desmentido por la historia. Y la chilena, no es una excepción al respecto, pues los abusos legislativos en esta materia son suficientemente conocidos.

Sin embargo, no debe pensarse con esto que nuestro modelo de interpretación debe ser desechado en beneficio de un desconocido modelo publicista de interpretación.

En éstas, como en otras materias, el Código de Bello mantiene su lozanía. Y no podría ser de otra manera pues nuestro derecho común no hace sino recoger máximas fundadas en el derecho natural. No es cierto que el Derecho Público haya escapado ni por completo ni siquiera parcialmente a los criterios indicados.

La razón es clara como un cristal.

Y consiste en que hasta el día de hoy no es posible consolidar criterios que permitan al derecho público avanzar por un camino completamente distinto en materia de interpretación, y me atrevería a agregar que no es seguro que se logre alguna vez ni que sea del todo aconsejable que ello ocurra.

BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCION HISTORICA DE LA INTERPRETACION JURISDICCIONAL PUBLICA: SAN LUIS Y LA "AEQUITAS" MEDIEVAL Y SANTO TOMAS MORO Y LA INTERPRETACION PRO IUSTITIA DE LAS POTESTADES PUBLICAS

No siendo el objeto de este artículo el estudio de la evolución de la actividad interpretativa en el Derecho Romano o en el derecho común, me limitaré a citar dos casos que creo ciertamente ilustrativos sobre la forma de interpretar las potestades públicas en beneficio de los destinatarios de dichas órdenes:

Para muchos de los presentes resultará familiar la imagen del gran santo y Rey Luis IX de Francia, cuya vida se estudiaba hasta hace algunos años en la catequesis, y que fuera la gran figura política de la Alta Edad Media francesa y el último y perfecto héroe de las cruzadas⁹. También puede resultarnos familiar la escena del rey sentado bajo la sombra del añoso roble del "Bois de Vincennes", impartiendo justicia en ejercicio de sus potestades propias de rey, en carácter de definitiva e inapelable. No es difícil concluir que los criterios aplicados por el santo se basaban en la "aequitas natural"¹⁰, es decir la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo.

Dicha virtud se encuentra en la base de las decisiones que el juez y gobernante emitía sobre los asuntos sometidos a su consideración.

El criterio es entonces claramente distributivo y nos permite traer luz sobre los argumentos que con frecuencia vemos que inspiran los fallos de nuestros tribunales.

⁹ San Luis IX (1214-1226-1270), Rey de Francia, hijo de Luis VIII y de Blanca de Castilla, reinó desde 1226 bajo la regencia de su madre, hasta su muerte en Túnez en 1270. Casa con Margarita de Provenza. Protagoniza la 7ª y 8ª cruzada. El más grande gobernante de Francia en el siglo XIII. Fue canonizado en 1295 a sólo 25 años de su muerte.

¹⁰ Tres tratados que celebrara con Enrique III de Inglaterra se basan expresamente en dicha "equidad" antes que en negociaciones diplomáticas signadas por el "doy para que des".

El problema consiste en determinar si es lícito para el intérprete judicial el usar de estos criterios. Al parecer, si se optara por este camino se invadiría peligrosamente el área reservada al gobernante, cuestión que hemos tratado en otra oportunidad en el área de cursos de ética de la Academia Judicial¹¹.

El segundo caso tiene lugar en pleno Renacimiento y trata de la defensa que el más célebre de los humanistas, santo Tomás Moro, hace de los navíos pertenecientes al Papa, que son apresados por el tribunal del Rey Enrique VIII en las costas de Southhampton¹². Las naves fueron apresadas por no pagar impuestos aduaneros, ya que al ser de propiedad de la Iglesia estaban exentas de todo tributo. El rey pretendió imponerles el gravamen fundándose en el Derecho Público inglés, pero el jurista demostró que éste debía ser interpretado en favor de los derechos de sus destinatarios, y por lo tanto obtuvo sentencia favorable¹³. El rey, comprendió su actitud, y terminó nombrándole su canciller, aunque Moro, a la larga, pagó con su vida tal honor.

En esta situación existe una clara interpretación restrictiva de las potestades públicas, atendiendo a consideraciones de defensa de los derechos de las personas. Cuestión ésta muy de moda en el ambiente jurídico contemporáneo, pero nada de nueva como puede apreciarse¹⁴.

Ambos ejemplos, con lo resumidos que resultan, nos muestran que existen en el Derecho Público ciertos criterios no del todo compatibles con los elementos tradicionales que imperan en otras materias. Y permiten explicar la gran libertad exhibida por los primitivos tribunales de la administración, si es que podemos denominarlos así¹⁵.

Esta libertad, presente en Chile hasta el abuso, que en su momento motivó la necesidad de dictar las leyes Marianas¹⁶ (que entre otras cosas estable-

¹¹Ver Andrades Rivas, Eduardo, "Las virtudes y el juez". Conferencia dictada en 1996 ante jueces y ministros de Corte, en Curso de Ética para la Academia Judicial.

¹²Santo Tomás Moro (1478-1535). Abogado, juez, canciller de Inglaterra durante el reinado de Enrique VIII, quien le mandó ejecutar por alta traición, por negarse Moro a prestar el juramento que reconociera la supremacía del Rey sobre la Iglesia de Inglaterra. El ex canciller rechazaba el divorcio del rey de su mujer la reina Catalina de Aragón y las segundas nupcias del rey con su amante Ana Bolena. Fue canonizado en 1935.

¹³Sobre este caso, ver Vázquez de Prada, Andrés, *Sir Tomás Moro*, 5ª edición, De. Rialp, Madrid, 1989.

¹⁴Los criterios esbozados para fundamentar las recientes acusaciones constitucionales en contra del presidente de la Corte Suprema y de la III Sala de la misma evidencian una tendencia opuesta al aplicar elementos extensivos antes que restrictivos. Pero los argumentos esgrimidos por la mayoría de diputados que rechazó los dos libelos se fundan en razones de tipo restrictivo. Un estudio de utilidad sobre el particular se contiene en Tapia Valdés, Jorge, *Hermenéutica constitucional, la Interpretación de la Constitución en Sudamérica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973, p. 140.

¹⁵Al respecto podemos trazar una línea continua entre los tribunales establecidos en el Reino de Chile en el siglo XVI hasta los finales de siglo XIX, en el Chile republicano.

¹⁶Legislación de emergencia surgida al amparo de las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno de José Joaquín Prieto para hacer frente a la guerra contra la Confederación Perú-Boliviana.

cieron la obligación de fundar las sentencias), generó un movimiento de reacción que se plasma con gran intensidad en el movimiento codificador del siglo XIX.

LA CODIFICACION Y LOS ELEMENTOS DE INTERPRETACION: LA DOGMATICA Y EL ELEMENTO LOGICO

No es casualidad que con motivo de la dictación del Código de Napoleón se haya dado cabida a un sistema de interpretación fundada en la exégesis o dogmática (en términos generales) ni menos que se haya desarrollado la noción de unicidad del sistema jurídico o lo que algunos juristas llaman la "autosuficiencia del orden jurídico nacional", que en términos tradicionales se denomina "elemento lógico sistemático". Con ello se reacciona contra la antigua libertad del juzgador, bajo el presupuesto que se había abusado de esta libertad para transformarla en arbitrio puro y simple.

Bello, siguiendo al Código francés, modela su sistema sobre iguales presupuestos, sin considerar que con ello cercenaba una parte considerable de las capacidades hermenéuticas de los tribunales, actitud por lo demás bastante común en el siglo XIX¹⁷.

Pero, ya hemos visto que ninguno de los dos elementos señalados, bastan por sí solos para explicar la naturaleza de la interpretación pública y por ello, durante el siglo XIX, nuestros tribunales nacionales desarrollaron una fructífera labor de interpretación y consecuente control de las normas públicas en favor de los derechos y libertades públicas y en control a los desbordes del legislador.

LA ESCUELA INGLESA DEL COMMON LAW FRENTE A LA ADMINISTRACION

Es conveniente echar un breve vistazo a lo que ha sido la evolución anglosajona en estas materias, pues la contraposición de ideas y estructuras jurídicas resulta muy beneficiosa para ampliar los horizontes del análisis jurídico.

El mundo del common law nunca ha realizado una distinción tan marcada del derecho público del privado. En verdad su complejo proceso político tiene mucho de ambas ramas, por lo que no es posible trazar una divisoria de las aguas en estas materias. Lo que sí es claro, es que los ingleses y Estados Unidos a imitación de los primeros consideran a la autoridad y a sus normas como un "mal necesario". Ello se plasma en los complejos mecanismos de creación de leyes positivas, en las restricciones puestas a la autoridad y en la libertad de sus tribunales para declarar inválidos los actos de los poderes públicos, recurriendo

¹⁷ A decir verdad, ésta es una tendencia a la que no escapa ninguna de las grandes codificaciones emprendidas en Europa o América, con la excepción muy explicable de Paraguay bajo el gobierno del doctor Francia. En verdad es una corriente propia de la concepción racionalista que pretende que en los códigos se plasme la totalidad de las leyes vigentes a fin de hacerlas accesibles al ciudadano común del mismo modo que una Biblia familiar.

para ello a la noción de nulidad de derecho público, tan desaprovechada hasta hace poco tiempo entre nosotros¹⁸.

La verdad es que este comportamiento interpretativo tiene una explicación muy lógica y reside en la soberanía parlamentaria sobre el Ejecutivo, concebida como la guardiana de los derechos de las personas, de cuya ejecución son encargados los jueces. La idea romana del "donde hay acción hay derecho" fue recogida por los juristas ingleses contrariamente a lo que sucedió con los países llamados romanistas que optaron por el lirismo francés de las declaraciones de derechos, que por paradójal que pudiere parecer, no han evitado el cerceamiento de dichos derechos, sino que con frecuencia han sido esgrimidas para sostener sistemas que los conculcan.

EL SISTEMA DEL CODIGO CHILENO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PUBLICO

No compete a este trabajo el sistema consagrado en nuestra legislación civil para la interpretación legal e incluso contractual.

Al respecto debemos señalar que los criterios gramaticales o dogmáticos, lógicos, históricos y sistemáticos deben ser complementados con un nuevo criterio o regla suprallegal: la juridicidad constitucional. Es decir, aquella concordancia de la interpretación con los preceptos consagrados en nuestra ley fundamental. Sobre la base de reconocer que en nuestros días la Carta Política consagra mecanismos jurídicos que hacen muy expedita la aplicación material de las garantías constitucionales consagradas en ella.

Han pasado los años de la vigencia de la Carta de 1925, en que ésta constituía una mera declaración afrancesada junto a ciertas normas recordadas sólo en períodos electorarios. Se consagraba así una supremacía simplemente formal del texto político.

Hoy en día se acepta por la unanimidad de los juristas que la referencia al texto constitucional es ineludible y de la más alta importancia.

¹⁸ Debe recordarse que una de las más grandes contribuciones de la tradición jurídica anglosajona reside en la noción de "ley como restrictiva de las libertades". Al respecto, un tradicional cartelón pintado a la salida del King's College de Cambridge, reza: "Desconfiad de la sabiduría de los legisladores, confiad en la ignorancia de los jueces". En tal sentido es útil recordar que la Constitución de Filadelfia de 1787 estableció por primera vez un complicado sistema de elaboración de las leyes que descartare para siempre la posibilidad de mandatos generales y obligatorios surgidos de la mutación accidental de las circunstancias (cuestión que si bien no es del todo descartada, cuando se examinan las imperfectas leyes dictadas por los parlamentos modernos, permite asegurar grados crecientes de libertad a las personas). En síntesis, los anglosajones sostienen que mientras menos leyes existan menor será la posibilidad de abusos del gobierno. Una concepción efectivamente contrapuesta con nuestra tradición romanista e hispánica, pero no por ello menos interesante.

APLICACION DE ELEMENTOS DE INTERPRETACION TRADICIONALES AL DERECHO PUBLICO BAJO LA VIGENCIA DE LAS CONSTITUCIONES DE 1833 Y 1925

Podemos afirmar sin lugar a controversias que durante el imperio de la Carta de 1833 la labor de interpretación por parte de los jueces, incluso durante el último período de vigencia de aquella (1891 a 1924), fue fecunda pero dependiente de la valoración tradicional de los elementos del Código Civil.

Fecunda por la gran variedad de fallos que encontramos en materia de control de los actos de la administración y de la creación e integración jurídica pública, pero dependiente en el sentido de no haber desarrollado criterios de interpretación propios.

Con la dictación de la Carta de 1925, que contempló como disposición programática la instauración de los tribunales contencioso-administrativos, se produjo una lamentable contracción de la actividad jurisdiccional en esta materia, pues la que hasta ese momento era una jurisprudencia significativa, se vio drásticamente disminuida o incluso desapareció, por la imposibilidad de los tribunales de soslayar su falta de competencia frente a tribunales que aunque inexistentes, les privaban de atribuciones. De esta manera la práctica de los tribunales en el ámbito del derecho público se reduce casi exclusivamente a tres¹⁹:

- a) Juicio de hacienda.
- b) El recurso de amparo.
- c) El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

De los anteriores el primero tuvo una aplicación significativamente importante en cuanto a su número y sentencias favorables, mientras que los otros dos, por tratarse de materias tan acotadas y específicas, cumplieron un papel significativo pero no universal, que debieran haber tenido de haberse insertado dentro de un sistema amplio de protección de los derechos individuales. Las estadísticas y estudios muestrales demuestran que el recurso de amparo fue utilizado casi exclusivamente contra autos de procesamiento mal dictados y el recurso de inaplicabilidad se concentró en asuntos relacionados con la propiedad y la igualdad ante las cargas públicas.

EL RECURSO DE PROTECCION: NUEVO IUS PRETORIO

La creación el año 76-77 de la acción constitucional de protección ha originado una serie de nuevas perspectivas para el derecho público y ha irrumpido con fuerza en el mundo jurisdiccional a través de los cientos, por no decir miles de recursos que se tramitan ante los estrados de las Cortes Superiores de Justicia del país. La experiencia en la tramitación de estos recursos ha motivado una serie de interrogantes sucesivamente discutidas y resueltas por nuestros tribunales, que han desarrollado una encomiable labor integradora y creadora de derecho.

¹⁹ Ver "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", *Constitución Política de la República de Chile 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 124-128 y 210-219.

Si puede precisarse cuál es el criterio asignado para la construcción de normas jurídicas que precisan el valor de los preceptos constitucionales resguardados por la acción, debe señalarse que ha sido un criterio preferentemente fundado en la equidad antes que en los elementos fijados por el Código Civil.

Así, por ejemplo, se señala que uno de los principios integradores del nuevo método interpretativo sería la "prohibición de la extensibilidad de las atribuciones funcionarias en violación de los derechos fundamentales", denominación que no es sino otro nombre para el principio de resguardo del derecho público o "en derecho público sólo se puede hacer lo que la ley permite". Un caso singular es el de la libertad de trabajo (art. 19 N° 16). Atendiendo a un criterio restrictivo del Derecho y basándose en ciertos pasajes de las Actas de la Comisión de Estudio de la Carta, algunas Cortes de Apelaciones, entre ellas la de Concepción, han declarado que este derecho beneficiaría exclusivamente a los trabajadores y no a los empleadores para contratar en las condiciones que estimasen pertinentes.

La Corte Suprema, estudiando esta materia en los últimos años ha seguido un criterio innovador luego de un comienzo apegado a la exégesis del texto constitucional²⁰ y reconociendo que no es posible asignar un límite arbitrario a esta libertad, ha revocado reiterada y permanentemente los fallos aludidos²¹. No se basa para ello en los elementos del Código sino en criterios de integridad de los derechos y en la equidad natural²².

LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO CIVIL: DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL A LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

No escapa a la consideración de los presentes que en los últimos años se ha producido una creciente tensión (a nivel académico) entre quienes, como el suscrito, sostienen que existe una acentuada incursión de los criterios del derecho público en el ámbito de derecho común a través de la presencia cada vez más constante del recurso de protección en materias como la contractual, la de responsabilidad y la de administración de la propiedad civil²³, entre quienes destaca el profesor José Luis Cea Egaña y quienes desde el ámbito civil sostienen que el derecho público es el que se contrae sobre sí mismo y deja lugar a la incursión privatista, como en el caso de las concesiones a particulares de obras públicas o la aceptación generalizada de los privados en ámbitos tradicionalmente vedados a su presencia, como la salud, la previsión social, la educación, destacando el profesor civilista don Pablo Rodríguez Grez.

²⁰ Corte Suprema, 20 septiembre 1984, *Revista Fallos del Mes* N° 310, Santiago, 1984, p. 492.

²¹ Corte Suprema, fallos, 1988 a 1997. En contrario 2 fallos de 1995.

²² Ver Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, ob. cit. pp. 100.

²³ Ver Vergara B., Alejandro: *La privatización de los derechos*.

En nuestro ámbito el profesor Ramón Domínguez Aguila mantiene una postura cercana a la primera tesis, pese a su vasta y reconocida trayectoria de civilista. Por nuestra parte, y a pesar que damos mayor validez a la primera, creemos que ambas posturas no son incompatibles, pues los acentos se encuentran puestos en aspectos diversos. En efecto, lo que se marca en la primera de las tesis es que el derecho constitucional irrumpe con fuerza allí donde los *derechos fundamentales* son desconocidos, mediante la vía rápida, no formalista del recurso de protección, que no produce eventualmente sino cosa juzgada formal, pues se deja a salvo la discusión lata de fondo, sobre la titularidad de los derechos invocados, a través de la vía judicial ordinaria. Por su parte, la segunda postura marca su acento en la *actividad o gestión* que tradicionalmente es asignada al Estado en forma exclusiva, materia que ha sido objeto de profundas revisiones desde un tiempo a esta parte, aceptándose la creciente participación de los agentes privados en tales funciones.

Como se ve una tendencia actúa sobre los derechos y la otra sobre las funciones, por lo que no es sino un argumento para sostener que la tradicional frontera entre lo público y lo privado se difumina cada vez más.

LA INDEROGABILIDAD ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

También parece claro a los ojos de la doctrina reciente, que uno de los principios más importantes que deben informar el proceso interpretativo en derecho público es el de salvaguardar la vigencia de los derechos reconocidos por el Estado a sus súbditos, aun si para ello deben sacrificarse bienes jurídicos significativos, como la seguridad jurídica o la estabilidad de los actos de la administración.

Así la vigencia efectiva de los derechos fundamentales condiciona y permea todo el análisis jurídico que debe realizar el legislador y cuando se presenta una colisión entre dos derechos constitucionales deberá decidir la preeminencia de uno sobre el otro, teniendo presente, no los simples criterios sistemáticos, sino la jerarquía de los derechos en conflicto (según criterios de solidez argumental), la existencia de bienes jurídicos de contenido indeterminado, cuya presencia complica la tarea del intérprete pero a la vez brinda al sentenciador un elemento de libertad para poder integrar el derecho y concretarlo a situaciones específicas o la "hermeticidad de un precepto constitucional que se baste a sí mismo para su protección".

Un ejemplo de interpretación de estas situaciones es el ya conocido caso de las transfusiones de sangre a fieles de la secta Testigos de Jehová, en que la Corte Suprema²⁴ ha reiterado en dos fallos la preeminencia del derecho a la vida sobre la libertad de conciencia. Igual cuestión sobre el caso de la huelga de hambre, desde el famoso fallo de los ayunantes de San Roque (1984)²⁵. Una situación particular es el fallo de la Corte Suprema, felizmente no seguido con poste-

²⁴ Sentencias de 1995 y 1996.

²⁵ Sentencia de Corte de Santiago, 9 agosto de 1984.

rioridad, que da a los derechos un orden jerárquico atendiendo a su numeración en el texto de la Carta de 1980, lo que conduce al absurdo de estimar, por ejemplo, más importante la inviolabilidad de la correspondencia (Nº 5) que la libertad personal (Nº 7)²⁶.

Ejemplos de la segunda situación los tendremos en la concurrencia de valores como "la moral" o "las buenas costumbre", conceptos cuyo contenido variable puede ser objeto de convenientes elaboraciones y formulaciones por parte del intérprete, como el considerar contrario a las buenas costumbres la práctica de la poligamia pública, por parte de un ciudadano peruano, expulsado por el Gobierno, con motivo del conocimiento de la interposición del correspondiente recurso de protección (Corte Suprema 1996) o la definición que de igual concepto hace la Corte de Santiago en el caso de la ciudadana coreana residente impedida de acceder a un sauna (1994).

El tercer elemento o criterio interpretativo puede singularizarse en algunos derechos constitucionales cuya reglamentación exhaustiva hace innecesario que el legislador intervenga mediante la dictación de leyes complementarias. Así ocurre, por ejemplo, en materia de propiedad, cuyo estatuto constitucional es de tan acabado detalle, que no puede haber ley que violente la garantía y de haberla es o derogada o inconstitucional. Así ha ocurrido con la ley que regulaba el procedimiento expropiatorio, que aunque aún invocada ante tribunales de regiones, pierde presencia significativamente en las Cortes de la capital, que ya no la aplican por considerarla derogada²⁷.

CRITERIOS QUE ROMPEN CON LOS PRINCIPIOS SEÑALADOS: LA DOCTRINA DE LA CONSOLIDACION DE LOS EFECTOS DE LA LEY INCONSTITUCIONAL

Una interesantísima cuestión, es determinar si el valor de seguridad jurídica debe ser completamente pospuesto en aras de la vigencia de los derechos fundamentales. En otras palabras, ¿hemos de olvidar uno de los basamentos del orden jurídico demoliberal a favor de la vigencia de los derechos naturales, estimando derogados preceptos legales en vigor, que se suponen contrarios a los derechos constitucionales?

En el derecho nacional y comparado la cuestión es discutida y las soluciones variables y no uniformes en el tiempo y el espacio. Existe un interesante caso en la jurisprudencia uruguaya que hasta hace algunos años permitía revisar la constitucionalidad de leyes dictadas antes de la Constitución. Sin embargo, actualmente, y en un intento de dar vigencia a la seguridad jurídica, la Corte Suprema de ese país estima que no procede pronunciarse sobre su validez, por tratarse de leyes derogadas y cuyos efectos ya se han consolidado o simplemente desaparecido.

Al parecer recientes fallos de nuestra Corte Suprema han seguido estas aguas. El caso de las solicitudes de inaplicabilidad del Decreto Ley Nº 2695

²⁶ Sentencia Corte Suprema 1987.

²⁷ Nos referimos al Decreto Ley 2.186 de 9 de junio de 1978.

de 1979 que permite el saneamiento de títulos de dominio por el procedimiento del Ministerio de Bienes Nacionales es muy significativo y me lleva a plantear lo que arbitrariamente denomino doctrina de la consolidación de los efectos de la ley inconstitucional²⁸ en razón de los efectos prácticos que se siguen de la misma.

La situación es la siguiente: Durante mucho tiempo la Corte Suprema se negó a aceptar la declaración de inaplicabilidad de la ley citada, por estimar que no contrariaba el precepto o garantía propietaria. El año 1990 la Corte innovó y señaló que el D.L. era inconstitucional y que pese a haber sido dictado antes de la Carta de 80, correspondía acoger el recurso²⁹. Ello significó una reacción de los propietarios despojados en virtud de este decreto que permitía numerosos abusos y, por lo tanto, los recursos al respecto proliferaron. El año recién pasado en el mes de abril, la Sala Constitucional de la Corte integrada por los nuevos ministros, ha vuelto a innovar, y con el propósito de velar por la seguridad jurídica supuestamente comprometida, ha formulado una curiosa distinción en virtud de la cual, atendiendo al tiempo transcurrido, la ley inconstitucional deviene, nos preguntamos, ¿por misteriosas fuerzas jurídicas?, en constitucional. Se acepta que antes de la inscripción del decreto de posesión definitiva el D.L. pueda ser declarado inconstitucional, pero no una vez inscrito, pues en este caso la norma habría "producido efectos consolidados". Así se produce el absurdo de premiar al más hábil defraudador que acelera el trámite a fin de burlar los derechos del propietario ausente e ignorante y se perjudica a quienes de buena fe pretenden confiar en la validez de la posesión inscrita.

Discordamos de este criterio, pues la inderogabilidad de los derechos constitucionales no admite excepción. Lo contrario abre las puertas para el arbitrio y el abuso. Lo que hoy es inconstitucional no se transmuta en constitucional merced a una especie de piedra filosofal que produzca una consagración jurisdiccional. Es y será siempre contrario a derecho y deberá encontrar siempre la misma respuesta del intérprete. La seguridad jurídica no debe ser invocada para fundar la licencia y el abuso.

LA INMEDIATEZ DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE DERECHO PUBLICO: IMPROCEDENCIA DEL CRITERIO PROCESAL CIVIL PARA LA TRAMITACION DE CUESTIONES DE INDOLE PUBLICA. ¿HA DEVENIDO ABUSIVA LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE PROTECCION? ¿ES TAN GRAVE LA INEXISTENCIA DE TRIBUNALES CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVOS?

Una de las cuestiones más controvertidas de la tramitación de asuntos de naturaleza pública es el criterio que se adopte para su tramitación. En verdad

²⁸ Los ministros que han tenido más destacada participación en estas nuevas concepciones, como los señores Eleodoro Ortiz S. y Marcos Libedinsky T., son especialistas en el área del Derecho Procesal, no Constitucional.

²⁹ Entre otras, sentencia de la Corte Suprema de 8 de junio de 1990.

aquí no puede decirse que nuestros tribunales se hayan liberado de la tradición procesal-privatista³⁰.

En verdad, es tentadora la vía de someter estas cuestiones a tramitaciones innecesarias o incompatibles con la naturaleza de los derechos fundamentales que requieren de una acción rápida para ser eficaces. Un ejemplo lo encontramos en una situación por fortuna superada, o al menos así lo creía hasta hace unos meses: Fueron numerosos los recursos de protección deducidos por estudiantes universitarios que deseaban asistir a clases en procesos de tomas ilegales. Pero los recursos, en definitiva acogidos, tardaban tanto en tramitarse (merced a informes, ampliaciones de plazos, suspensiones), que cuando eran invocados por los peticionarios, la toma ya había terminado³¹. Lo que puede ser una situación anecdótica tiene, sin embargo, alta importancia tratándose de situaciones como una huelga de hambre u otras de gravedad e inmediatez extrema.

Junto con estos hábitos se ha vuelto habitual escuchar la queja de los tribunales, sobre el supuesto abuso del recurso de protección. En verdad, no concordamos con esta crítica³², pues si bien es cierto que el recurso se ha extendido ello es precisamente lo que se buscaba.

Se quería convertir a nuestros tribunales nuevamente en agentes promotores de "Justicia" con mayúscula, especialmente a la Corte Suprema que ha recuperado su saludable orientación hacia la custodia de los derechos personales, abandonando el limitado y manifiestamente inconveniente papel de tribunal de casación que le impusiera el modelo francés de comienzos de siglo.

En igual sentido se aprecia hoy una menor urgencia en establecer los tribunales contencioso-administrativos, sobre todo gracias al aporte del recurso de protección y a la reforma constitucional de 1989 que concedió a la Corte Suprema la tutela de estos tribunales derogándolos del texto fundamental, para quedar incorporados, consecuentemente, al capítulo de poder judicial (mientras tanto los tribunales ordinarios, v.gr., por la vía de las acciones de ilegalidad en materia municipal han desarrollado una creciente y valiosa jurisprudencia tutelar). Siendo deseable su creación, no es hoy materia de la misma polémica, en gran medida por la saludable actividad desplegada por los jueces en la resolución de las acciones indicadas.

³⁰ Específicamente del criterio de "pasividad" que impera en las relaciones del derecho privado, criterio claramente incompatible con la naturaleza de las cuestiones de jurisdicción pública.

³¹ Todos los presentes conocen casos como el que sigue, pero su utilidad es involucrar a estudiantes de Derecho que ven desnaturalizada la gestión que se intenta por la errónea aplicación de criterios incompatibles con el Derecho Público. Siendo estudiantes de las aulas que hoy nos acogen, nos correspondió deducir un recurso de protección frente a una toma ilegal de esta Escuela de Derecho, en el año 1986. Sin embargo el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, que acogió la petición, fue dictado dos meses después de finalizada la toma.

³² Ver en igual sentido, Soto Kloss, Eduardo: "1976-86, diez años del recurso de protección; Una revolución silenciosa". *RDJ*, 1986.

HACIA UN NUEVO HORIZONTE EN LA INTERPRETACION PUBLICISTA

Las consideraciones previas pertenecen al campo de la especulación académica del suscrito y forman parte de un trabajo más acabado a la espera del momento oportuno de su publicación. Sin embargo, resulta conveniente traerlas a colación e iluminarlas con la experiencia que aporta el ejercicio de la profesión al respecto.

Los fenómenos indicados nos permiten avizorar un panorama prometedor en la labor de la judicatura, a favor de la defensa de los derechos de las personas y de su custodia por una administración sana e íntegra. En tiempos en que se echan de menos hábitos moralizadores de la cosa pública, propios de tiempos en que la sociedad era más ordenada y austera, se puede apostar por la formación de un conjunto de criterios que, si bien no formarán un sistema completamente nuevo y autónomo para la interpretación del derecho público, sí harán posible la salvaguardia del bien común a través de la defensa de los derechos esenciales. Así lo demuestra la fecunda y exhaustiva labor del Tribunal Constitucional (órgano que, teniendo presente los criterios tradicionales, ha aportado con nuevas y fructíferas concepciones en la materia, entre otros factores por su libertad de fallar) y de los Tribunales Superiores Ordinarios en los últimos 20 años.

Pero junto con este prometedor panorama, se manifiestan ya ciertos apremios a la labor del juez, como su obligación de integrar y crear normas particulares que concreten y otorguen vigencia al orden libertario de los derechos asegurados por la Constitución.

Y así podremos volver al caso con el que iniciamos estas explicaciones: Los principios expuestos auxiliarán al director en la tarea de hacer cumplir la esencia de su orden y en resguardo de la integridad de los concurrentes será posible ordenar el desalojo del oso que aunque no perro, resulta igual de peligroso.