

Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional



JOSÉ FRANCISCO GARCÍA GARCÍA

*Coordinador Programa de Justicia, Libertad y Desarrollo
Profesor Facultades de Derecho, Universidad Católica de Chile y U. Adolfo Ibáñez*

MARCELO BRUNET BRUCE

*Profesor Facultades de Derecho, Universidad Católica de Chile,
U. Adolfo Ibáñez y U. Andrés Bello*

RESUMEN

El presente trabajo analiza la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 8372-05, ratificada por la Corte Suprema (Rol N° 965-2006), en la que se rechaza un recurso de protección deducido por un apoderado en contra de un colegio particular, por expulsar a su hijo del mismo. Desde la mirada de la sociedad libre, los autores sostienen que este fallo va en la dirección correcta, en la medida que la libertad de enseñanza se ve fortalecida. Además, el comentario se hace cargo de analizar otras cuestiones jurídicas presentes en este debate, a saber, la igualdad ante la ley y cómo se operativiza en una sociedad libre; si es o no posible considerar la existencia de un derecho de propiedad sobre la calidad de alumno y las complejidades asociadas a ello; el debido proceso en las instituciones privadas; y el respeto al principio pacta sunt servanda. Sin embargo, desde la mirada de las políticas públicas judiciales, el comentario es más bien crítico, en la medida en que la sentencia comentada sirve como botón de muestra de un debate mucho más complejo: la existencia de una jurisprudencia constitucional entrampada frente al sentido de la acción de protección, lo que importa, en primer lugar y desde el punto de vista económico, el que el sistema no produzca los bienes públicos que requiere la sociedad y, en segundo lugar, que se utilice la acción de protección –dadas sus particulares características– como sustituto de recursos y procedimientos de otros ámbitos, en una suerte de forum-shopping de los litigantes. Finalmente, los autores plantean que si la comunidad jurídica está en la búsqueda de criterios explícitos ex ante para las partes litigantes en materia de admisibilidad de la acción de protección y estándares de prelación de las garantías constitucionales, pudiera pensarse este debate desde una óptica menos costosa para el sistema jurídico en términos de certeza jurídica y asignación óptima del recurso “justicia constitucional” mediante el uso de precedentes.

SUMARIO

I. Introducción. II. La Sentencia desde los principios de una sociedad libre. 2.1 Los hechos en *Craighouse*. 2.2 La sentencia: al César lo que es del César. III. La libertad de enseñanza y otras garantías en juego en *Craighouse*. 3.1 La libertad de enseñanza en la Constitución de 1980. Límites y jurisprudencia. 3.2 Otras garantías constitucionales presentes en el debate. IV. Naturaleza jurídica de la controversia: ¿constitucional o contractual? El principio de ser siervo de lo pactado como límite contractual. V. *Craighouse*, recurso de protección y jurisprudencia constitucional:

una mirada desde las políticas públicas judiciales. 5.1 Recurso de protección y jurisdicción constitucional. 5.2 ¿Cómo avanzar hacia la reconstitucionalización del recurso de protección? VI. Conclusiones. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN. ESCRIBIR 100 VECES: “NO DEBO BORRAR CON EL CODO EL CONTRATO QUE SUSCRIBO CON LA MANO”

Cuando creemos en una sociedad libre ¿creemos también que un colegio puede expulsar a un alumno de su establecimiento a mera voluntad? Es una pregunta en apariencia simple y con una respuesta, en principio, igualmente simple. Sin embargo, la realidad llena de colores y circunstancias genera grados de complejidad superiores, cuando se analizan las circunstancias que rodean tales hechos. Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando el colegio ha sido claro en señalar que determinadas conductas o actitudes son consideradas como “inaceptables” o “contrarias al espíritu del colegio”? ¿Qué ocurre cuando la decisión de expulsar es más bien el fruto de un capricho que la voluntad recta de una autoridad razonable?

Todos estos conflictos, en apariencia de orden civil, en innumerables ocasiones son conocidos en sedes constitucionales, por la vía del recurso de protección. Como veremos, muchas veces se pretende por los recurrentes disfrazar de conflictos constitucionales trasgresiones de límites que, bien entendidos, podrían ser parte de “lo contratado” por las partes: en eso el viejo principio del derecho romano, *pacta sunt servanda* pareciera ser relevante para solucionar gran parte de estos eventuales problemas jurídicos.

En este sentido, el presente trabajo junto con valorar aquellos aspectos de la sentencia comentada (v.gr. el respeto a las garantías constitucionales de la libertad de enseñar, la de administrar libremente establecimientos educacionales y, en definitiva, el razonable derecho a la autonomía de la voluntad y el consecuente respeto debido a lo pactado); es a su vez crítico, en primer lugar, de la falta de un desarrollo jurisprudencial más sofisticado de las garantías que están en juego, cuestión que trasciende con mucho la sentencia comentada y que se inserta en un debate constitucional y de política pública mucho más complejo: la existencia de una jurisprudencia constitucional en materia de protección que parece entrampada frente al sentido de esta acción y que desde el punto de vista económico no parece estar produciendo los bienes públicos que requiere la sociedad y que son las que en definitiva justifican desde el

punto de vista social el que estos bienes públicos deban ser proveídos por el Estado –en este caso por los tribunales superiores de justicia– y financiado con cargo a rentas generales.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado a lo anterior, es precisamente la naturaleza más bien contractual de la discusión analizada, la que sirve a su vez para mostrar cómo la jurisdicción constitucional, a través del recurso de protección, ha sido transformada crecientemente no en un foro de defensa y protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas, sino –y dadas las especiales características de la acción de protección– en un sustituto a los procedimientos y recursos ordinarios existentes en otros ámbitos, cuestión que se asemeja a la práctica del *forum-shopping*¹. En este sentido, la elección de los litigantes a favor de la protección –en contraposición al uso de recursos y procedimientos de otra especie– no evita el que una controversia de naturaleza jurídica más bien contractual se transforme en una de carácter constitucional así sin más, lo que distorsiona finalmente el sentido del recurso de protección (y su abuso por parte de los litigantes), el de la jurisdicción constitucional y en definitiva la asignación óptima del bien justicia.

II. LA SENTENCIA DESDE LOS PRINCIPIOS DE UNA SOCIEDAD LIBRE

2.1 Los hechos en *Craighouse*

El Colegio Británico Craighouse² tiene por objetivo académico, según detalla su definición institucional, crear, en conjunto con la familia, un ambiente educativo de compromiso con el alumno, de afectividad y de respeto por las personas; donde se busque la exce-

¹ Término del *common law* que consiste en la práctica de escoger la jurisdicción o tribunal más favorable para la presentación de un recurso o acción. Un demandante puede involucrarse en *forum-shopping*, por ejemplo, al presentar una demanda en una jurisdicción que ostenta la reputación de tener un jurado que sea particularmente generoso en demandas civiles o presentando diversas demandas y quedándose con la que corresponda a su juez o tribunal favorito. BLACK'S LAW DICTIONARY (2001) p. 291.

² El Craighouse es un colegio particular, coeducacional y bilingüe español e inglés, que comprende los niveles Preescolar, Básico y Medio, reconocido por el Ministerio de Educación como cooperador, mediante el Decreto N° 19.335, del 5 de diciembre de 1961. Fue fundado en 1959.

lencia con el propósito de que cada alumno pueda desarrollar sana y completamente su potencial.

Como parte de su Proyecto Educativo define que los alumnos son los principales protagonistas, esperándose de ellos, entre otros aspectos, que cumplan con un determinado perfil, dentro del cual se incluye,

“que se destaque por ser una persona confiable, honesta, perseverante y leal (...) que muestra respeto y cuidado por su propia persona y en esa forma se relaciona con sus pares (...) consciente de su responsabilidad personal ante la sociedad”³.

En virtud de aquello, el referido colegio decidió no renovar la matrícula a un alumno para el período escolar 2006, no obstante se había efectuado el pago de la matrícula de dicho año. La razón de la no renovación, consistió en la existencia de numerosas anotaciones negativas en la hoja de vida del estudiante en el año 2005, las cuales, para la Dirección de dicho establecimiento, alejaban al alumno en cuestión del modelo de perfil perseguido por el Colegio.

La parte afectada por la decisión presentó un recurso de protección. A juicio de la recurrente, ninguna de las múltiples faltas tenía la gravedad e importancia necesaria para adoptar una medida de tal magnitud, considerando que en años anteriores ocurrieron al interior del colegio dos hechos graves en los que estuvieron involucrados alumnos que, finalmente, no fueron sancionados. En vista de lo anterior, se alegó la afectación de la igualdad ante la ley por una medida considerada caprichosa, del derecho de propiedad de su calidad de alumno, del debido proceso y de la libertad de enseñanza, por cuanto se habría privado a los padres del derecho a elegir un establecimiento educacional

Craighouse, en su informe de recurrido, señala que la decisión de no renovar la matrícula se adoptó debido a las constantes indisciplinas del menor a lo largo del tiempo en que ha sido alumno del colegio, las que se arrastran desde cuarto año básico en adelante. Jurídicamente, la lógica del colegio supone que al matricular al menor en el establecimiento, sus padres dieron por conocido y aceptaron íntegramente el reglamento del colegio, y por la lógica de lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil⁴, lo hicieron asimi-

³ Ver PROYECTO EDUCATIVO COLEGIO CRAIGHOUSE (2002).

⁴ “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

lando tal aceptación al rango de una ley. Por ende, no podrían legítimamente desconocer su aceptación respecto del proyecto educativo o del documento de disciplina del mismo. Sería injusto e improcedente, se argumentó, alegar desconocimiento de los mismos, de los procedimientos empleados o de la sanción aplicada.

La Corte de Apelaciones de Santiago⁵, y posteriormente la Corte Suprema⁶, fallaron negando lugar al recurso de protección. ¿Cómo fue que las Cortes decidieron, a nuestro juicio correctamente, privilegiar la libertad de enseñanza contra la pretensión de la recurrente? Como se verá, la libertad de enseñanza se verá fortalecida con esta sentencia –al igual, aunque de menor grado, que garantías envueltas en la discusión–. Ello fortalece la sociedad libre, sin embargo, ya desde el comienzo queremos ir desarrollando la idea de que este fortalecimiento nos parece más bien parcial, no tan solo porque el desarrollo de las garantías constitucionales es insuficiente (y con ello la jurisprudencia de protección deja de cumplir con su rol), sino porque, y como se analiza más adelante, pareciera que la controversia jurídica analizada se centra más bien en lo contractual que en lo constitucional, cuestión que además se infiere de la sentencia de la Corte de Apelaciones. Este último aspecto si bien está presente en *Craighouse* lo trasciende, y como se verá más adelante, refleja problemas más bien estructurales del recurso de protección (al menos en la forma en que se utiliza y aplica en la actualidad).

2.2 La Sentencia: Al César lo que es del César

En primer lugar, la sentencia analiza si el colegio tiene o no la facultad reglamentaria de sancionar, aun con la expulsión o la no renovación de la matrícula, a los alumnos que incurren en actos de indisciplina. La respuesta, a la luz de lo señalado en el fallo, es positiva, pues la sentenciadora constata que:

“En dicho reglamento se explicita tanto que la matrícula significa aceptación expresa de los objetivos educacionales, reglamentos, políticas y directrices que el colegio aplique en materia de estudios, disciplina, orden, etc.,

⁵ Rol N° 8372-2005, Corte de Apelaciones de Santiago. Pronunciada por los Ministros de la Novena Sala, presidida por el Ministro señor Juan Araya Elizalde y conformada por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino y el Abogado Integrante señor Oscar Herrera Valdivia (voto en contra).

⁶ Rol N° 965-2006, Corte Suprema. Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señores Ricardo Gálvez, Milton Juica, señorita María Antonia Morales y señor Adalis Oyarzún; y el Abogado Integrante señor José Fernández Richard.

como que su incumplimiento acarrea la aplicación del párrafo final, en donde se expresa que el colegio tiene derecho absoluto de rechazar cualquier matrícula, entre otras, por mala conducta”⁷.

Asimismo, concluyó que el proceder del colegio no fue dejar en la indefensión al alumno, pues

“La decisión del colegio en relación al alumno (...) fue la de no renovar su matrícula para el año 2006, lo que se comunicó a sus padres el 30 de noviembre y el 1º de diciembre (...). Señala el informe que esta medida permite que el alumno afectado termine su año lectivo normalmente, como ocurrió en este caso, porque no se interrumpen sus estudios”⁸.

Sin embargo, lo más importante de los antecedentes fácticos se encuentra en el considerando tercero: “a fojas 86 rola acompañado el reglamento suscrito por el apoderado del alumno antes mencionado”, en el que se deja claridad que los denominados “objetivos educativos” son parte integral del proceso educativo y esenciales para el desarrollo del carácter y de la personalidad del niño: entre otros se encuentra, ciertamente, el comportamiento del alumno⁹.

De esta forma, la Corte reflexiona:

“queda claro a estos jueces que la situación normativa del colegio había sido aceptada y era plenamente conocida tanto por el alumno como por su apoderado, en especial si se considera que los problemas que motivaron las distintas anotaciones en las cuales se fundó la aplicación de la medida de no renovarse la matrícula para el año lectivo 2006, no eran nuevos a juzgar por los antecedentes proporcionados por el colegio (...)”¹⁰.

Por consiguiente, prosiguen,

“no es posible seguir de los antecedentes allegados a los autos, que el colegio y sus autoridades hayan actuado arbitrariamente o en forma ilegal, pues no solo tienen facultades para adoptar la decisión comunicada, sino que las han ejercido a partir de datos objetivos y múltiples, lo que implica meditación en vez de irracionalidad o capricho”¹¹.

Por otra parte, de las alegaciones de la parte recurrente fluye un principio peligroso, que fue rechazado por la sentenciadora: al haber matriculado el padre al menor en el colegio para el período

⁷ Considerando segundo, Rol N° 8372-2005.

⁸ Ídem.

⁹ Se señala en el segundo considerando que las faltas al reglamento del menor expulsado consistieron en 7 observaciones, 11 faltas leves, 8 faltas graves, 2 gravísimas y 8 *detention*.

¹⁰ Considerando cuarto, Rol N° 8372-2005.

¹¹ Considerando quinto, Rol N° 8372-2005.

lectivo siguiente, ¿queda incorporado inmediatamente en su patrimonio la calidad de alumno? Tal reflexión supone transitar por un camino complicado, pues de ser así el mero pago eliminaría toda sanción por la infracción.

Sin embargo, la Corte apreció de otro modo el asunto y sentenció que:

“en cuanto a la circunstancia de haberse pagado la matrícula correspondiente al año 2006, ello carece de la significación que le dan los recurrentes. Como se expresa en el informe, el reglamento suscrito por el apoderado expresamente señala que el colegio efectúa a fines de cada año el proceso de matrícula para conocer anticipadamente con qué dotación de alumnos cuenta para el año siguiente (Nº 10 del reglamento) y así poder disponer de las vacantes que se produzcan en los diferentes cursos y niveles. Y también contempla que la matrícula podrá ser devuelta únicamente en el caso que, por decisión de la dirección, el alumno no pueda continuar en el colegio. Como tal fue la decisión tomada por el colegio, este debe devolver la matrícula, la que según se informa está a disposición del recurrente”¹² (los destacados son nuestros).

Finalmente, fluye del considerando cuarto lo que probablemente es uno de los aspectos más importantes de la cuestión debatida, y que se verá con mayor detalle más adelante en este artículo: este asunto no es propiamente una materia de jurisdicción constitucional, como la recurrente pretendió hacer ver. Al contrario, este asunto era más bien una reclamación de interpretación del reglamento, parte integrante del contrato. Al ser de conocimiento de las partes, como señala el considerando señalado “(...) queda claro a estos jueces que la situación normativa del colegio había sido aceptada y era plenamente conocida tanto por el alumno como por su apoderado”. Así las cosas, la aplicación de medidas disciplinarias queda en este caso dentro del ámbito de lo pactado en virtud del contrato, esto es, dentro del ámbito de la autonomía contractual: por ende, las partes se hacen siervas de lo que acuerden, en virtud del artículo 1545 del Código Civil, y mal podría plantearse la arbitrariedad o ilegalidad de dicha medida, la cual era de conocimiento de los padres al matricular a su hijo en el establecimiento recurrido.

¹² Considerando séptimo, Rol Nº 8372-2005.

III. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y OTRAS GARANTÍAS EN JUEGO EN *CRAIGHOUSE*

3.1 La libertad de enseñanza en la Constitución de 1980. Límites y jurisprudencia

El considerando sexto de la sentencia analizada es bastante contundente, en el sentido de resolver este caso a favor del recurrido, en cuanto a que:

“(…) respecto de la libertad de enseñanza, la doctrina ha entendido que posibilita la apertura, organización y mantención de establecimientos educacionales, y por lo tanto, comprende el derecho de quienes imparten conocimientos, no siendo este el caso de los recurrentes. En lo que hace al inciso 4° del N° 11 del artículo 19 de la Constitución, cierto es que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, pero este no es un derecho absoluto y debe estarse al cumplimiento de los reglamentos del colegio o establecimiento en su caso (...)”¹³.

Lo anterior es consecuencia evidente de un principio liberal en lo contractual, a saber, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, en la medida en que fueron los propios padres del menor quienes escogieron, solo que por los motivos ya señalados no le fue reconocida la matrícula al alumno,

“lo que no contradice en nada a la Constitución, porque en la libertad de enseñanza está comprendida la facultad de establecer los principios orientadores del establecimiento, su organización y disciplina, con las limitaciones que imponen la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, lo que no hace el caso”¹⁴

Como es sabido, el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental consagra la libertad de enseñanza. Esta libertad es, a diferencia del derecho a la educación con el cual suele confundirse¹⁵, una prerrogativa individual que favorece a los intereses de quien enseña. Así, la Carta asegura a todas las personas “el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”.

¹³ Considerando sexto, Rol N° 8372-2005

¹⁴ Considerando sexto, Rol N° 8372-2005.

¹⁵ Desde que en Chile se asegura la libertad de enseñanza, esto es desde agosto de 1874, las Constituciones nacionales, exceptuando la vigente de 1980, confundieron educación y enseñanza. Por vía de ejemplo, la de 1925 señalaba en su primer inciso la protección de la “libertad de enseñanza” y el inciso siguiente garantizaba, como un mismo objeto jurídico, “la educación pública” como “una atención preferente del Estado”.

Podemos conceptualizarla como aquella libertad para poder transmitir conocimientos, información o formación, ya sea de una manera sistemática o formal, o en forma no sistemática e informal. Implica, además, establecer libremente que se va a enseñar. Obviamente, la garantía en comento es el centro de la discusión jurídica de la sentencia analizada¹⁶.

El inciso primero del artículo 19 N° 11 enuncia los derechos que abarca la libertad de enseñanza. Ellos son los de abrir, fundar o establecer; organizar, dirigir o regir; y mantener, desarrollar o cerrar establecimientos educacionales. Agregamos que tales derechos pueden ser ejercidos respecto de establecimientos de cualquier nivel, es decir, parvulario, básico, medio y superior, con las subdivisiones que caben en la enseñanza media y en la de nivel superior¹⁷.

El contenido de la garantía es, ciertamente, libertario. Como señala VÉLEZ DE LA CALLE, "Ni las más fuertes dictaduras, ni las más demagógicas democracias lograron acallar las diferencias y en los momentos de inestabilidad y crisis societario, las periferias, las minorías, las microculturas, volvieron y aparecieron en el escenario nacional e internacional, mostrando su indignación en una catarsis social que reclama la reconciliación entre nación unificada y cultura diversa"¹⁸. Y es precisamente esa diversidad y autonomía respecto del poder estatal lo que se pretende restringir con la garantía de esta libertad, pues no debemos olvidar, como señala CORREA, que "La libertad de enseñanza es, según se ha dicho, libertad contra el Estado. No es libertad del Estado. El Estado no tiene libertad de enseñanza"¹⁹, por lo que el ente a restringir no es el sostenedor, sino el Estado.

En nuestro medio existe, desde la mitad del siglo XIX, un férreo compromiso con la libertad docente y de administración de establecimientos educacionales²⁰. Los límites que se concibieron original-

¹⁶ Puede discutirse, como pretendió la recurrente, que el fondo del tema sea la protección del derecho de propiedad de la calidad de estudiante o la propietarización de la educación.

¹⁷ CEA (2004) p. 339.

¹⁸ VÉLEZ DE LA CALLE (2004).

¹⁹ CORREA (2006).

²⁰ El Presidente Balmaceda –a quien nadie podría acusar de conservador o neoliberal– señalaba en su célebre mensaje suscrito por el Ministro Bañados que "la acción pública debe extenderse a ejercer sobre la enseñanza particular la fiscalización en cuanto a los exámenes de los que aspiran a un grado universitario, dejando a los que no persiguen este propósito en la más amplia libertad". Citado en QUINZIO FIGUEIREDO (2004) p. 215.

mente para ella, se refieren, más bien, a impedir que cualquier enseñanza pudiere constituirse en título universitario o permitiese ejercer determinadas profesiones como la de médico o abogado. Sin embargo, en lo demás, en lo que debe enmarcarse la discusión respecto de la capacidad de fundar, mantener y administrar establecimientos de enseñanza básica, media o superior, como destaca ANDRADE, “existe la más amplia libertad de enseñanza”²¹.

Esta perspectiva tradicional respecto de la libertad de enseñanza se vio incrementada en la Carta de 1980, puesto que esta protege el rol de los encargados de dar y administrar la entrega de enseñanza, garantizándola como un derecho *stricto sensu*²². Así consta de las actas de la CENC, en la que el Comisionado Jaime Guzmán señalaba que

“la libertad de enseñanza, desde el punto de vista de la educación regular, se otorga a los padres de familia o a quienes abran establecimientos educacionales, pero no a los educandos. Estos, si son mayores de edad, o los padres de familia, si son menores y ejercen tuición sobre ellos, lo que hacen libremente es escoger entre los muchos establecimientos educacionales. Pero si a determinado grupo de educandos no les gustan determinadas exigencias del establecimiento en que se les imparte la enseñanza, se van a otro. Por cierto que no son ellos los titulares de la libertad de enseñanza en un establecimiento educacional, sino los asignatarios o dueños –por llamarlos así– del establecimiento educacional de que se trata”²³.

Dogmáticamente, creemos que la libertad de enseñanza es una de aquellas garantías que pueden agruparse en al menos dos perspectivas: una primera, como destaca CORREA, como “un derecho de los particulares frente al Estado. En otras palabras, la libertad de enseñanza es la constitución jurídica del interés de los particulares en enseñar lo que quieran y como quieran, sin que el Estado pueda legítimamente impedirlo”²⁴.

Otra segunda la incluye como una parte del orden público económico, toda vez que los requisitos para su concreción y sus límites

²¹ ANDRADE (1971) p. 232.

²² Tales son las facultades que para que su titular pueda ejercerlas solo se requiere que un tercero, sea este particular o Autoridad, no se lo impida o coarte ilegal o arbitrariamente. Son derechos que le son exigibles al Estado siempre y a todo evento. En contraposición a ellos existen los derechos *lato sensu* o meras expectativas sociales, que son aquellos derechos o garantías que dependen de la capacidad económica de la Sociedad.

²³ COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN, sesión 142, p. 23.

²⁴ CORREA (2006).

son los mismos que los que la Carta Fundamental considera para la Libertad de Empresa, del artículo 19 N° 21. Este es un derecho consubstancial al régimen de libertad que asume la Constitución de 1980 –directamente vinculado con la libertad de asociación del artículo 19 N° 15 de la Constitución–. Creemos apreciar que se cimenta este numeral en uno de los pilares de la libertad social que pretende garantizar el Constituyente, que es el Derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin otra limitación que aquellas que establece la Carta. La libertad de emprender proyectos educativos contenida en este artículo 19 N° 11 pero también en el 19 N° 21 mira a la actividad de enseñanza como una forma de ejercicio de la capacidad emprendedora del individuo, entendida como un conjunto de recursos humanos y materiales aplicados al desarrollo de una actividad lucrativa y que no está exenta de riesgos.

Desde el punto de vista de las limitaciones a la libertad de enseñanza, una primera aproximación a esta respuesta nos obliga a recordar que el marco de las libertades de la Carta de 1980 es amplio, por lo que sus excepciones deben ser consideradas con criterios restrictivos. El artículo 19 N° 11 consagra ciertos límites básicos a este derecho. La libertad de enseñanza solo propone límites adicionales a aquellos establecimientos educacionales que pretenden reconocimiento oficial del Estado²⁵.

Entre los límites a esta libertad se encuentra: la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. El legislador establece qué vulnera estos valores y en última instancia es materia de resolución del juez determinar su trasgresión²⁶. El quinto límite para la enseñanza reconocida por el Estado, es que no puede orien-

²⁵ Destaca CORREA (2006) que “Esto es algo que también está reconocido por la propia Constitución Política, solo que en este caso existe una garantía extraordinaria para dicha libertad. Esta consiste en la exigencia de que los requisitos para el reconocimiento oficial sean establecidos mediante una ley que sea aprobada por a lo menos cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio (“ley orgánica constitucional”). Considerando la representación parlamentaria que resulta del sistema binominal mayoritario, esta garantía equivale a exigir acuerdo entre el gobierno y al menos parte de la oposición”.

²⁶ A nuestro juicio, y relacionado con el tema en comentario, implícitamente se contiene en el artículo 19 N° 11 la *libertad de cátedra* consustancial a los establecimientos de enseñanza básica, media y superior. Para nosotros, esta consiste en la exención de trabas que ha de tener todo profesor para investigar, exponer y transmitir el saber científico mediante la lección, seminarios, conferencias, escritos, etc. Es el derecho a ejercer la docencia, en el ámbito de la Educación Superior, con absoluta libertad, es decir, es la libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas.

tarse a propagar una doctrina política partidista, no obstante que se pueden discutir tendencias políticas, pues el texto constitucional señala a su respecto que “La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional” y que “La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna”.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) establece límites complementarios a la función del fundador o sostenedor de un establecimiento de enseñanza. Así, el artículo 1° de dicha Ley Orgánica Constitucional fija los “requisitos mínimos que deberán cumplir los niveles de enseñanza básica y enseñanza media, y asimismo regula el deber del Estado de velar por su cumplimiento. Del mismo modo norma el proceso de reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”. De esta manera, la libertad de contenidos educativos se ve restringida por los denominados “contenidos mínimos” impuestos por la LOCE y las normas administrativas del Ministerio de Educación. Sin embargo, ninguno de ellos hace alusión a la disciplina.

¿Puede la Ley o la Jurisprudencia imponer nuevas limitaciones a la libertad de enseñanza? La respuesta debería ser claramente, a la luz de lo ya estudiado, por la negativa. Ello, por cuanto el que presta enseñanza tiene derecho a delimitar cómo la presta, con tal que no transgreda los límites básicos ya expuestos²⁷. En este sentido, el fallo parece apuntar en la dirección correcta, pues no impone más requisitos al establecimiento de enseñanza que los que la Constitución y la Ley franquean.

En este mismo sentido lo aprecia parte importante de la Jurisprudencia, según parece confirmarse del fallo del Tribunal Constitucional que afirma que “no debe olvidarse que hoy se acepta universalmen-

²⁷ Desafortunadamente no siempre las Cortes lo entienden de esta manera, lo que destaca el valor del fallo en comento. Particularmente grave fue la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago en “*Delgado con Colegio*”. El recurrido no era un establecimiento educacional perteneciente al Estado, de manera que solo está obligado por la legislación, no por los derechos fundamentales. La Corte de Apelaciones hizo un examen del reglamento del establecimiento educacional y concluyó que no se habían aplicado los procedimientos disciplinarios que dicho reglamento establecía. Este examen no es algo que corresponda en una acción constitucional. Los derechos fundamentales no están para que las cortes de apelaciones y la Corte Suprema se conviertan en paneles de revisión de medidas disciplinarias conforme a los estándares disciplinarios establecidos por todo tipo de asociaciones. CORREA (2004) pp. 585-586.

te que la gran garantía de los derechos fundamentales es la Constitución Política, de manera que la violación de la misma viene a significar, en último término, la desprotección de los derechos”²⁸.

Ello es de sentido común si se aplica a la garantía fundamental analizada en *Craighouse*: si bien nuestra Constitución faculta al Estado para imponer límites, programas y planes de estudio, lo hace con una demarcación infranqueable: no puede ir, en materia de autogobierno más allá de los contenidos mínimos obligatorios, asumiendo que estos efectivamente sean mínimos. Y no podría ser de otra manera, la garantía del sistema de la libertad de enseñanza, cuyo contenido esencial comprende el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza, supone naturalmente la libertad de enseñanza.

El derecho de impartir conocimientos, el de abrir establecimientos educacionales, organizando su vida administrativa y docente, debe ser practicado en forma libre por su autor. De lo contrario, como se pregunta COVARRUBIAS, “¿Qué sentido puede tener abrir un establecimiento si no puedo organizarlo ni mantenerlo conforme a mi modo particular de ver la educación?”²⁹.

Cuestión diferente pero necesaria para entender el asunto de fondo es la del límite al derecho a escoger un establecimiento por parte de los padres en conflicto con la libertad del colegio de recibirlos o no como alumnos por parte de aquel establecimiento. En efecto, también la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de los establecimientos:

“Que si bien los padres pueden elegir el Colegio donde deseen que sus hijos estudien, tal garantía constitucional tiene como contrapartida el derecho de los colegios de aceptar o no a quienes pretenden integrarse a los mismos o continuar sus estudios, ello de acuerdo a la reglamentación de los establecimientos educacionales y a la observancia de sus normas y principios”³⁰.

Respecto a la libertad de enseñanza y las normas internas que impongan los establecimientos educacionales a sus alumnos, la Corte

²⁸ Considerando 93 de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 346-2002, referente a requerimiento formulado por diversos diputados con el objeto de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²⁹ COVARRUBIAS (2002).

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago (25 de febrero de 1987). Ver LXXXIV *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2º P.S.V p. 174.

Suprema ha fallado:

“Que es también evidente que las prohibiciones establecidas por el colegio (...) pueden no ser del agrado ni merecer la aprobación de la unanimidad de los padres de familia y que, incluso, algunos consideren que tales medidas son anticuadas o puritanas o atentatorias a la libre expresión de los alumnos; pero sin duda otra porción, grande o pequeña, de los apoderados sí las aprueban, las califiquen de un modo diferente e incluso pueden figurar en los factores que han considerado para elegir colegio para sus hijos. La posición de unos y otros puede ser igualmente respetable. De ahí la importancia fundamental de la libertad de enseñanza, que permite que haya establecimientos educacionales con principios diferentes, siempre que no se contravengan las limitaciones ya enunciadas. Que en virtud de esta libertad, plenamente ejercida, pueden los establecimientos educacionales imponer normas de presentación personal y de conducta para sus alumnos, las que se encuentran naturalmente inspiradas en sus propósitos de enseñanza, formativos y valorativos, que pretenden transmitir a sus educados”³¹.

Se ha aclarado también que el derecho a la educación se encuentra al margen de ser tutelado por el recurso de protección y que la libertad de enseñanza se halla consagrada no a favor del educando, sino que en beneficio de quien la imparte u otorga. Si los apoderados no comparten los criterios pedagógicos del establecimiento recurrido, entonces no debieron haber matriculado a sus pupilos en él, ya que hacerlo implicaba aceptar el compromiso educativo pas-toral que se contiene en cada ficha de ingreso³².

Asimismo, en el sentido libertario de la “libertad de empresa de enseñanza”, la jurisprudencia ha sostenido que no se puede considerar vulneradas las garantías invocadas en el recurso por cuanto, el ejercicio del derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, supone admitir las limitaciones que cada entidad contempla de acuerdo con la Constitución y las leyes³³. De un contenido semejante es la resolución que acogió un recurso de protección cuando de los antecedentes aparece que el establecimiento educacional, al adoptar la medida de cancelación de la matrícula del alumno, se apartó claramente de lo prescrito en el

³¹ Considerandos 11 y 12, Corte Suprema Rol N° 2132-98 (30 de septiembre de 1998).

³² Corte Suprema (12 de marzo de 1996). Ver *Gaceta Jurídica* N° 189 (1997) pp. 44 y ss.

³³ Corte Suprema (18 de febrero de 1998). Ver *Gaceta Jurídica* N° 212 (1999), pp. 123 y ss.

reglamento, afectando con ello el patrimonio de su familia o incurriendo en una diferencia arbitraria³⁴.

Por otra parte, la jurisprudencia ha sostenido que le asiste a los establecimientos de enseñanza el derecho de aceptar o rechazar la matrícula de un educando, no siendo ilegal o arbitraria la denegación de matrícula que se basa en el incumplimiento de normas reglamentarias de disciplina, incumplimiento de obligaciones y mal rendimiento escolar por parte de los alumnos o sus apoderados. Por amplia que sea la libertad de enseñanza, el establecimiento educacional particular tiene la facultad para establecer los requisitos que estime pertinentes con el fin de acceder a cada uno de los niveles de enseñanza, no solo en caso que la permanencia de un alumno resulte insostenible por causar grave daño al colegio y a sus compañeros³⁵.

A mayor abundamiento, puntualizamos que, en ciertos casos, la expulsión de los alumnos de un establecimiento educacional no puede ser considerada como ilegal o arbitraria. Así ocurre, por ejemplo, con la apropiación de temarios de pruebas a rendir, pues configura una falta grave, la cual amerita la sanción disciplinaria impuesta y que consiste en la caducidad de la matrícula³⁶. También destaca lo declarado por la jurisprudencia en cuanto a que la calidad de estudiante no le otorga al alumno un derecho adquirido sobre la misma³⁷.

En definitiva, la cuestión a determinar es si existen límites extra-constitucionales a los controles disciplinarios de los establecimientos educacionales y si ellos son materia de recurso de protección, es una cuestión relacionada íntimamente con el derecho de asociación. Los establecimientos educacionales son asociaciones para la satisfacción de fines colectivos y, como tales, necesitan controlar la disciplina. En *Belmar con Liceo*³⁸ la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el sentido que la medida de suspensión de una alumna regular en razón de indisciplina, infringía el derecho constitucional de los padres a escoger el estable-

³⁴ Así ha sido sostenido en las sentencias de la Corte Suprema de fechas: 25 de mayo de 1992, 18 de marzo de 1998, 11 de agosto de 1997 y 18 de noviembre de 1997.

³⁵ Así lo ha resuelto la Corte Suprema en los tres fallos siguientes: 24 de marzo de 1993, 23 de enero 1995 y 30 de enero de 1998.

³⁶ Corte Suprema (24 de junio de 1997). Ver *Gaceta Jurídica* N° 204 (1998) pp. 62 y ss.

³⁷ Al tenor de lo decidido por la Corte Suprema (1 de julio de 1997).

³⁸ Sentencia Rol N° 658-03 (26 de febrero de 2003).

cimiento de enseñanza para sus hijos (artículo 19 N° 11 inciso cuarto). Tuvo para ello presente exclusivamente las razones del voto de minoría, esto es, que consta la indisciplina de la alumna suspendida, que la calidad de alumna es transitoria y que el establecimiento educacional tiene derecho a sancionar la indisciplina y el mal rendimiento escolar. En *Delgado con Colegio*³⁹ la corte revocó a la Corte de Apelaciones de Santiago y desestimó que la medida de no renovar la matrícula de una alumna por razones disciplinarias constituyera infracción de la libertad de enseñanza. En particular, respecto del derecho de los padres a elegir el establecimiento de enseñanza para sus hijos, la Corte afirmó que: “resulta evidente que la referida garantía impide que una autoridad ajena a los padres imponga a los alumnos un determinado establecimiento educacional”.

3.2 Otras garantías constitucionales presentes en el debate

3.2.1 Igualdad de trato

Respecto del argumento del recurrente en cuanto a que se habría visto violada la igualdad ante la ley con la decisión del colegio de expulsar al menor, acción que reflejaría una clara discriminación en su contra, fundada en la voluntad caprichosa de los responsables del colegio recurrido quienes adoptaron una decisión carente de razonabilidad; la Corte sostiene, a nuestro juicio correctamente, que:

“no existen antecedentes de que puesto en una misma situación o, al menos, análoga, el colegio haya procedido de una forma que signifique discriminación arbitraria. Aunque este procedimiento es para indagar o examinar la eventual ilegalidad o arbitrariedad del acto concretamente impugnado en este recurso y no la de diferentes actos ocurridos en distintos tiempos y circunstancias, lo cierto es que en relación con el episodio de sustracción de una prueba –referida en el recurso– el informe señala que el rector se inhabilitó para conducir la investigación del caso, en la que podía estar involucrado su hijo, y que la comisión designada aplicó las sanciones correspondientes: a un alumno se le canceló la matrícula, a otro no se le renovó, a 7 se les dejó con matrícula condicional y 3 alumnos debieron rendir de nuevo la prueba”⁴⁰.

³⁹ Sentencia Rol N° 894-03 (8 de abril de 2003).

⁴⁰ Considerando sexto, Rol N° 965-2006.

Desde un punto de vista dogmático, la igualdad ante la ley en nuestro ordenamiento está referida al plano jurídico, pues la Carta no garantiza la igualdad material o fáctica⁴¹: de esta forma no se establece una igualdad de bienes, igualdad de servicios, igualdad de ingresos, etc. sino un igual trato a personas en iguales circunstancias objetivas. Se garantiza, pues, una igualdad ante el derecho, ante las normas del ordenamiento jurídico. En materia de igualdad de trato, en su vertiente económica, FERNANDOIS estima que sería discriminación (económica) arbitraria “aquella acción del Estado que confiere beneficios o impone gravámenes, apreciables en dinero, a grupos de sujetos incorrectamente agrupados en relación al fin de la norma, por efecto de una deficiente apreciación de los elementos esenciales que los vinculan”⁴².

Lo que se prohíbe en la Carta de 1980, según la Comisión Ortúzar, son las discriminaciones arbitrarias, vale decir, contrarias a la justicia, razón o bien común. Definir qué es una discriminación arbitraria siempre es cosa compleja⁴³. Es relevante saber en qué consiste dicho parámetro, criterio o regla. Citando a BANDEIRA DE MELLO, el criterio de justicia referida a la igualdad consiste en “tratar en forma igual a los iguales y desigualmente a los desiguales”⁴⁴, pero ello nos obliga a determinar cuándo las personas, que son en esencia iguales y en accidentes desiguales, están en un rango de igualdad jurídica.

Ello implica que las discriminaciones son permitidas por el ordenamiento jurídico, con tal que ellas no sean arbitrarias: esto implica que ellas no puedan ser contrarias a la razón, al criterio común, a la lógica. Como señala PETERS, “si nosotros tratamos a las personas “igualmente”, no necesariamente las trataremos “correctamente”⁴⁵.

En materia de enseñanza, como señalamos precedentemente, la discriminación arbitraria es una prohibición ante el ejercicio de la enseñanza. No es aceptable ni permisible, y por ende no se encuentra dentro de las áreas de protección de dicha libertad. Toda discriminación en materia de enseñanza debe ser fundada en un trato de justicia, de razón, y debe considerar al afectado frente personas esencialmente iguales frente a circunstancias objetivas.

⁴¹ SILVA BASCUÑÁN y SILVA (2004) p. 366.

⁴² FERNANDOIS (2001) p. 8.

⁴³ CALVES (1998) p. 18. En efecto, el estudio de jurisprudencia relativa a la *affirmative action* efectuado por la autora concluye que la Corte Suprema americana no consiguió apoyarse sobre un criterio coherente, objetivo y jurídicamente fundado para distinguir entre discriminaciones legítimas e ilegítimas.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO (1978).

⁴⁵ PETERS citado en FERNANDOIS (2001) p. 196.

De este modo, los requisitos o beneficios frente a la enseñanza deben ser los mismos para alumnos que se encuentren realizando *operaciones similares*: la misma norma o razón debe regular a quienes están ubicados en la misma disposición o situación objetiva. De este modo, será arbitrariamente discriminatoria la norma o acción que imponga requisitos distintos a personas objetivamente iguales. La determinación de dicha objetividad está referida a la *proporcionalidad de medio*⁴⁶, cuyo criterio de determinación consiste en el análisis del elemento esencial de la relación de igualdad.

3.2.2 El debido proceso en las instituciones privadas

La parte recurrente en *Craighouse* sostiene que dicho establecimiento pasó a llevar la garantía del debido proceso, por cuanto la decisión impugnada fue tomada unilateralmente por la recurrida excediendo el margen de su discrecionalidad. En esta materia, lamentablemente la Corte respondió con un escueto “respecto del debido proceso, el artículo 20 de la Constitución no lo contempla”, y es lamentable porque la Corte podría haberse referido a un tema tan controvertido como lo es el debido proceso en las instituciones privadas y en la que la sociedad necesita de luces desde la jurisprudencia. Desde la doctrina, son pocos los esfuerzos específicos para analizar el tema⁴⁷.

El debido proceso legal es una institución de origen y desarrollo anglosajón. Su origen data del *due process of law*⁴⁸ del modelo anglosajón y se traduce en nuestro medio jurídico en que nadie

⁴⁶ FERMANDOIS (2001) p. 262.

⁴⁷ Destaca el trabajo FERMANDOIS (1998).

⁴⁸ Un interesante trabajo de VILLAGRA (2005) sostiene que este principio deriva de la expresión *due process of law*, que es variación contenida en la Carta Magna de 1215 de *per legem terrae, by the law of the land*. Se ha considerado como hito esta fecha dado que es en la Carta Magna de 1215 que el debido proceso de ley adquiere la significación de ser de orden político. Es el *due process of law* una derivación de aquellos porque se entiende que “la ley de la tierra” es la ley preestablecida y que, de acuerdo a ello, el individuo ajusta su estilo de vida y, además, será por medio de aquella ley que se castigará y juzgará si no lo respeta. El concepto de *due process of law* ya nos indica que no tiene solo un carácter adjetivo, sino que también consagra un lado sustantivo o material, al contrario de sus afines. Ella fue acogida en las Constituciones previas a la Federal de Estados Unidos, siendo algunas de ellas como la de Maryland, Pennsylvania y Massachusetts que la consagraron como tal. Será en las futuras enmiendas V y XIV en las que se recogerá dicho principio y derecho a la vez. Se ha señalado que entre *the law of the land* y *due process of law* se pasa de los específicamente procesal a lo eminentemente genérico.

podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Por consecuencia de ello se encuentran prohibidas las comisiones especiales para juzgar. Como señala FERNÁNDEZ, “la doctrina, seguida por la jurisprudencia, ha señalado que comisión especial es la que, de modo individual o colectivo, se arroga la facultad de tribunal sin serlo, ejerciendo de hecho la jurisdicción que la Constitución reserva a los órganos imparciales e independientes creados con carácter permanente por la ley. Conforme a dicha definición, menester resulta consignar que la locución tribunal empleada por la Constitución debe comprenderse en sentido amplio, esto es, como sinónimo de órgano jurisdiccional y no reducida al órgano judicial, incluyéndose, entonces, los órganos que ejercen jurisdicción doméstica”⁴⁹.

Un establecimiento de enseñanza, en consecuencia, no debe jamás transgredir el principio de juzgamiento justo: no debe conferirse a sí mismo atribuciones jurisdiccionales que no posee ni tampoco sancionar sin respetar las lógicas del debido proceso legal: notificación de la demanda, término de emplazamiento, posibilidad de efectuar alegaciones y hacer pruebas y, finalmente, posibilidad de interponer recursos en contra de las decisiones adoptadas⁵⁰.

3.2.3 ¿Hay límites especiales en materia disciplinaria en la enseñanza?

Las normas ya mencionadas, y la reiterada jurisprudencia nacional en la materia, parecieran señalar que no los hay. En efecto, según el interesante análisis jurisprudencial efectuado por VERGARA SASSARINI, “la libertad de enseñanza, en la jurisprudencia, ha estado vincu-

⁴⁹ FERNÁNDEZ (2003).

⁵⁰ Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, la alusión de la sentencia respecto de la garantía del debido proceso es bastante draconiana: el considerando sexto de la sentencia señala que “*respecto del debido proceso, el artículo 20 de la Constitución no lo contempla*”, razón por la que no habría mérito siquiera de alegar tal garantía ante estrados por la vía de la protección.

lada principalmente a aquellos particulares que buscan la protección de su rol de sostenedores de colegios en aquellos casos en los cuales se les ha perturbado el desarrollo de esta labor por actos de la autoridad o bien por actos de otros particulares”⁵¹.

Así, como sentenció la Corte de Apelaciones de Valdivia la libertad de enseñanza implica “*la facultad de establecer los requisitos que estime pertinentes para acceder a cada uno de los niveles de enseñanza que imparte y según los cupos de que realmente disponga*”⁵².

Como reconoce FERNÁNDEZ, en cuanto al contenido del derecho, los titulares poseen dentro de las múltiples facultades de funcionamiento, las de establecer sus finalidades y determinar sus objetivos perseguidos con la actividad educativa que desarrolla, determinar los métodos, metodologías o instrumentos de aprendizaje que decida emplear para el logro de los objetivos académicos propuestos, disponer la estructura u organización interna de la entidad, particularmente en lo que se refiere al régimen de dirección del establecimiento. En consecuencia, para ello, es libre cada establecimiento para “estipular las reglas internas relativas al orden de quienes forman parte del cuerpo de docentes, profesionales y administrativos que desempeñan sus labores en la institución educativa” y, lo más relevante en nuestro análisis, “estatuir las normas sobre disciplina que sirven para regular la convivencia interna aplicable a los docentes, profesionales, administrativos y alumnos”⁵³.

Se desprende de aquello que la libertad de enseñanza, vista desde la perspectiva de quien la proporciona, no tiene más límites en su acción disciplinaria que la que las reglas comunes de derecho establecen –el respeto a la igualdad y seguir un justo y racional proceso en caso de sancionar– y los propios de la garantía constitucional ya referida, pero en lo demás existe plena libertad para reprobado y sancionar todo aquello que se aleje del proyecto educativo del establecimiento.

No podría, pues, considerarse que un límite a dicha libertad sea la libertad de elegir establecimientos educacionales que la Carta ga-

⁵¹ VERGARA (2006) pp. 62 y ss.

⁵² En sentencia Rol N° 296-01 caratulado “*Lara Roloff Francisco con Instituto Alemán Carlos Anwandter de Valdivia*”. En este mismo sentido se han pronunciado la Corte de Apelaciones de Rancagua (23 de octubre de 2000) y la de Santiago, en este último caso a propósito de la facultad de los establecimientos educacionales de establecer normas relativas al básico rendimiento escolar exigido (Rol N° 1667-02).

⁵³ FERNÁNDEZ (2005) p. 23.

rantiza a los padres. Así, correctamente, lo entiende el fallo, toda vez que en la parte pertinente señala que “cierto es que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, *pero este no es un derecho absoluto y debe estarse al cumplimiento de los reglamentos del colegio o establecimiento en su caso*”⁵⁴ (los destacados son nuestros).

3.2.4 La existencia de un derecho de propiedad sobre la calidad de alumno

Exploraremos este asunto, de interés jurídico, toda vez que si bien el voto de mayoría no emite pronunciamiento sobre la materia, sí lo hace el voto de minoría. En efecto, este señala que

“aparece de manifiesto hollada la garantía constitucional del “derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales” (artículo 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución Política de la República). Es así como se ha visto vulnerado el derecho de propiedad del recurrente sobre otro derecho intangible como lo es el derecho a la educación, esto es la facultad de acceso al saber, a la instrucción y a la formación necesaria en las distintas etapas de la vida, para que la persona pueda lograr su desarrollo y ser útil a la sociedad. No es de extrañar que el dominio se ejerza sobre otro derecho. Parafraseando al Código de Bello “el usufructuario es dueño de su derecho de usufructo”, de manera que es perfectamente posible atentar contra el derecho de propiedad ejercido sobre el derecho a la educación, que por lo demás se encuentra consagrado como garantía constitucional en el numeral 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental, eso sí sin el resguardo del recurso de protección”⁵⁵.

Lo anterior nos obliga a referimos al fenómeno conocido como “*propietarización de los derechos*”. COUSO la define como “el uso de la garantía constitucional que cautela la propiedad privada para proteger derechos económicos, sociales o culturales que carecen de acceso directo al recurso de protección”⁵⁶. Se trataría para una par-

⁵⁴ Considerando Sexto, Rol N° 8372-2005.

⁵⁵ Voto de Minoría, considerando segundo, Rol N° 8372-2005. Encuentra fundamento tal afirmación en las expresiones del Comisionado OVALLE QUIROZ, quien señalaba en la CENC que al encontrarse protegida la propiedad en todas sus diversas formas “*es evidente que está protegida la propiedad sobre los derechos, que no es sino otra forma de propiedad*”. COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN, Sesión N° 166, p. 4.

⁵⁶ COUSO (2001).

te de la doctrina del uso de una vía indirecta para proteger derechos *lato sensu*, sobre la base de sostener que se tiene un derecho de propiedad sobre los bienes incorporeales que se han incorporado al patrimonio del alumno afectado con la medida, razón por la cual debe respetarse la condición de estudiante, sobre la que se tiene derecho de propiedad.

La jurisprudencia ha sido oscilante en la materia. Hay fallos en que la Excma. Corte Suprema ha señalado, como en *Bauer Callejas con Colegio Julio de Barra Campos*, que “el derecho abstracto a la educación no puede considerarse generador de derecho de dominio, por cuanto carece de valor patrimonial”⁵⁷. Sin embargo, en otras oportunidades, la Corte ha acogido recursos de protección señalando que la institución de enseñanza incurre en acto arbitrario al pretender asilarse en su reglamento interno para sancionar conductas contrarias a sus principios, y que con ello se ha infringido la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 24, puesto que “la calidad de estudiante universitario faculta al interesado para acceder a un título profesional cumpliendo las exigencias universitarias y legales establecidas al efecto, configurando una especie de propiedad sobre los derechos incorporeales”⁵⁸.

Creemos, sin embargo, que tal propietarización es, en los hechos, un intento para dar a los derechos *lato sensu* carácter de *stricto sensu*, obviando sus propias naturales diferencias. Tal teoría, de considerar protegible la propiedad del derecho y no el derecho en sí mismo, conduce, como señala VIVANCO, a “una evidente crisis dogmática” del concepto mismo de propiedad⁵⁹. Pudiera pensarse como más adecuado incluso, como señala VERGARA, “que la propietarización de los derechos, lisa y llanamente, sea una protección dirigida directamente sobre los derechos, como tales derechos, como titularidades jurídicas, con un ámbito propio”⁶⁰.

⁵⁷ Voto de minoría. Corte Suprema (21 de marzo de 2002). Ver *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIX, N° 1 (enero-marzo, Segunda Parte, sección quinta) p. 35.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema (23 de noviembre de 1992).

⁵⁹ VIVANCO (2006) pp. 457-458.

⁶⁰ VERGARA (1992) p. 281.

IV. NATURALEZA DE LA CONTROVERSIA: ¿CONSTITUCIONAL O CONTRACTUAL? EL PRINCIPIO DE SER SIERVO DE LO PACTADO COMO LÍMITE CONTRACTUAL

Solemos en estos debates obviar un aspecto evidente. La Constitución, al asegurar la libertad contractual, ha consagrado constitucionalmente el principio de autonomía de la voluntad en el artículo 19 N° 21. Los romanos, desde tiempos inmemoriales, pretendieron darle valor normativo al principio denominado *pacta sunt servanda*, locución latina que se traduce como “*lo pactado obliga*”. Tal noción expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Constituye un principio básico del derecho civil, específicamente relacionado con los contratos.

Sin mencionarlo explícitamente, el fallo recoge, a nuestro juicio, este principio en forma adecuada. En el considerando cuarto de la sentencia de marras, la Corte expone que

“de esta forma queda claro a estos jueces que la situación normativa del Colegio había sido aceptada y era plenamente conocida tanto por el alumno como por su apoderado (...) de los diferentes documentos del colegio acompañados al informar, aparece que la aceptación ha de referirse a los principios y valores que se contienen en (...) el Proyecto Educativo del colegio y su Programa de Valores (...) en los que se hace una clasificación de las distintas faltas, procedimientos y sanciones. Dentro de las posibles sanciones de las faltas que se consideren gravísimas está la de cancelación de la matrícula en forma inmediata”⁶¹.

La Corte es clara: las reglas eran conocidas de las partes y deben respetarse al punto de ser esclavo o siervo de la palabra empeñada.

Es que, como resulta lógico, tal principio es una base angular de nuestro derecho, público y privado. Como plantea HUESBE, “sin este consenso, el mundo moderno no podría sobrevivir ni un solo instante. ¿Cómo sustentar los negocios (...) si las partes no estuvieran dispuestas a guardar la fe prometida? ¿Qué gobierno sería posible sin la validez de ese principio?”⁶². Sin duda, su inexistencia significaría el comienzo del fin del Estado de Derecho, razón más que suficiente como para considerarlo como un principio rector del sistema jurídico. Pero el alcance práctico de dicho principio no basta

⁶¹ Considerando cuarto, Rol N° 8372-2005.

⁶² HUESBE (2005) pp. 329-338.

para comprenderlo en su magnitud plena: “No hay duda alguna que tras la regla *pacta sunt servanda* hay una base moral”, sostiene con razón VIRALLY⁶³.

Esta noción, frecuentemente usada en derecho internacional público⁶⁴, es plenamente atendible en el derecho civil y en las relaciones entre particulares. Incluso, como en el caso que se comenta, permite resolver conflictos de aparente colisión de normas constitucionales, como la libertad de enseñanza de un establecimiento educacional que pretende aplicar sus normas de disciplina contra la voluntad –y la convicción jurídica– del alumno que alega su derecho de propiedad sobre su condición de alumno, su igualdad ante la ley y la falta de un justo y racional proceso de expulsión del mismo.

La reflexión de fondo es ¿debo como contratante cumplir siempre con mi obligación contractual? ¿Incluso cuando se trate de la educación de mis hijos, desordenados o desobedientes? Y la respuesta desde la perspectiva de la libertad ha de ser siempre positiva, a la luz del artículo 1545 del Código Civil, toda vez que ser “siervo de lo pactado” implica cumplir el contrato legalmente celebrado, el cual tiene para las partes rango de ley, y que no puede ser desobedecido salvo por mutuo acuerdo de las partes o la propia ley.

Esta limitación obra en favor del contratante diligente, esto es, aquel que cumple con lo acordado, limitación que rige a ambas partes –el colegio y el alumno– toda vez que “los efectos del contrato celebrado obligan a las partes en un plano de igualdad, como lo expresa el artículo 1545 del Código Civil”, como lo ha recordado la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁵.

V. CRAIGHOUSE, RECURSO DE PROTECCIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA DESDE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIALES

Así las cosas, la pregunta de fondo en esta materia es: después de *Craighouse* ¿qué? ¿Es suficiente el impacto de *Craighouse* como para desincentivar una controversia equivalente, disuadiendo a un

⁶³ Citado en SORENSEN (1973) p. 158.

⁶⁴ El artículo 26 de la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS establece el principio en comento, disponiendo que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Ver *Gaceta Jurídica* (1996) N° 203, p. 70.

apoderado de un colegio similar presentar un nuevo recurso de protección contra un establecimiento educacional?

Lamentablemente, la respuesta es no y desde el punto de vista de las políticas públicas judiciales, y como se plantea en la introducción, *Craighouse* plantea dos complejidades adicionales. En primer lugar, la falta de un desarrollo jurisprudencial más sofisticado de las garantías que están en juego –cuestión que trasciende con mucho la sentencia comentada–, reflejaría la existencia de una jurisprudencia constitucional en materia de protección que parece atrapada frente al sentido de esta acción y que desde el punto de vista económico no parece estar produciendo los bienes públicos que requiere la sociedad, y que son las que en definitiva justifican desde el punto de vista social el que estos bienes públicos sean producidos por el Estado –en este caso por los tribunales superiores de justicia– y financiado con cargo a rentas generales.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado a lo anterior, es precisamente la naturaleza más bien contractual de la discusión analizada, y que se infiere de la propia sentencia de la Corte, la que sirve a su vez para mostrar cómo la protección está siendo crecientemente transformada en un sustituto de los procedimientos y recursos ordinarios, de otros ámbitos jurisdiccionales, cuestión que distorsiona el recurso de protección (y su abuso por parte de los litigantes), el sentido de la jurisdicción constitucional y en definitiva la asignación óptima del bien justicia.

5.1 Recurso de protección y jurisdicción constitucional

El recurso de protección consiste en una acción, establecida en la Carta Fundamental, que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al ofendido cuando aquel se ve quebrantado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales que perturban, privan o amenazan el legítimo ejercicio de algunos de los derechos garantizados en la misma Constitución Política del Estado⁶⁶. Su

⁶⁶ SOTO KLOSS (1982) pp. 12-13. Para Soto Kloss, el recurso de protección es una acción cautelar de derechos constitucionales y más precisamente un mecanismo de amparo frente a las posibles violaciones por parte de la administración pública. La acción de protección es, en esta lógica, un mecanismo necesario para que efectivamente pueda existir un Estado de Derecho, toda vez que este “supone un orden jurídico objetivo e impersonal, cuyas normas inspiradas en un superior sentido de justicia obligan por igual a gobernantes y gobernados (...) pues al obligar por igual a gobernantes y gobernados tanto estos como aquellos han de actuar conforme a

incorporación al derecho nacional se remonta al Acta Constitucional N° 3 (1976)⁶⁷.

Si se compara la acción de protección con otras vías procesales que existen para el amparo de derechos, se observa que ella constituye una alternativa bastante más simple y desformalizada en su interposición, así como una vía ostensiblemente más rápida. Es conocida directamente por una Corte de Apelaciones, quien tiene facultades amplias y genéricas para procurar el restablecimiento del derecho, incluyendo, desde luego, la invalidación del acto estimado ilegal o arbitrario y todas las demás que la Corte estime pertinentes a fin de evitar que se expandan las consecuencias del acto que ha quedado calificado de ese modo. Lo anterior ha implicado un crecimiento progresivo del uso de este recurso, como lo muestra la evidencia presentada más adelante.

Derecho, siendo el juez quien ha de declarar dicha conformidad o disconformidad cuando haya contienda, pues solo a él el constituyente le ha confiado la jurisdicción en forma exclusiva y excluyente". A juicio de este autor, este recurso a un juez independiente es lo que permite configurar un Estado de Derecho; el que, "como concepto jurídico, nació precisamente y se ha desarrollado, sobre la base de la necesidad de un juez, independiente e imparcial que conociendo de dichos agravios, producidos por la autoridad (política o administrativa), decida el conflicto y su sentencia se imponga con la fuerza (o imperio) de *res iudicata* a las partes del litigio, aun si una de ellas es la mismísima autoridad administrativa estatal". SOTO KLOSS (1982) p. 52. Así, la figura no solo es presentada como el amparo frente al abuso de la administración, sino también como el mecanismo que hace que la Constitución pueda alcanzar una vigencia efectiva, como norma jurídica eficaz, pues "de nada sirve que les sean reconocidos esos derechos públicos subjetivos, por el ordenamiento si solo pudieran recurrir de agravio ante la propia autoridad agravante o su superior jerárquico, pues es obvio que nadie puede ser juez en su propia causa". Ídem.

⁶⁷ Con la excepción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que tiene un tratamiento especial y más exigente para la procedencia de esta acción, la regla general es que el recurso pueda utilizarse para el amparo de los llamados derechos civiles y políticos excluyendo los de contenido económico, social y cultural. Así, su objetivo y finalidad expresa ha sido precisamente el de amparar al titular de alguno de los derechos constitucionales, cuando por actos u omisiones arbitrarios o ilegales se ve amenazado, perturbado o privado en su legítimo ejercicio, tanto por parte de órganos del Estado como por los particulares. En sus orígenes se le vinculó especialmente con el control de la acción de los órganos del Estado, particularmente débil en la tradición jurídica chilena luego que los Tribunales interpretaran que la Constitución de 1925 no les otorgaba jurisdicción para conocer de las causas contencioso administrativas mientras no se crearan Tribunales especializados para ello: "(...) paliar la indefensión del ciudadano frente a la ilegalidad del actuar administrativo del Estado fue el motivo principal de ir a la creación de este remedio ágil, pronto y eficaz, tratando de sobrepasar o superar esa denegación de justicia que los Tribunales Ordinarios habían adoptado frente al contencioso-administrativo. SOTO KLOSS (1982) p. 402. No obstante esta finalidad, lo cierto es que la acción de protección no solo procede cuando el acto arbitrario o ilegal que se alega proviene de la administración sino también cuando viene de un particular.

5.1.1 Una mirada positiva (empírica): lo que es

El punto de partida del análisis en *Craighouse*, al igual que para la generalidad de las sentencias de protección, es empezar identificando la acción u omisión impugnada, deteniéndose en el examen de su legalidad o arbitrariedad. Es usualmente aquí donde la corte concentra su argumentación. Luego, la corte determina si ha habido afectación de alguno de los derechos fundamentales que permiten la interposición del recurso de protección. Esta última cuestión rara vez recibe suficiente justificación. Esta metodología carga en forma excesiva el examen de legalidad y arbitrariedad, lo que además es particularmente sensible cuando se busca impugnar un acto de la administración, donde la asimetría Estado-ciudadano es manifiesta⁶⁸. Es muy difícil desechar un recurso después de haber declarado que la acción u omisión impugnada es ilegal o arbitraria. Por eso, cuando la corte intuye que el recurso debe ser rechazado, tiende a negar que la medida sea ilegal o arbitraria⁶⁹.

En este sentido, se ha dicho reiteradamente que el recurso de protección tiene como fin primario el amparo del legítimo ejercicio de determinados derechos fundamentales. Así, el conocer y resolver un recurso de protección constituye jurisdicción constitucional, pues es necesario pronunciarse siempre respecto al ámbito protegido por

⁶⁸ Por otra parte, lo que es tal vez tanto o más importante, distorsiona el sentido del recurso de protección, pues, al trivializar la condición central de que se afecte un derecho fundamental, el recurso de protección se transforma en un recurso ordinario de impugnación de la legalidad de los actos de la administración y que paradoja de paradojas, lo transforma del recurso más intensamente vinculado a la posición subjetiva del ciudadano, por cierto, la parte más sensible de su posición jurídica, a un recurso que protege la mera legalidad objetiva. No es de extrañar dado lo rápido y económico que resulta, que el recurso de protección haya pasado a ser el medio de impugnación de los actos de la administración más usado en la práctica forense, aun por sobre los recursos especiales y llevando a la práctica irrelevancia la protección del ciudadano a través de los tribunales ordinarios otorgada por el artículo 38, en otras palabras, en la práctica forense se ha hecho un uso indiscriminado del recurso de protección que ha deformado su sentido, y de manera tal, que ya no es reconocible su especial posición como mecanismo de protección de los individuos: el recurso de protección se ha convertido en el mecanismo procesal ordinario de control de la actividad de la administración, sea que esta se traduzca en actos administrativos (actos decisorios unilaterales de efectos singulares), en reglamentos (actos normativos de efectos generales) o en contratos administrativos (actos bilaterales de la administración). TSCHORNE y CORREA (2004) p. 654.

⁶⁹ Para Correa, la corte haría mucho mejor si comenzara su análisis examinando si la acción u omisión impugnada afecta en principio un derecho fundamental. Solo habiendo respondido afirmativamente a esa pregunta, debería preguntarse el tribunal por la justificación de la acción u omisión. Esta forma de proceder permitiría al tribunal identificar los problemas de constitucionalidad de manera mucho más certera que la metodología actual. CORREA (2004) p. 567.

el legítimo ejercicio de un derecho constitucional. De este modo, lo que debería esperarse que fuera parte del objeto central de discusión en la mayoría de los casos en que se ha interpuesto un recurso de protección es el contenido de los derechos fundamentales invocados, sin embargo, ello no se ha dado de esta manera en la práctica⁷⁰. Esta es una cuestión grave no solo porque trivializa a los derechos fundamentales sino porque distorsiona el sentido del recurso de protección⁷¹.

En esta materia, como en la mayoría de las cuestiones judiciales, la evidencia empírica es bastante escasa, lo que es una nueva invitación al Poder Judicial y al Estado en general a tomar en mayor consideración esta cuestión, clave en el proceso de diseño e implementación de reformas judiciales. Sin embargo, hay dos trabajos empíricos que destacan.

VARGAS Y OTROS, en base a todos los fallos emanados en el período 90-95 de la Corte de Apelaciones de Santiago, indican que de un total de 5.312 causas terminadas en el sexenio solo un 12% de los recursos de protección fueron acogidos, 51% fueron rechazados, 30% declarados inadmisibles, 7% desistidos y menos de 1% terminados por otras vías. Los autores destacan el aumento de los recursos terminados por una declaración de inadmisibilidad, los que pasan de ser un 24% del total de los terminados en el año 1990 a 49% en 1995⁷².

En este mismo trabajo, también se tomó como submuestra todos aquellos fallos dictados por la Corte de Santiago en el año judicial 1995, que no fueron revocados y todos los de la Corte Suprema que revocaron o confirmaron con declaración alguno de los contenidos de la muestra: la muestra incluía todos los fallos de ese año en

⁷⁰ En efecto, la mayoría de los fallos acoge o rechaza un recurso de protección sin apenas pronunciarse acerca del contenido del derecho fundamental invocado, sino que se contenta con constatar si hay o no ilegalidad y arbitrariedad, y luego según ello se declara sin mayor reflexión adicional que se ha afectado o no se ha afectado el derecho invocado.

⁷¹ Ello, además de suyo, tiene efectos desde el punto de vista de la labor jurisdiccional: la infracción al deber de fundamentación de las sentencias judiciales que es un elemento básico del Estado de Derecho, pues, entre los requisitos de procedencia básicos está la constatación de la afectación del legítimo ejercicio de un derecho afectado además de la existencia de un acto arbitrario e ilegal, y por supuesto, la mera cita de la garantía que se estima afectada y de la disposición constitucional que la consagra no constituye fundamentación suficiente. TSCHORNE Y CORREA (2004) p. 652.

⁷² VARGAS Y OTROS (2001) pp. 57-58.

recursos interpuestos contra órganos de la administración del Estado, los que suman un total de 277 (incluyendo 7 revocados y 13 confirmados con declaración sustantiva)⁷³. Algunos de los resultados en esta materia indican:

- En 38 de los 277 fallos analizados se verificó algún razonamiento acerca de uno o más de los derechos constitucionales invocados. En los restantes, una proporción superior a 85%, el fallo definitivo no contiene razonamiento alguno respecto de derechos constitucionales. De ese 85%, hay un quinto en que el fallo contiene alguna referencia a algún derecho constitucional, aunque esta es puramente evocativa; esto es, se alude al numeral o se cita el contenido de la Constitución, sin que conste razonamiento alguno acerca del sentido o alcance del precepto constitucional. En consecuencia tan solo en un 14% de los fallos de la muestra es posible que se produzca la externalidad positiva consistente en que la comunidad jurídica conozca el significado de la Constitución mejor de lo que el propio texto se explica a sí mismo.
- En 5 de las 277 sentencias el Tribunal desarrolla un criterio acerca de aquello en lo que consiste el legítimo ejercicio de un derecho. En esos cinco casos, el recurso resulta rechazado. Así, la proporción en que se verifica este desarrollo acerca del concepto constitucional de ejercicio de un derecho es apenas de un 2%.
- En 196 de los 277 fallos se verifica un examen acerca de la legalidad del acto u omisión impugnado (lo que representa un 71%). Del universo de fallos en que no se hace este examen, los que representan menos de un tercio del total, la mitad son declarados inadmisibles. Así, tan solo en 3 de los 52 fallos en que se acoge el recurso no hay análisis acerca de la legalidad del acto, mientras que tal análisis falta en alrededor de un quinto de los que se rechazan.
- En solo 6 de las 277 causas, la Corte considera arbitrario un acto que no había calificado de ilegal.

⁷³ Estos fallos se revisaron con el objeto de reconocer si en ellos se verificaba la producción de los bienes públicos propios de la jurisdicción constitucional y especialmente si era posible encontrar en ellos un desarrollo de las garantías constitucionales invocadas o amparadas, si aparecía el desarrollo de algún otro concepto constitucional; si se aparecía siguiendo alguna jurisprudencia y si se determinaba la competencia de algún órgano.

- En ninguna de las 277 sentencias se cita jurisprudencia para razonar acerca de la naturaleza del recurso o para dar significado al texto constitucional acerca de algún derecho. Tan solo en 4 de los 277 fallos aparece alguna cita o referencia a fallos anteriores en algún considerando.

Para estos autores, la evidencia empírica en materia de protección los lleva a concluir que si bien su uso era frecuente y el número y relevancia social de los fallos había sufrido un constante aumento, el debate que genera su interposición dice relación mucho más con la legalidad del acto u omisión que con derechos constitucionales. Por lo mismo,

“la jurisprudencia no ha ayudado a otorgar significado a la Constitución, ni seguridad a la población acerca de su sentido y alcance. Como consecuencia de lo anterior, la protección tampoco ha ayudado, de modo relevante, a velar por la supremacía de la Constitución, porque ha sido un instrumento eficaz para velar por la legalidad de los actos de la administración y de particulares, mas no para controlar su constitucionalidad. En otras palabras, la protección ha operado como un control de legalidad y no propiamente como un control de constitucionalidad. Este mecanismo tampoco ha ayudado de modo significativo a limitar el poder en resguardo de los derechos garantizados en la Constitución, puesto que la protección ha servido para amparar derechos frente a actos u omisiones ilegales, pero ello no debe ser confundido con la idea de defensa de derechos o garantías constitucionales. La especificidad de estos y la determinación de su sentido y alcance no parecen tener presencia ni aplicación en el debate jurisprudencial de protección”⁷⁴.

Por otro lado, GÓMEZ, analizando casos de protección llegados hasta la Corte de Apelaciones de Santiago –y la Corte Suprema– entre 1990 y 1998 concluye que prácticamente no había controversia o pretensión que no pudiera llevarse a una Corte de Apelaciones mediante la protección. En los hechos, el recurso tendió a desplazar los procedimientos legales en aplicación, convirtiéndose en un equivalente jurisdiccional. Todo esto trajo como consecuencia la expansión de la demanda por justicia constitucional entre 1990 y 1998 en 148% (de 598 a 1484 ingresos anuales), creciendo anualmente a una tasa promedio del 16,7%⁷⁵. Como contrapartida, la elasticidad de respuesta

⁷⁴ VARGAS Y OTROS (2001) p. 157.

⁷⁵ Este incremento en la demanda por protección estaría estrechamente vinculada a los bajos costos de interponerla y al inmenso valor comparativo de la protección frente al resto de los procedimientos judiciales. Más aún, la práctica que acentuó los factores de legalidad de los recursos y la escasa argumentación constitucional que

del sistema fue igualmente sorprendente, pues los fallos igualaron, al menos en las Cortes de Apelaciones de Santiago, a los ingresos generales del recurso anualmente. La evidencia proporcionada por este trabajo muestra cuestiones interesantes.

- De las 9.145 causas ingresadas en el registro de la Corte, los fallos argumentados, esto es, entre acogidos y rechazados, constituye solo el 46,5% del total de los modos de término que se evidencian en el período. Si a los acogidos y rechazados se les suma la inadmisión, alcanza el 80,6%.
- Las causas acogidas representan un 7,6% del total de las resueltas. Tal porcentaje es ciertamente alto si tomamos como ejemplo de comparación otros modelos de control similares a este; acentuando el valor de la demora y el costo (es decir, correr el riesgo).
- Los fallos de rechazo son 3.559, lo que representa un 48,2% de los modos de términos jurisdiccionales, excluidas las resoluciones de inadmisión, y un 38,9% del total de fallos. Por su parte, los inadmisibles que constituyen 3.122 causas son el 42% de las resoluciones propiamente jurisdiccionales y el 34,1% del total de los modos de término.

Para este autor, son diversas las cuestiones que explican la evolución y estado actual del recurso de protección, que tuvo una expansión significativa durante el periodo 1990–1998. Políticamente, el crecimiento de la demanda por tutela de derechos puede estar vinculado, al fortalecimiento del estado de derecho en una democracia constitucional, a la expansión económica y una mayor diversidad social. Esta expansión de la demanda –equivalente a lo sucedido en otros sistemas comparados de jurisdicción constitucional– habría provocado dos efectos importantes al interior del sistema judicial. Por una parte, incrementó el número de fallos (no necesariamente su calidad) en la Corte de Apelaciones hasta equiparar la demanda (rasgo elástico) y, por la otra, atrajo recursos y medios del Poder Judicial estimulando, como resultado directo, el retraso general de otras funciones judiciales de las Cortes de Apelaciones.

La reacción institucional de la Corte Suprema no se hizo esperar. A través del auto acordado⁷⁶ de 1998 la Corte Suprema puso atajo a

admite que cualquier disputa o litigio posee dimensión y fundamento constitucional contribuyó a desorbitar la práctica y el recurso. GÓMEZ (2005) p. 565.

⁷⁶ En la década de los 90', la regulación de la tramitación del recurso de protección la encontramos en el auto acordado de 1992 (publicado en el Diario Oficial el 27 de

lo que ella creía eran las causas directas del atraso de causas en las Cortes y en la Corte Suprema en particular⁷⁷. La solución de la Corte fue incrementar facultades discrecionales de los jueces para rechazar los asuntos *ad limine* (a través de la revisión previa de admisibilidad) y atenuar las exigencias del debido proceso para el conocimiento y resolución de los asuntos de protección⁷⁸.

Asimismo, una de las razones que explican que el recurso se haya convertido en un equivalente jurisdiccional para el autor, es una razón de naturaleza estructural: el recurso no se ha diferenciado con claridad del resto de las acciones, debido a la posición indefinida que se le ha dado frente al resto de las acciones jurisdiccionales de la jurisdicción común⁷⁹.

junio de 1992) y modificado posteriormente por auto acordado de 1998 (publicado en el Diario Oficial el 4 de junio de 1998). Una nueva modificación se produjo en 2001 (publicado en el Diario Oficial el 20 de septiembre de 2001) que establece una nueva distribución de las causas entre las salas de la Corte Suprema durante el funcionamiento ordinario y extraordinario de ella.

⁷⁷ Para GÓMEZ, la Corte Suprema reaccionó en 1998 frente a la amenaza que creía representaba el recurso de protección para el buen funcionamiento de la justicia. La expansión de la demanda por protección, el crecimiento paralelo de los fallos y las externalidades negativas que dicho crecimiento provocó en el sistema judicial impulsaron al Alto Tribunal a dictar, frente a la evidente omisión legislativa, un Auto Acordado dirigido a evitar el crecimiento exponencial de los ingresos de protección que se advertía, la demora general de causas y el retraso que evidenciaba la Sala Constitucional de dicho tribunal. La solución consistió en establecer la revisión previa de admisibilidad de todos los recursos (decisión prácticamente incuestionable) y la resolución de los recursos en segunda instancia, prácticamente sin alegatos, en cuenta. También se eliminó la sala constitucional concentrada, la que fue reemplazada por una norma que atribuye, de modo incomprensible, competencia a todas las salas de la Corte Suprema para resolver las apelaciones de estos recursos, distribuyéndose los recursos de protección entre las Salas del Alto Tribunal en función de la región de la que proceden, y sin prever mecanismo alguno para evitar sentencias contradictorias entre las salas. GÓMEZ (2005) pp. 44-45. A partir del año 1998 los ingresos se estabilizan en orden a 1.500 recursos.

⁷⁸ Esto es, la revisión de los asuntos en segunda instancia en cuenta y supresión de la Sala Constitucional concentrada, estimulando los fallos e interpretaciones contradictorios de la Constitución entre las Salas). GÓMEZ (2005) pp. 600-601.

⁷⁹ A diferencia del Derecho Comparado, en donde este tipo de recursos demanda el agotamiento de las vías previas, la protección ha sido concebida como acción competitiva caracterizada por el bajo nivel de debate constitucional y el alto contenido de legalidad que presentan los problemas. Desde esta perspectiva, el recurso de protección fue mal diseñado, pues no ha logrado clarificar si es un equivalente o sustituto procesal de las acciones que prevé el ordenamiento común legalmente o si es una acción constitucional para la tutela de derechos. Asimismo, los operadores y la jurisprudencia contribuyeron también a la expansión de la acción y su descuadre. Así, el acentuado carácter de equivalente legal a las acciones del derecho común que adquirió la protección durante la década del 80' y 90', produjo fallos con escasa argumentación constitucional. Más aún, el uso de la noción propiedad sobre bienes incorpóreos, apartándose de cómo los civilistas la entendían, para amparar posiciones subjetivas de todas clases, sirvió como excusa constitucional e "infló" la jurisdicción de recursos. Se usó para incumplimiento de contratos, la titularidad

Por otra parte, para ATRIA el problema central del recurso de protección es que él permite y hace casi irresistible la tentación de decidir cuestiones de derechos de individuos sobre la base del sentimiento natural de justicia de la corte de apelaciones respectiva o la Corte Suprema. Esto es disfuncional y esta disfuncionalidad es, adicionalmente, innecesaria. Para el autor, una mirada a la jurisprudencia de protección muestra que la importancia forense que ha alcanzado ese recurso es consecuencia de que él cumple funciones para las que un procedimiento de amparo constitucional es claramente contraproducente; la mayoría de los casos decididos en sede de protección podrían ser solucionados por un procedimiento contencioso administrativo adecuado (es decir, por una acción de reclamación de legalidad de los actos de la administración) y, en materia de derecho privado, por una adecuada acción de urgencia. En ambos casos la referencia a los derechos constitucionales sería irrelevante y bastaría hacer referencia a la ley (analizar la legalidad de la acción del recurrido)⁸⁰. NOGUEIRA sostiene que si bien es cierto que los abogados han abusado del recurso, deduciéndolo ante cuestiones absurdas o sin relevancia jurídica, tiene que ser también reconocido que ello se debe, al menos en parte, a la falta de tribunales contencioso administrativos, a la lentitud y complejidad del procedimiento ordinario e incluso, del procedimiento sumario⁸¹.

En definitiva, este fenómeno de vulgarización en la aplicación de los derechos fundamentales se produce porque a final de cuentas, los tribunales de justicia han invocado los derechos fundamentales por la necesidad formal de invocarlos como requisito habilitante para conocer y acoger un recurso de protección. Por eso es que el desarrollo dogmático del contenido de los derechos fundamentales no sirve para explicar la jurisprudencia en materia de recurso de protección, pues, los tribunales más que como mecanismo de protección de derechos fundamentales, lo ha utilizado para llenar el vacío que nuestra legislación procesal tiene en materia administrati-

sobre cuentas corrientes, el monto de los seguros, los derechos personales surgidos del contrato, el crédito, sobre el cargo, la función, la calidad de estudiante, de socio, al horario y muchas otras.

⁸⁰ Para Atria, la razón para esto último es evidente: el recurso de protección procede contra acciones ilegales o arbitrarias, es claro que en derecho privado solo puede proceder contra acciones ilegales. Los individuos en una sociedad de mercado tienen libertad para actuar, como lo declara el artículo 582 del Código Civil, arbitrariamente (la negación de esta afirmación es incompatible con un sistema de mercado). ATRIA (2004) p. 48.

⁸¹ NOGUEIRA (2000) pp. 58 y ss.

va y civil. Esto es, han transformado el recurso de protección en el equivalente de las medidas cautelares administrativas y civiles, en la que poco queda de la posición del recurso de protección como mecanismo especial de amparo de derechos constitucionales⁸².

5.1.2 Una mirada normativa: lo que debiera ser

En principio, el bien justicia equivale a la resolución de una incertidumbre en la titularidad de un derecho. Parece evidente que, en principio, la reducción de tal incertidumbre es un bien privado –se trata de un bien rival– aunque posee *externalidades positivas*⁸³ que deben ser compensadas con cargo a rentas generales. Hay, con todo, áreas de la justicia relacionadas con la identidad del sistema normativo que producen información respecto de cuáles son las normas del sistema. En este caso se trata de un *bien público*⁸⁴ –que

⁸² TSCHORNE Y CORREA (2004) pp. 654-655.

⁸³ Las externalidades son tratadas en economía a raíz de las fallas de mercado. El intercambio dentro de un mercado es voluntario y mutuamente benéfico. Por lo general, las partes que intercambian captan todos los beneficios y asumen todos los costos. Pero a veces los beneficios de un intercambio pueden afectar a individuos distintos de quienes participaron explícitamente en él. Además, los costos del intercambio también pueden afectar a otras partes. El primer caso es un ejemplo de beneficio externo; el segundo, de costo externo. Un ejemplo de beneficio externo es la polinización que un apicultor provee a su vecino que tiene un huerto de manzanos. Un ejemplo de costo externo es la contaminación del aire o agua. COOTER Y ULEN (2002) p. 62.

⁸⁴ Los bienes públicos, a diferencia de los privados, poseen ciertas características que hacen problemática la explicación y determinación de los procesos de asignación de los mismos. A grandes rasgos existen dos propiedades fundamentales de estos, por una parte, la no exclusividad y por otra la indivisibilidad o, lo que es lo mismo, la existencia de oferta conjunta para su consumo. Por exclusión entendemos que, a diferencia de los bienes privados, en los públicos resulta extraordinariamente difícil o costoso excluir a una persona de su consumo. Así, por ejemplo, resulta muy difícil o imposible excluir a una persona de escuchar las emisiones radiales una vez que ella posee una radio. De forma similar, es imposible excluir a una persona del consumo de playa una vez que la sociedad ha establecido que ellas son bienes “comunes”, lo que permite a toda persona el ejercicio de ese derecho. Sin perjuicio de que los costos de imponer barreras de entrada al uso de la playa no son altos, la existencia de un derecho impide el establecimiento de mecanismos de exclusión. ¿Por qué? La indivisibilidad se refiere al hecho que el consumo que hace un individuo de él no disminuye la cantidad disponible del bien para otros. El consumo de un bien público es el mismo para todos. Las ondas radiales no se agotan al momento del consumo que cada individuo hace de ellas. El ejercicio del derecho de playa no altera la disponibilidad de playa a ser usada por otros individuos. No obstante, dada las características físicas de la playa, ella es perfectamente divisible, no obstante el derecho a la misma no lo es y en cuanto tal, a pesar que el consumo de la playa agote las unidades disponibles de playa para otros, el derecho aún subsiste de manera indivisible. Ahora bien, un bien puede ser indivisible aun cuando exclusivo; ejemplos de ellos son las carreteras y puentes. Una vez producidos están a disposición de otros para su consumo, sin embargo, no es costoso excluir a alguien de su consumo, por ejemplo a través de peajes o en el caso de la playa, en ausencia de un

es el caso de la jurisdicción constitucional por las razones que se expresan más adelante–.

El nivel de justicia disponible en una sociedad depende de la interacción entre la demanda por justicia y la oferta existente de la misma. La demanda por justicia deriva de la necesidad de protección frente a la infracción de derechos y esta, por su parte, del grado y características de la oferta de protección. La justicia opera no solo de modo represivo –interviniendo coactivamente ante la infracción de un derecho– sino, también, de un modo disuasivo o preventivo⁸⁵. Este último, posee relevancia desde el punto de vista económico puesto que equivale a una *externalidad positiva* del sistema. Hay sujetos que quedan protegidos por el sistema de justicia sin incurrir en costos por esa protección (honorarios de abogados, tasas judiciales, tiempos de espera, etc.).

Un sistema de justicia no puede, en consecuencia, aspirar a que todas las personas puedan ingresar demandas al sistema⁸⁶. Debe aspirar, en cambio, a que todos estén protegidos: la protección óptima se alcanzaría mediante un equilibrio entre la oferta y la demanda de justicia o, en otras palabras, mediante un equilibrio entre el

derecho común sobre estas. De ello se sigue que la propiedad del bien no determina su naturaleza de bien, sino que altera el dominio legal de la misma, es decir, una carretera o playa pública permite que cualquier persona tenga el derecho al uso de la misma, no obstante ello constituye una ficción legal, pero que en modo alguno impediría que alguien fuera propietario de la misma y cobrara por su uso. En resumen, la indivisibilidad no implica la no exclusividad. La asignación y producción de bienes públicos es problemática por las dificultades existentes de hacer que las personas paguen por ellos. Si ningún individuo pueden ser excluido de los beneficios derivados, digamos del “aire libre de contaminación”, ellos estarán tentados al *free-riding*, o sea, a obtenerlo sin pagar. Al respecto ver GUZMÁN (2001).

⁸⁵ Es fundamental entender en esta materia –y como ha sido largamente desarrollado por el análisis económico del derecho, en las obras de POSNER (1981) Y (2000), COOTER Y ULLEN (2002), POLINSKY (1989) Y SHAVELL (2004, que el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Tribunales de Justicia para un caso particular tiene, en primer lugar, efectos *ex post* entre las partes, esto es, la resolución propiamente tal establece bajo qué circunstancias, cómo y con qué efectos se han violado determinados derechos de una de las partes; pero adicionalmente las decisiones judiciales generan un impacto *ex ante* sobre las expectativas de los individuos (agentes económicos), incentivando o desincentivando conductas. Por ejemplo, la redacción de contratos más completos, disminuyendo el espacio de interpretación de sus cláusulas; el establecimiento de cláusulas de arbitraje para resolver determinadas materias, desincentivando la litigación en los tribunales ordinarios; la disminución de los incumplimientos, frente a una aplicación rigurosa de la ley (*enforcement*); etc. Sobre los efectos *ex ante* de las decisiones judiciales y sus implicancias desde el punto de vista del análisis económico del derecho ver especialmente POSNER (2000) pp. 29-30

⁸⁶ Un sistema de justicia óptimo no equivale, entonces, a un acceso pleno e igualitario a los tribunales de justicia. La exclusión de un sistema de justicia –entendida como imposibilidad de resolver todos los conflictos a través del sistema– no es, entonces, mala por sí misma ni equivale a desprotección.

efecto represivo y el efecto disuasivo⁸⁷. Cada sentencia judicial posee, así, un componente de bien público –el efecto disuasivo y la información respecto del sistema normativo–. En efecto, la información producida por las decisiones judiciales –acerca del contenido del sistema normativo, de sus límites y de la manera en que el derecho está siendo producido por los jueces– puede ser denominada “precedente” (sea mediante un esquema de *stare decisis* o de casación). Como ha sugerido POSNER, un cuerpo de precedentes en un área del derecho constituye un stock de bienes de capital, específicamente un stock de conocimientos acerca del producto de varios años de litigación. Esos conocimientos son aprovechados por los litigantes potenciales quienes, de esa manera, saben cuáles son sus obligaciones y sus probabilidades en un conflicto, situándose así, en mejores condiciones para decidir si invertir o no, por ejemplo, en un litigio⁸⁸.

En este contexto, la jurisdicción constitucional debiera producir dos bienes públicos claramente diferenciables: (i) el control del poder político –y la consiguiente protección de los derechos fundamentales de los individuos⁸⁹– y (ii) el desarrollo interpretativo del texto constitucional, que es la vez complementario de la labor que le corresponde al legislador de dictar las normas generales que rigen a

⁸⁷ VARGAS Y OTROS (2001) pp. 25-26.

⁸⁸ POSNER (2000).

⁸⁹ La función de someter la política al derecho o de controlar el ejercicio del poder político constituye la esencia de un Estado de Derecho; “el gobierno de las leyes y no de los hombres”, según la formulación más antigua. Para que ello opere, no basta con la existencia de leyes y particularmente de un texto constitucional que se declare a sí mismo como superior a gobernantes y gobernados. Es indispensable la existencia de una jurisdicción regulada y sometida también al derecho, que sea capaz de actuar para invalidar los actos del poder que sobrepasen al derecho. El control del poder político en base al derecho no es más que la vieja técnica de la protección de los derechos fundamentales. Son precisamente esos derechos los que constituyen el límite al poder. Es la efectiva vigencia de esos derechos los que constituyen al súbdito en ciudadano, dotándolo de igual dignidad y de atributos que ni siquiera la voluntad mayoritaria puede desconocer. La jurisdicción constitucional está llamada a dar efectiva vigencia a estos derechos. Cuando un ciudadano o ciudadana reclama que alguno de sus derechos fundamentales ha sido vulnerado, es tarea de la jurisdicción constitucional restablecerlo. Cuando lo hace, no solo se beneficia aquel cuyo derecho se vio vulnerado; es el Estado de Derecho el que gana eficacia; es la vigencia de los derechos, más allá del caso particular la que está en juego. Los beneficios del fallo para todo el sistema institucional son evidentes, ya que cuando se quebranta el orden en esa parte, su restablecimiento no solo importa al directamente afectado, sino que tiene sobre todos los titulares de esos derechos; es decir respecto de todos. VARGAS Y OTROS (2001) pp. 39-40.

la comunidad⁹⁰. En otras palabras, la jurisprudencia constitucional genera información acerca de cuál es el sistema normativo; acerca de cuáles son las titularidades de que están provistos los sujetos; y contribuye, además, a producir arreglos institucionales (como ocurre cuando el sistema de justicia constitucional dirime disputas de competencia en el sistema político). Esta función se realiza, fundamentalmente, por la vía de decidir qué normas están provistas finalmente de obligatoriedad y cuáles derechos tienen los ciudadanos, delimitando así, las esferas de acción de las personas. Un sistema constitucional debe generar esa información y ello justifica su financiamiento con cargo a rentas generales mediante un único órgano que tenga la última palabra al decir qué es derecho en cada caso⁹¹.

5.2 ¿Cómo avanzar hacia la reconstitucionalización del recurso de protección?

Como hemos visto cada decisión judicial contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles y a desalentar el comportamiento oportunista (disminuir la incertidumbre respecto del sistema norma-

⁹⁰ A la jurisdicción constitucional le corresponde desarrollar el texto constitucional, atribuyéndole un sentido y alcance concretos, un significado para la vigencia social, que vaya más allá y sea más explícito que el propio texto. Como se sabe, las normas constitucionales son generales y abstractas. Su aplicación no es nunca un ejercicio meramente mecánico, sino uno de interpretación que integra diversos factores históricos, sociales y fácticos. El resultado de tal interpretación implica completar el trabajo del Constituyente señalándole a los ciudadanos, en términos ahora mucho más precisos y concretos, cuáles son y cuáles no son los alcances de sus derechos constitucionales. No se trata que esa jurisprudencia resulte inamovible, toda vez que ello rigidizaría en exceso el orden; de lo que se trata es de que ella alcance una regularidad y sentido concordante tal, que la sociedad pueda, a raíz de ella, conocer mejor sus derechos fundamentales y sentirse más segura acerca de aquellos que efectivamente le amparan. Ídem.

⁹¹ Así concebida la jurisdicción constitucional, como productora de auténticos bienes públicos, resulta natural postular que ella debe ser financiada por el Estado para generar una provisión óptima de la misma. Igualmente, hay buenas razones no solo para que el Estado intervenga proveyendo este bien, sino también produciéndolo directamente, a través de funcionarios públicos. Por lo pronto, no es posible pensar en órganos competitivos que pudieran asumirlo, ya que ello se traduciría en la existencia paralela y competitiva de órdenes constitucionales y jurídicos con sentidos y alcances diversos y en la posibilidad consiguiente para cada parte de elegir el estatuto jurídico que más le convenga. Un estatuto jurídico único y común —especialmente en las normas fundamentales— es característica básica de un Estado. Que tales normas sean generadas a través de representantes de los ciudadanos es, a su vez, requisito básico del sistema político que nos rige. Por último, como tales normas no tienen como único destinatario a los particulares, sino antes que nada persiguen someter la política al derecho, es necesario que un órgano independiente de las autoridades ejecutivas intervenga en su interpretación y aplicación, llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional. Ídem.

tivo). Por eso el Estado tiene un especial interés por alcanzar óptimos a nivel de la justicia constitucional. Ello exige, sin embargo, seleccionar el acceso a la justicia constitucional deliberada o disuasivamente, como ocurriría con un sistema de justicia constitucional provisto de una jurisprudencia estable y regular que posea baja incertidumbre. El sistema en Chile carece de un mecanismo de selectividad –cualquiera que tenga una pretensión puede acceder al litigio constitucional, aunque cuente con mecanismos ordinarios–; su decisión no está orientada al sistema normativo, sino a la cautela; en fin, y como hemos visto, las decisiones poseen baja densidad informativa y carecen de coherencia e integridad⁹².

5.2.1 ¿Estándares jurisprudenciales más restrictivos? ¿o restricciones para las Cortes?

Dado que es esperable que el recurso de protección siga siendo considerado por los litigantes como sustituto a otros vehículos jurídico-procesales, y habiendo analizado la evidencia empírica en esta materia, el desafío consiste precisamente en contar con tribunales superiores de justicia que se dediquen a un análisis más selectivo de casos en los que tengan que ejercer el análisis constitucional; lo que requiere contar con mecanismos de filtro para que no se transformen en una nueva instancia ordinaria de resolución de controversias –de naturaleza jurídica no constitucional– lo que a su vez permita que en materia de jurisprudencia de protección, sea posible efectivamente tener una basada en un cuerpo estable de precedentes, cuestión que analizaremos en el apartado siguiente.

El mecanismo de filtro actual está basado en el examen de admisibilidad del recurso realizado por las Cortes. Como hemos visto, la reforma introducida por el auto acordado de 1998 implicó el que los Ministros contaran con poderes, discrecionales para muchos, para no admitir recursos con providencias someramente fundadas. Así, se podría decir que la reforma fue exitosa en cuanto a detener el ingreso de recursos carentes de sentido, pero también incrementó

⁹² En otras palabras, el carácter que posee la justicia constitucional aconseja contar con un sistema previo de selectividad que decida, en base a esas consideraciones, si el asunto merece o no ser resuelto. Como suele ocurrir, se verifica aquí una divergencia entre el interés privado y el público. Cuando el *input* del sistema está entregado indiscriminadamente a las partes, el sistema funcionará con perjuicio del bienestar social: se demandará más veces que las socialmente necesarias. VARGAS Y OTROS (2001) p. 29.

la discrecionalidad bajo el expediente de apelar a la “manifiesta falta de fundamento” para intentar corregir la equivalencia de la protección con el resto de acciones del derecho común; lo que en definitiva ha sido a costa de un alto nivel de impredecibilidad de las resoluciones⁹³. Para GÓMEZ, la Sala especializada de la Corte Suprema (constitucional) tenía una gran fortaleza: la concentración estimulaba la uniformidad de criterios interpretativos y relativamente mantenía la estabilidad en el tiempo de estos⁹⁴.

En otras palabras, el esquema antes descrito ha sido exitoso para hacer un uso más racional (en el sentido económico) del recurso “justicia”, sacando del sistema (o no admitiendo a tramitación) cuestiones que realmente no merecían ser analizadas; con todo, los costos en términos de seguridad jurídica y arbitrariedad siguen siendo altos para el ordenamiento jurídico, mucho más, si se considera que los estándares jurisprudenciales o criterios utilizados en dicho examen (y en cuanto son los mecanismos de filtro concretos) pueden variar sustancialmente por el solo hecho de una nueva integración en la sala examinadora⁹⁵.

Así las cosas, hay quienes, con razón, se oponen a los actuales estándares de filtro⁹⁶, lo que no importa que no se deba tener ninguno. Muy por el contrario, es fundamental contar con ellos, porque eso permite que el recurso “justicia constitucional” sea asignado de forma eficiente, y por tanto, la existencia de una instancia de revisión previa de los recursos evita la ineficiencia en el uso y hasta la pérdida de los recursos públicos⁹⁷. En este punto, la experiencia

⁹³ GÓMEZ (2005) p. 45.

⁹⁴ GÓMEZ (2005) p. 567.

⁹⁵ Gómez entrega un antecedente relevante: En el año 2000 los recursos declarados inadmisibles bajan al 34,9%, cuestión que se debió a la integración a la sala tramitadora de un Ministro que reconocidamente no compartía los supuestos de funcionamiento y tenía criterios más estrictos acerca de que significa la “manifiesta” falta de fundamentos. Como la inadmisión de plano solo puede decretarse por la unanimidad de la Sala, hubo más recursos que pasaron la revisión previa. Ello pone de manifiesto el carácter subjetivo e inseguro que tiene el sistema de revisión previa tal como está contemplado en el auto acordado. Además, tomando en cuenta que no rige ninguna regla de precedente, la Sala puede determinar la inadmisión a su sola voluntad. GÓMEZ (2005) p. 572.

⁹⁶ Una de las críticas interesantes en la materia dice relación con que entregaría a las Cortes facultades que podrían ser utilizadas como instrumento de desarrollo de agendas personales de los Ministros. Este punto ha sido largamente desarrollado en la literatura americana. Al respecto ver, entre otros, MURPHY (2002), MCCLOSKEY (2005), SUNSTEIN (2004), EPSTEIN and KNIGHT (1998), ROSENBERG (1992), Y DAHL (1957).

⁹⁷ En efecto, el ejemplo paradigmático de uso racional del recurso justicia es la manera en que está diseñado la “persecución criminal” en el contexto de la Reforma

comparada es similar a la chilena, los amparos de derechos crecen vertiginosamente, las materias se vuelven complejas y se instaura la revisión previa que frena los ingresos que la práctica define como inapropiados o inconducentes. La cuestión central en esta materia es por tanto la calidad de esa revisión, por los fundamentos que se esgrimen para desechar, el apego a las decisiones constantes públicas, la difusión de la información y otros aspectos similares⁹⁸.

Para GÓMEZ el Derecho Comparado puede prestarnos una inmensa utilidad para entender cabalmente el déficit estructural o de definición que padece la acción de protección. Pocos sistemas constitucionales en el mundo consagran jurisdicciones constitucionales paralelas, coetáneas o equivalentes a la jurisdicción común u ordinaria y las que lo hacen tienen inmanejables niveles de litigiosidad o conflictos expresados como si fueran constitucionales. En este ámbito, las acciones constitucionales equivalentes a la protección tienden a ser subsidiarias, *ultima ratio* del sistema, y operan para robustecer o suplir la tutela de los derechos fundamentales a que es llamado todo el ordenamiento y sus potestades. Solo excepcionalmente el lesionado en un derecho puede saltarse las acciones comunes el ordenamiento y recurrir a la jurisdicción constitucional⁹⁹.

Procesal Penal. Ello explica la incorporación de figuras jurídicas con una clara lógica económica: como el archivo provisional o el principio de oportunidad –tan combatidas al principio por la doctrina procesal clásica nacional–. En efecto, el nuevo esquema ha venido a sincerar de alguna forma lo que sucedía en el sistema antiguo: se conocían y tramitaban todas las causas ingresadas, se citaba a las víctimas, se realizaban una gran cantidad de diligencias probatorias, y al final del día, y tras años de investigación infructuosa, la causa terminaba sin éxito alguno, habiendo perdido la sociedad recursos valiosos en todo este proceso.

⁹⁸ Uno de los aspectos más deficientes del sistema chileno de revisión previa es la falta de información oportuna y completa acerca de las prácticas y líneas interpretativas que posee la sala Tramitadora. Por diferentes razones, los actores u operadores actúan verdaderamente a ciegas acerca de la admisión del recurso frente a determinadas materias y actos, sobre cómo y cuándo se cuenta el plazo de caducidad de quince días, que debe entenderse por “manifiesta falta de fundamentos” y otros aspectos. La evidencia demuestra que no hay un sistema que entregue información técnica general. Esta sería una manera de agregar información al proceso de revisión. Así, se podría juzgar y evaluar lo que se está haciendo y permitiría disminuir los costos de información en que incurren los ciudadanos si deben interponer una de estas acciones. Naturalmente un sistema eficiente de información permitiría atenuar la complejidad que presenta el sistema de protección de derechos, generando señales positivas hacia la sociedad. Saber qué acciones se pueden llevar a debate constitucional resulta una cuestión capital del sistema de protección de derechos. La oscuridad y la falta de transparencia alientan comportamientos estratégicos, presiones, conversaciones paralelas y redundante –por la repetición de casos fundados en la ignorancia de cómo resuelve la Sala– en un perjuicio colectivo. GÓMEZ (2005) p. 154.

⁹⁹ GÓMEZ (2005) p. 80.

La revisión previa de admisión de recurso de protección (dispuesta en el auto acordado de 1998) así como la evolución de las decisiones de la Sala sobre el particular demuestra que el déficit estructural del recurso impacta también en la inadmisión. La introducción de la revisión previa de admisibilidad (1998) fue un evidente intento de la Corte Suprema por evitar esta equivalencia jurisdiccional –la duplicidad de jurisdicciones– a través del expediente de impedir o cerrar la válvula de ingresos o demanda por tutela constitucional. Se trata de someter todos los recursos mediante la revisión a control para determinar si estos fueron interpuestos dentro del plazo que fijó la propia Corte (quince días) contados desde, también señaló, la “ejecución” del acto o la ocurrencia de la omisión (criterio objetivo) o desde que el agraviado tuvo conocimiento o noticias ciertas (criterio subjetivo) de ellas y si no padecían de “manifiesta falta de fundamento”. El análisis de su funcionamiento –su jurisprudencia– demuestra que ha sido válvula de regulación de los ingresos en función de su equivalencia con otras jurisdicciones y que la noción de falta de fundamento intenta corregir la deficiencia estructural y la alta indefinición de las materias constitucionales. Lo anterior permite concluir que el sistema constitucional requiere la creación de una nueva acción constitucional para corregir los vacíos constitucionales que la protección no llena y para superar las deficiencias estructurales que presenta la protección. No se trata de sustituir la protección sino que concentrarla en aquello que parece estar haciendo bien: la cautela de derechos subjetivos individuales frente a muy determinadas y evidentes acciones lesivas. Debe complementarse el sistema constitucional chileno con una acción para su tutela de derechos subjetivos públicos que sea la *ultima ratio* de las potestades que la Constitución instituye¹⁰⁰.

Lo central en esta materia, más allá de la forma en que se materialice –sea mediante la vía jurisprudencial en un esquema con reglas y estándares menos discrecionales, los que operarían como restricciones *ex ante* para los litigantes, quienes sabrían de antemano que tal o cual recurso no tiene destino alguno; o el perfeccionamiento de los actuales recursos y acciones disponibles– es concentrar a los tribunales superiores de justicia, cuando ejercen jurisdicción constitucional, en la provisión de aquellos bienes públicos que requiere la sociedad: precedentes e información so-

¹⁰⁰ Ídem.

bre el contenido específico de los derechos y libertades garantizados en la Carta Fundamental.

5.2.2 Beneficios de un sistema de precedentes

Un factor determinante para que el sistema judicial genere externalidades positivas para la sociedad en general y la institucionalidad jurídica en particular, es que sea predecible. Solo si las personas que no han participado en un pleito piensan, con algún grado de fundamento, que los criterios con que se falló en él pueden serles aplicables en una situación similar, los tomarán en cuenta en sus razonamientos y actuaciones. En cambio, si las sentencias judiciales tienen un grado alto de aleatoriedad, si su contenido puede variar entre un caso y otro similar, los sujetos no pueden adecuar su conducta al derecho, pues este es cambiante y se verán alentados a asumir conductas oportunistas frente a los procesos judiciales.

Desde el punto de vista del derecho comparado, la mayor parte de las reglas del derecho común (*common law*) han sido elaboradas por jueces y no son estatutarias¹⁰¹; pero aun en los campos estatutarios –más similares a la tradición continental o civil en la que participa nuestro derecho– el contenido específico de las reglas señaladas por la ley, son interpretaciones judiciales. En la tradición anglosajona, las reglas elaboradas por los jueces son resultado de la práctica de decidir de acuerdo con el precedente (*stare decisis*)¹⁰². Cuando se decide un caso se constituye un precedente, es decir, una razón para decidir un caso similar en la misma forma. Mientras que un precedente aislado es frágil y transmite poca información

¹⁰¹ Aunque la tendencia a dictar normas escritas ha ido en gran aumento especialmente en materias corporativas.

¹⁰² Desde el punto de vista económico, el conjunto de precedentes de un área es un acervo de bienes de capital; específicamente, un acervo de conocimientos que durante muchos años genera servicios a los disputantes potenciales mediante la información acerca de las obligaciones legales. Los bienes de capital se deprecian; el valor de los servicios que brindan disminuye con el tiempo. Ello puede ser consecuencia, en el caso de la información (precedentes) de que sea obsoleta. Por supuesto, el que un bien de capital se deprecie no significa que deba reducirse el acervo de capital del que forma parte. Eso dependerá de la rapidez con que se reemplacen los bienes de capital. A medida que los viejos precedentes se vuelven obsoletos, hasta que finalmente dejan de ser parte del acervo de precedentes que se pueden usar, nuevos precedentes se agregan al acervo mediante el litigio. POSNER (2000) p. 506. Por otro lado, Landes y Posner, han calculado la tasa de depreciación de los precedentes, que en el caso americano llegaría al 4 a 5% anual. LANDES y POSNER (1976).

sobre el funcionamiento del sistema legal (algo que simplemente puede ser señalado, omitido o rechazado por un tribunal del mismo nivel o superior, o incluso por el mismo tribunal en una ocasión posterior), la acumulación de precedentes sobre una misma cuestión, puede en la práctica crear una regla de derecho dotada incluso de más fuerza que algunas reglas estatutaria explícitas¹⁰³.

Desde la perspectiva económica, el conocimiento de cómo los tribunales aplicarán el derecho tiene un importante efecto en el nivel de litigiosidad. Para este razonamiento debemos asumir como evidente que los arreglos son más convenientes y baratos que los litigios. En este esquema, si cada uno de los disputantes estima que tiene una buena posibilidad de obtener un buen resultado ante el tribunal, será poco probable que lleguen a acuerdo. La incertidumbre sobre el derecho es una de las condiciones necesarias para tal divergencia de las expectativas de los litigantes¹⁰⁴. Si la incertidumbre es grande, habrá más litigio y apelaciones (si la posibilidad de que unos jueces reviertan el resultado de otros inferiores es alta). Con pocos precedentes nuevos producidos, la incertidumbre legal aumentará a medida que los precedentes antiguos se deprecian (porque son menos informativos en un ambiente modificado), y esta incertidumbre generará una nueva oleada de litigios y, por ende, una mayor producción de precedentes¹⁰⁵.

Así las cosas, cuando a lo largo del tiempo la jurisprudencia es relativamente estable y coherente, ella se constituye en una forma de “capital social”: las personas saben con anticipación qué esperar de los tribunales y pueden incorporar dicha información en sus decisiones. Por el contrario, si los agentes involucrados no pueden anticipar razonablemente cuál será el criterio de decisión de los tribunales, dicha incertidumbre se traducirá en múltiples costos que dificultarán las relaciones entre los actores sociales. En efecto, si una misma norma tiene distintas interpretaciones y alcances, cuando se repitan situaciones similares en el futuro, el incentivo para

¹⁰³ POSNER (2000) p. 506

¹⁰⁴ La demora excesiva que se da en los tribunales, y que constituye una verdadera prórroga para el deudor que ha incumplido, es también otro aliciente para que el deudor se niegue a llegar a un acuerdo o solución extralegal, incluso en los casos donde la ley es clara y la jurisprudencia uniforme.

¹⁰⁵ Sin embargo, dado que es el propio litigio el que genera precedentes, sobre todo al nivel de la apelación, el incremento del litigio generará una reducción de la incertidumbre legal. Por tanto, la cantidad de litigio bajará –en un modelo teórico y con la ficción *ceteris paribus*– en el periodo siguiente. POSNER (2000) p. 508.

que terminen en juicio es elevado, ya que ambas partes tendrán la expectativa de que el tribunal los favorezca. En ese caso, todo el costo que significó el primer juicio no constituye ningún aporte a los otros casos acaecidos posteriormente, obligando al país y a las personas a incurrir una y otra vez en costos judiciales para casos que son prácticamente idénticos, con el consecuente aumento de la conflictividad, incertidumbre e inseguridad. Incluso, y desde la óptica de la Teoría de Juegos y el Derecho, la posibilidad de acuerdo entre las partes disminuye si las probabilidades de ganar son similares para uno y otro: ¿por qué ceder si se espera ganar?¹⁰⁶ En cambio, si la jurisprudencia fuera relativamente estable, bastaría con algunas resoluciones en la materia para que la comunidad jurídica captara dicha información y la aprovechara: menos juicios serían necesarios si con anticipación sabemos cuál es el sentido de la ley y quién tiene mayor probabilidad de ganar. El costo de litigar una y otra vez por causas similares se reduce a unos pocos litigios que proveen información para los demás casos¹⁰⁷. De esta manera, el sistema no solo se hace más costoso por la cantidad de juicios, sino también por la cantidad de precauciones que se deben tomar para evitar ser estafado, engañado, etc.¹⁰⁸.

Dado todo lo antes mencionado, la falta de jurisprudencia y el no uso de precedentes en Chile nos privan de los beneficios antes señalados. Más aún, de acuerdo a la legislación chilena, las sentencias judiciales solo son aplicables al caso específico que resuelven; más allá no tienen fuerza obligatoria: el artículo 3° del Código Civil es contundente¹⁰⁹. Sin embargo, la doctrina y la propia realidad han reconocido el valor interpretativo que se deriva de las resoluciones de los tribunales, en el sentido de que una decisión judicial contribuye a esclarecer el sentido de las normas. De esta manera, al decidir sobre un caso específico, los jueces orientan a los particula-

¹⁰⁶ BAIRD Y OTROS (1994).

¹⁰⁷ Al respecto ver HUA y SPIER (2005).

¹⁰⁸ Si no se tiene certeza sobre la protección de los tribunales, es el propio interesado el que debe protegerse, analizando e investigando minuciosamente a la contraparte antes de suscribir cualquier contrato. Entre los ámbitos más perjudicados están justamente las decisiones de largo plazo: las inversiones. Una empresa que piensa iniciar operaciones sabe que en el futuro enfrentará muchos conflictos y mientras más incierto ese panorama, más riesgosa será la decisión de involucrarse en el negocio.

¹⁰⁹ El artículo 3° del Código Civil señala:

“Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

res sobre la forma en que deben entenderse y especialmente cumplirse las leyes.

El que un esquema de precedentes no sea adoptado en Chile, nos parece que está relacionado con diversas cuestiones. En primer lugar, la más obvia: tiene un impacto relevante la familia de origen legal o tradición jurídica a la que pertenece nuestro país (continental)¹¹⁰. Esto está relacionado no solo con la legislación positiva (v.gr. artículo 3° del Código Civil), sino también en la formación jurídica

¹¹⁰ Básicamente la existencia de dos grandes familias legales: el derecho común (*Common Law*), propio de los países anglosajones (y en sus colonias) y el sistema de derecho civil, de código o continental, aquellos seguidores de la tradición románica y francesa (Europa continental, Sudamérica y sectores de África). Esta última a su vez tiene diversas ramificaciones, que se traducen en modelos eclécticos (civiles con componentes e instituciones jurídicas de derecho común) por ejemplo, el modelo alemán. Al respecto ver el tratado de Derecho Comparado de SCHLESINGER (1998). Una primera aproximación respecto de las diferencias entre ambos sistemas dice relación con el rol de la ley y los jueces como fuentes de derecho. En el caso de la tradición civil, continental o de Código –la que sigue el sistema chileno–, se considera a la ley escrita como la fuente esencial del derecho, correspondiéndole a los jueces solamente aplicar tales normas para cada caso concreto, pero sin la posibilidad de crear derecho en forma general. Esto contrasta fuertemente con el derecho común, en donde la cultura dominante concibe a los jueces como autoridades que pueden sentar jurisprudencia –precedentes– de obligatoriedad general.

Literatura reciente lleva la discusión de las familias legales a una división aún más profunda: la concepción de ambos esquemas persigue objetivos diferentes en relación al rol del derecho, las instituciones legales y el sistema de justicia frente a los poderes políticos. En este sentido, uno de los trabajos más importantes en esta línea, LA PORTA Y OTROS (2004), parte de la premisa, tomada de HAYEK (1960), que el derecho común –y ciertos principios, instituciones y mecanismos esenciales que lo componen– se desarrolló y evolucionó en sociedades que veían en estos un contrapeso al poder político, y en donde se encuentran con mayor vigor principios y mecanismos como la separación de poderes, la independencia judicial y el control de constitucionalidad de las leyes (específicamente en Estados Unidos). En contraposición a esto, los países del derecho civil, y predominantemente aquellos sistemas fuertemente arraigados en la tradición francesa, más bien miran la ley como instrumento para llevar a cabo la voluntad general, no como un contrapeso a esta. Esta tradición, históricamente es escéptica del rol que pueden cumplir los jueces, puesto que, se argumenta, al juez solo corresponde aplicar la ley, más allá de eso, viola los deberes que se le han impuesto. Este estudio concluye que los sistemas de derecho común garantizan mejor la libertad económica que los países con derecho civil, no encontrando diferencias significativas en la protección de la libertad política. DAM (2006) critica el trabajo anterior ya que la premisa en la que se fundamenta, esto es, que la discusión respecto de las familias legales (derecho civil contra derecho común) puede ser replicada desde el derecho privado al derecho público-constitucional, no es posible de hacer; además que pareciera eludir el hecho de que en Gran Bretaña el Judicial no cuenta con la facultad de control de la constitucionalidad de los actos de la Legislatura –mecanismo que sí se encuentra presente en diversos países con derecho civil en Europa y el América Latina–. En el mismo sentido, KOOPMANS (2003) sostiene que la clasificación de los sistemas legales en las familias “derecho común” y “derecho civil” facilita la comparación en derecho privado, sin embargo, para efectos de la comparación del derecho público, esta clasificación no tiene sentido.

de los abogados, quienes ni desde el punto de vista académico (en las Facultades de Derecho) ni en su práctica profesional, se ven incentivados a la investigación y al uso de jurisprudencia existente. Lo anterior, se transforma en un círculo vicioso en la medida en que no existe en Chile un cuerpo de jurisprudencia y una misma Corte presenta a través de sus salas decisiones completamente diferentes (incluso contradictorias unas con otras sobre un mismo tema), lo que incentiva precisamente todo aquello que un esquema de precedentes busca evitar: comportamiento oportunista y estratégico de los litigantes, exceso de litigios, fallos inconsistentes, etc.

Una manera de avanzar hacia un esquema de precedentes es de *arriba hacia abajo*, por la vía de una reforma legal expresa, como se ha intentado en el pasado. En este esquema se ha buscado que la Corte Suprema conozca de manera selectiva solo los recursos más importantes del sistema y establezca criterios uniformes en relación con los problemas de mayor relevancia social, orientándose a una interpretación uniformadora del derecho y establecedora de jurisprudencia cognoscible y fundamentada. Para este efecto, se ha planteado consagrar constitucionalmente la vinculatoriedad del precedente judicial emanado de los fallos de la Corte Suprema¹¹¹, modificando en consecuencia el actual artículo 3° del Código Civil. Adicionalmente, se ha planteado fortalecer y ampliar la actual norma vigente respecto de los recursos de casación con fallos contradictorios, facultando a las partes para detonar la intervención del pleno. Lo anterior pudiera imponer la obligación del respeto al precedente jurisdiccional de la propia Corte en materias jurídicas esenciales, tanto por esta misma como por todos los demás tribunales inferiores, y reportará crecientes grados de certidumbre y predictibilidad, que la sociedad está demandando del Poder Judicial.

Con todo, una segunda *estrategia*, y que pudiera vincularse derechamente con el recurso de protección y la jurisprudencia constitucional, es pensar en la utilización de precedentes como práctica generalizada de la comunidad jurídica, esto es, de *abajo hacia arriba*. La pregunta obvia en esta materia es qué incentivos tienen los jueces y los litigantes para avanzar en esta materia.

¹¹¹ Los conceptos establecidos en una causa anterior son aplicados para decidir nuevas causas en las que concurren hechos similares y traen a colación puntos similares de derecho; el juez puede desestimar el precedente, si una de las partes lo convence de que las características del caso hacen inaplicable la jurisprudencia existente; los tribunales inferiores deben acoger las decisiones de los superiores.

En primer lugar, el uso de precedentes es racional para los jueces: tanto porque disminuye su trabajo, como acrecienta el poder relativo respecto de los otros poderes políticos. Para POSNER, el que los jueces están interesados en la producción de precedentes, es una extensión natural del modelo de comportamiento judicial¹¹². Un precedente proyecta la influencia de un juez con mayor eficiencia que una decisión que no tendrá ningún efecto para guiar el comportamiento futuro. Esto también explica por qué los jueces siguen y forman precedentes y, por tanto, por qué los abogados argumentan con base en el precedente. Si la generación de jueces actuales no sigue el precedente, la generación siguiente tenderá menos a seguir los precedentes de la generación actual, porque es menos probable que los jueces de la generación siguiente sean criticados por no seguir los precedentes de quienes los antecedieron. Para los jueces, los costos de la crítica profesional son modestos, pero dado que las reglas de la antigüedad y la compensación judiciales atenúan los incentivos habituales que influyen en la gente, es probable que los jueces se vean afectados por lo que en la mayoría de los campos es una fuerza débil (la crítica). Es cierto que aquí hay un problema de “sombbrero”. El juez que se desentiende de un precedente deseando establecer el propio, contrario al precedente, podría minar de manera poco significativa la práctica de la decisión de acuerdo con el precedente; los costos privados de su acto pueden ser menores que las ganancias privadas. Sin embargo, la estructura de la revisión de apelación mantiene bajo control el problema del “sombbrero”. El juez que se desentiende de un precedente se verá refutado por un tribunal superior que no tiene interés en permitir que *él* mine la práctica de la decisión de acuerdo con el precedente a fin de magnificar su propia influencia. En cada jurisdicción hay un tribunal superior cuyas decisiones no están sujetas a nueva revisión. Y, dentro de cada tribunal disminuye el problema del “sombbrero”. Si los magistrados de la Corte Suprema se desentienden del precedente en sus decisiones, saben que hacen disminuir la probabilidad de que los magistrados futuros respeten sus propias decisiones como precedente¹¹³.

En segundo lugar, y como se analizara anteriormente, es racional para litigantes y para las partes afectadas –como también para los

¹¹² El análisis económico del comportamiento judicial es desarrollado en profundidad en POSNER (1993).

¹¹³ POSNER (2000) p. 508.

jueces— por el impacto del precedente sobre la cantidad de litigios. Esta aumentará debido a la reducción de la certeza legal y generará una presión para que se añadan nuevos jueces (diluyendo así la influencia de los jueces existentes), se haga que cada juez trabaje más o se sustituyan los tribunales judiciales por tribunales arbitrales y administrativos, lo que reduciría el poder judicial¹¹⁴.

En este sentido, así como respecto de los litigantes criterios jurisprudenciales claros (precedentes) en materia de admisibilidad, alientan o no la presentación de un tipo de recurso y no otro; el ordenamiento jurídico, con el objeto de beneficiarse de los precedentes y aprovechando que los actores del sistema tienen los incentivos para seguirlo, puede hacer uso de instrumentos complementarios que incentiven su uso, por ejemplo, las reglas de costas, tasas judiciales, el peso relativo que tenga el uso de precedentes en las calificaciones de los jueces, etc.

VI. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se analizó en profundidad la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 8372-05, ratificada por la Corte Suprema (Rol N° 965-2006), en que se rechaza un recurso de protección deducido por un apoderado en contra de un colegio particular por expulsar a su hijo de dicho establecimiento; análisis que se realiza desde una doble mirada: tanto su impacto respecto de los principios de una sociedad libre como de las políticas públicas judiciales.

Desde la mirada de la sociedad libre, este fallo fortalece la libertad de enseñanza, y en menor medida, algunas de las otras garantías constitucionales que están en juego. Sin embargo, nos parece que el fortalecimiento es parcial en el sentido siguiente: es fundamental que la jurisprudencia de protección (como parte integrante de la jurisdicción constitucional) desarrolle las garantías constitucionales en profundidad, no solo las invoque.

Es por lo anterior que se analiza, o más bien se propone analizar, el impacto del principio *pacta sunt servanda* en esta sentencia, la que circunscribe al ámbito de lo contractual materias propias del derecho civil más que del constitucional. Por supuesto, no pretendemos por ello proponer que el foro de protección se transforme en uno civil, pero parece una consecuencia directa de las fallas estructurales de la

¹¹⁴ POSNER (2000) p. 509.

acción de protección en los términos que ha desarrollado este artículo, que la controversia analizada es más bien una de carácter contractual y no constitucional. Más aún, parece implícito en el fallo que las partes contratantes –el colegio por una parte y los apoderados por otra– eran plenamente conscientes de lo que suscribían al obligarse recíprocamente, el primero a impartir una determinada enseñanza al menor, y los segundos a pagar por ese producto, aceptando las normas internas de dicho establecimiento, y por ende sancionó conforme al mérito de lo pactado. Obviar aquello no habría sido otra cosa que, desde la perspectiva del recurrente, conseguir defraudar lo contratado entre las partes por medio de mecanismos de protección de garantías constitucionales, y desde la de la Corte, aceptar ser engañado produciendo un efecto contrario a la Norma Constitucional.

Desde la mirada de las políticas públicas, y volviendo sobre el punto mencionado en el párrafo anterior, la sentencia comentada sirve como ejemplo de un debate mucho más complejo: la existencia de una jurisprudencia constitucional que parece entrampada frente al sentido de la acción de protección. En este sentido, nuestro análisis, basado en la evidencia y literatura existente, no debe llevar a la conclusión que la jurisdicción constitucional no ha servido, en la práctica, para amparar derechos. Lo que se concluye es que ella no ha discriminado entre derechos constitucionales y derechos no amparados por el texto constitucional. Así, este tipo de jurisdicción no contribuye de modo relevante a explicar el sentido y alcance del texto constitucional, sino que lo que la protección ha hecho es permitir un remedio de urgencia y con carácter provisional frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales. En efecto, ha venido a constituirse como un equivalente funcional de intervenciones jurisdiccionales de restablecimiento del imperio del derecho en el ámbito de las relaciones privadas, cuando en ellas se verifica un acto ilegal o arbitrario que afecta un derecho subjetivo indubitado. Así, en el campo civil, ha venido a cumplir un rol de emergencia que no estaba cumpliéndose por falta de figuras suficientes o escasa recurrencia de las existentes. En lo contencioso administrativo ha representado un control de legalidad *a posteriori* de los actos de la administración. En ninguno de los dos planos ha desarrollado el significado del texto constitucional, que es el bien público que debe generar una efectiva jurisdicción constitucional¹¹⁵.

¹¹⁵ VARGAS Y OTROS (2001) p. 68.

Este abuso del recurso de protección, no solo implica un atentado contra el derecho de tutela efectiva –la utilización de los tribunales como meros controladores de la legalidad objetiva–, sino que además tiene el efecto perverso de desdibujar completamente a los derechos fundamentales.

Lo anterior es por supuesto un llamado a seguir con los procesos de reforma judicial en marcha, sumado por cierto a perfeccionamientos que tiendan al uso racional del recurso de protección y la jurisdicción constitucional, cuestión que creemos puede ser alcanzada ya sea mediante reformas legales o el desarrollo de estándares jurisprudenciales. De lo contrario, se seguirá haciendo uso y abuso de una acción (protección) y un foro (constitucional, aunque radicado en los tribunales superiores de justicia) que debe ser eficiente en el uso de sus recursos para hacerse cargo de aquellas materias (controversias jurídicas) que son las requeridas por la sociedad: la protección e interpretación de los derechos y libertades que garantiza la Carta Fundamental a las personas.

En efecto, si la función más propia de la jurisdicción constitucional consiste en el desarrollo y vigencia de derechos fundamentales y de su protección en contra de la voluntad de la mayoría, es indispensable, en primer lugar, que la jurisdicción constitucional –a diferencia de lo que hoy ocurre con la jurisprudencia de protección– debe de configurar un contenido propio de los derechos constitucionales, capaz de amparar a estos en su especificidad. En segundo lugar, la justicia propiamente constitucional requiere configurar jurisprudencia y particularmente una que permita dar un significado más específicos a los derechos garantizados en la Constitución. Esto es fundamental, puesto que, como se ha dicho en este documento en forma reiterada, la Constitución no solo se propone crear, instituir y vincular los poderes públicos en el orden político sino, además, asigna, reconoce o distribuye ciertas inmunidades o espacios de autonomía a favor de los individuos, que podemos denominar derechos fundamentales¹¹⁶. Los derechos fundamentales designan así,

¹¹⁶ El recurso tiene la función de amparar a los individuos cuando se violentan estas inmunidades. Hay que poner de relieve que en algunas sociedades –pocas– se ha asentado la idea de que los individuos poseen una esfera de inmunidad o de autonomía para determinar aspectos claves de sus vidas. El medio más eficaz para realizar esta idea ha sido reconocer ciertos derechos a los individuos en un texto constitucional e institucionalizar su aseguramiento. La idea de derecho fundamental surgió precisamente para poner límite al poder político, la principal amenaza para el ideal de que los individuos conduzcan algunas esferas de sus vidas (si le hacemos más

en mayor o menor grado, un conjunto de bienes “indisponibles” para el poder político o público, articulando espacios que permiten a cada individuo desarrollar autónomamente la vida conforme a las valoraciones que escoja en aspectos decisivos de la existencia. Los derechos se reconocen y aseguran por la Constitución a los individuos para cuestiones decisivas de sus vidas y, en este sentido, frenan o “limitan” a los poderes. El recurso de protección es justamente un mecanismo para que los individuos soliciten a la jurisdicción constitucional el amparo de esos derechos de cara a determinadas posiciones o situaciones¹¹⁷.

Finalmente, es necesario favorecer un mayor respeto del precedente, de modo que su modificación sea un acto excepcional, consciente y expresamente razonado. Así, si la comunidad jurídica está en la búsqueda de criterios explícitos *ex ante* para las partes litigantes en materia de admisibilidad de la acción de protección y estándares de prelación de las garantías constitucionales, el uso de precedentes parece una respuesta menos costosa para el sistema jurídico, tanto en términos de certeza jurídica como de la asignación óptima del bien “justicia constitucional”, sistema que pudiera desarrollarse como una práctica legal generalizada de la comunidad jurídica (de abajo hacia arriba) ó mediante su imposición a través de reformas legales expresas (de arriba hacia abajo).

caso a Locke que a Hobbes). Esta idea de derechos que la filosofía política ha conectado con una esfera individual autónoma, límite al poder político, es fecunda para la teoría y la dogmática constitucional. Si los derechos son límite o freno al poder estatal, la Constitución que los contiene y segura no es solo un derecho “para la política” sino que es además, un derecho “acerca o sobre la política”, ya que define espacios vedados a la injerencia del poder público. GÓMEZ (2005) p. 29.

¹¹⁷ GÓMEZ (2005) pp. 30-31.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE, Carlos (1971, 2ª Ed.): *Elementos de Derecho Constitucional Chileno* (Editorial Jurídica de Chile).
- ATRIA, Fernando (2004): "Derechos Reales" en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003* (UAI).
- BAIRD, Douglas, PICKER, Randal y GERTNER, Robert (1994): *Game Theory and the Law*, (Harvard University Press).
- BANDEIRA DE MELLO, Celso (1978): "El Contenido Jurídico del Principio de Igualdad" en *Anuario de Derecho Administrativo* (Universidad de Chile).
- BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA, María Pía (2004): "La igualdad ante la ley" en *Actas de XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Lexis Nexis).
- BLACK'S LAW DICTIONARY (2001, 2ª Ed.) (West Group).
- CALVES, Gwénaele (1998) "L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis" en *Bibliothèque constitutionnelle et de Science politique* (tome 86). También *Revue Tocqueville/The Tocqueville Review* XIX, 2, pp. 167-177.
- CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías* (Ediciones Universidad Católica de Chile).
- COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN: Actas Oficiales.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2002): *Derecho y Economía* (Fondo de Cultura Económica).
- CORREA, RODRIGO (2004): "Derechos Constitucionales" en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003* (UAI).
- (2006) "Sobre la Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación", en Boletín UAI News (Viernes 2 de junio). Disponible en línea en http://www.uai.cl/p4_home/site/pags/20060602132421.html (sitio consultado en enero de 2007).
- COUSO, Javier (2001): *Informe final. Consultoría sobre el estudio de las bases técnicas de una acción de protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia* (Documento inédito).
- COVARRUBIAS, Ignacio (2002): "Vigencia de la Libertad de Enseñanza" en *Corriente de Opinión* (Fundación Chile Unido).
- DAM, Kenneth (2006): "The Judiciary and Economic Development", *The University of Chicago Law and Economics Working Paper*, No. 287. Disponible en línea en: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>
- DAHL, Robert (1957): "Decision-Making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy-Maker," 6 *Journal of Public Law* 279.
- EPSTEIN, Lee and KNIGHT, Jack (1998): *The Choices Justices Make* (Congressional Quarterly).
- FERMANDOIS, Arturo (2001) "La Igualdad y la no Discriminación Arbitraria en la Constitución" en *Apuntes de clase de curso de Derecho Constitucional* (P. Universidad Católica de Chile).

- (2001): "Derecho Constitucional Económico" en *Apuntes de Clase para el curso de Derecho Constitucional* (P. Universidad Católica de Chile).
- (1997): "El Debido y su Dimensión Meta Legal", 203 *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (septiembre).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2003): "Cuestiones constitucionales en torno del Código Procesal Penal" en *Documentos de Trabajo* N° 57 (Universidad de los Andes).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005): "La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional" en *Estudios de Derecho Actual* (Universidad de los Andes).
- GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005): *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección* (Ediciones Universidad Diego Portales).
- GUZMÁN, Eugenio (2001): *Apuntes de clases del curso Legislación y Políticas Públicas*, Instituto de Ciencias Políticas (P. Universidad Católica de Chile).
- HAYEK, Friedrich (1960): *The Constitution of Liberty* (The University of Chicago Press).
- HUA, Xinyu y SPIER, Kathryn (2004): "Information and Externalities in sequential litigation", *NBER Working Paper* No. 10943. Disponible en línea en <http://www.nber.org/papers/w10943>
- HUESBE, Marco (2005): "La irrevocabilidad del pacto en autores protestantes franceses del siglo XVI" en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 27.
- KOOPMANS, Tim (2003): *Courts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge, Cambridge University Press).
- LANDES, William (1971): "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, Vol. 14, pp. 61-107.
- LANDES, William y POSNER, Richard (1976): "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis", *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, pp. 249-307.
- LA PORTA, Rafael, LOPEZ DE SILANES, Florencio, SCHLEIFER, Andrei, VISHNY, Robert (2004): "Judicial Checks and Balances", en *NBER Working Paper* N° 9775. Disponible en línea en <http://www.nber.org/papers/w9775>
- MCCLOSKEY, Robert (2005): *The American Supreme Court* (University of Chicago Press).
- MURPHY, Walter F. (2002): *Courts, Judges & Politics* (McGraw Hill).
- NOGUEIRA, Humberto (2000): "El Derecho de Amparo o Protección de los Derechos Humanos en Chile. Evolución y Perspectivas," en Nogueira, Humberto (ed.): *Acciones Constitucionales de Amparo y Protección. Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina* (Lom Ediciones).
- POLINSKY, Mitchell (1989, 2ª Ed.): *An Introduction to Law and Economics* (Aspen).
- POSNER, Richard (1973): "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration" en *Journal of Legal Studies*, Vol.2, pp. 399-458.
- (1993): "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, Vol.3, pp. 1-41.
- (2000): *El análisis económico del derecho* (Fondo de Cultura Económica).
- (1981): *The Economics Of Justice* (Harvard University Press).

- PROYECTO EDUCATIVO COLEGIO CRAIGHOUSE (agosto de 2002). Disponible en línea en http://www.emol.com/especiales/colegios/C_particulares/Craighouse2.doc (sitio consultado en enero de 2007).
- QUINZO FIGUEIREDO, Jorge Mario (2004): *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II (Lexis Nexis).
- ROSENBERG, Gerald (1992): "Judicial Independence and the Reality of Political Power," 54 *Review of Politics* 369.
- SCHLESINGER, Rudolf (1998, 6ª Ed.) *Comparative Law* (Foundation Press).
- SHAVELL, Steven (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Harvard University Press).
- SORENSEN, Max (1973): *Manual de Derecho Internacional Público* (Fondo de Cultura Económica).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1982): *El Recurso de Protección* (Editorial Jurídica)
- VÉLEZ DE LA CALLE, Claudia (2004) *La libertad de enseñanza en un contexto intercultural, su dialogicidad y sus retos en la globalidad* (Facultad de Educación. Fundación Universitaria Luis Amigó FUNLAM-Colombia). Disponible en línea en http://www.aulaintercultural.org/article.php3?id_article=423 (sitio revisado en enero de 2007).
- SUNSTEIN, Cass (2004): "Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation," 90 *Virginia Law Review* 301.
- TSCHORNE, Samuel y CORREA, Rodrigo (2004): "Derecho Administrativo" en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003* (UAI).
- VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos y CORREA, Jorge (2001): *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia*, (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico Escuela de Derecho UDP N° 42).
- VERGARA, Alejandro (1991-1992): "La propietarización de los derechos" en XIV *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (UCV).
- VERGARA, Rocío (2006): "Jurisprudencia constitucional sobre la libertad de Enseñanza y el derecho a la educación" en CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo: *Reformas al Sistema Educacional Chileno*". Disponible en línea en: http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2006/septiembre/archivo/reformas_al_sistema_educacional_chileno.pdf (consultado en enero de 2007).
- VILLAGRA, Gastón (2005): "El debido proceso y la prueba ilícita: algunas consideraciones en Torno al derecho constitucional y el nuevo sistema procesal penal" en *II Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).
- VIVANCO, Ángela (2006) *Curso de Derecho Constitucional, Tomo II* (Ediciones Universidad Católica de Chile).