

RECURSO DE PROTECCION Y RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Luis Rodríguez Collao

Universidad Católica de Valparaíso

INTRODUCCION

Como se sabe, uno de los puntos que mayor polémica ha suscitado en torno al recurso de protección es el sentido de la cláusula "sin perjuicio de los demás derechos que (el afectado) pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes", con que concluye el inciso primero del artículo 20 de la Constitución.

Es cierto que el tema ha sido abordado en numerosos trabajos y también que los autores parecen haber alcanzado un cierto grado de consenso sobre la forma en que ha de ser interpretada la disposición. Sin embargo, he creído oportuno insistir en un aspecto que, a mi juicio, no ha sido bien enfocado por la doctrina y que indudablemente no posee en la actualidad un desarrollo acorde con la importancia que reviste. Me refiero a las vinculaciones entre el recurso de protección y las acciones que tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad criminal de una persona.

Aunque son manifiestos los lazos y los puntos de contacto entre esas dos clases de acciones —como que el acto ilegal o arbitrario que sirve de fundamento al recurso de protección puede ser también constitutivo de delito—, sería erróneo pensar que es demasiado vasto el campo dentro del cual ambas pueden llegar a coincidir.

Por lo pronto, debemos descartar todas las situaciones en que el derecho amagado sea la libertad personal, porque para ellas la Constitución ha previsto un mecanismo de tutela específico, cual es el *recurso de amparo*. Asimismo, son muy escasas las posibilidades que ofrece el recurso de protección como instrumento apto para resguardar la vida, la integridad física y la salud de las personas frente a un eventual comportamiento ilícito de terceros.

En consecuencia, el imperativo de delimitar el ámbito propio del recurso de protección y el campo reservado a las acciones penales, tiene sentido fundamentalmente respecto de los atentados contra el derecho de dominio y contra el honor de las personas. En el caso de

estos últimos, el asunto adquiere mayor relevancia aun cuando el honor es atacado públicamente, porque el artículo 19 Nº 4º de la Constitución, luego de reconocer el derecho a la vida privada y a la honra personal, agrega que la infracción que lesione estos intereses, si es ejecutada a través de un medio de comunicación social, "*será constitutiva de delito*".

Así se explica que este trabajo, aunque pretende abordar *en general* el tema de la delimitación entre el recurso de protección y las acciones penales, utilice con fines ilustrativos únicamente el caso de los delitos contra el honor.

RECURSO DE PROTECCION Y ACCIONES JUDICIALES ORDINARIAS

Aunque nadie podría poner en duda que la instauración del recurso de protección es uno de los mayores aciertos de la actual preceptiva constitucional, no podemos desconocer que en ésta, como en otras materias que dan cuenta del espíritu innovador del Constituyente de 1980, la realidad ha superado ampliamente las expectativas de quienes tuvieron a su cargo la redacción de aquellos preceptos.

Un somero examen de la copiosa jurisprudencia reunida durante los últimos diecisiete años, no sólo revela que los particulares han hecho un uso desmedido del recurso, sino también que éste ha sido utilizado para fines muy diversos de aquellos que tuvieron en cuenta los redactores de la norma constitucional.

Ello, sin embargo, es perfectamente explicable, sobre todo si consideramos las especiales circunstancias políticas que imperaban en el país hacia fines de la década de los años setenta; la inexistencia de otros mecanismos para hacer frente a las arbitrariedades en que puede incurrir la Administración y, en general, la falta de operatividad de los instrumentos procesales ordinarios.

Pero así como es explicable que los particulares se desmidieran en el empleo de este mecanismo defensivo, también es muy

entendible que el órgano jurisdiccional ideara, como efectivamente lo hizo, varias fórmulas para impedir un incremento desmesurado de esta clase de procesos. Entre ellas, una de las más difundidas es la que consiste en negar lugar a la acción de protección cuando el recurrente dispone de otras vías judiciales o administrativas para impugnar el acto que se supone ilegal o arbitrario.

En relación con este punto —y sobre todo para enjuiciar adecuadamente la actitud de nuestros tribunales— es preciso distinguir tres situaciones:

a) si es procedente entablar un recurso de protección en contra de resoluciones o actuaciones judiciales;

b) si es pertinente recurrir de protección cuando el agravio proviene de un acto extrajudicial, pero en circunstancias que el afectado cuenta con otras vías jurisdiccionales de impugnación, de las cuales aún no ha hecho uso, y

c) si, en el mismo caso anterior, procede interponer una acción de protección después de haber hecho uso de tales vías jurisdiccionales.

Respecto de la primera situación, a nivel jurisprudencial es ampliamente mayoritario el criterio según el cual todos los errores en que puede incurrir un tribunal —sean éstos de forma o de fondo— deben ser enmendados únicamente a través de los recursos normales que contempla la legislación procesal¹.

El mismo criterio parece primar entre los autores que han estudiado el tema, quienes se fundan especialmente en que el hecho de acoger una acción de protección en contra de actuaciones judiciales vulnera el principio de cosa juzgada y atenta contra la regla de radicación del artículo 109 del Código Orgánico de Tribunales².

¹ Una completa relación de los fallos que han hecho suyo este criterio y de los pocos que han acogido la tesis contraria, puede consultarse en VERDUGO, Pamela: *El recurso de protección en la jurisprudencia* (Edit. Conosur, Santiago, 1988), pp. 40 ss., y en ERRÁZURIZ-OTERO, *Aspectos procesales del recurso de protección* (Editorial Jurídica, Santiago, 1989), pp. 103 y ss.

² Postulan este criterio, MOHOR, Salvador: *El recurso de protección*, en XIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, U. de Concepción, 1983, p. 219; PIERRY, Pedro: "El recurso de protección y lo contencioso administrativo", en *Revista de Derecho UCV*, Nº 1, 1977, p. 156, y ERRÁZURIZ-OTERO (n. 1), p. 103. En un sentido contrario se han pronunciado VER-

Respecto de la segunda situación, el criterio que prima en las decisiones judiciales es el siguiente: el hecho de admitir que el presunto afectado recurra de protección aunque cuente con otras vías específicas de impugnación, implica otorgar a dicho recurso "un poder o atribución que avasallaría todo el sistema procesal, transformándolo en un arbitrio supletorio de todas las acciones que la ley ha establecido para conocer y fallar los asuntos que son de competencia de los tribunales"³.

En cuanto a la tercera situación, en cambio, los tribunales suelen declarar que carecería de objeto recurrir de protección cuando el afectado ya ha hecho uso de otro mecanismo procesal. Como dicho recurso persigue restablecer el imperio del derecho y brindar resguardo al afectado, la situación fáctica que eventualmente podría servirle de fundamento se hallaría, precisamente, bajo el imperio del derecho a través de las acciones que el presunto ofendido ha hecho valer ante el tribunal competente⁴.

Respecto de las dos últimas situaciones, sin embargo, la opinión de la doctrina difiere sustancialmente de los criterios que suelen acoger los tribunales. En realidad, puede considerarse que entre los autores es prácticamente unánime la idea de que el recurso de protección admite ser interpuesto en forma previa, simultánea o posterior a las otras acciones de que disponga el afectado⁵.

Este juicio, que obviamente compartimos, se funda en el propio tenor del artículo 20 de la Constitución y en los antecedentes que

DUGO, Pamela (n. 1), pp. 40 y ss., SOTO KLOSS, Eduardo: *El recurso de protección* (Editorial Jurídica, Santiago, 1982), pp. 350 y ss.

³ Sentencia de la Corte de Concepción de 7 de septiembre de 1990, reseñada por el profesor SALAS VIVALDI, Julio: "El recurso de protección y las decisiones judiciales", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, año LVIII, Nº 187, enero-junio 1990, pp. 97 y ss.

⁴ Tal es, en líneas generales, el criterio sustentado por una conocida sentencia de la Corte de Santiago, de 21 de enero de 1985 (*Gaceta Jurídica*, Nº 55, 1985, p. 58), cuyos términos aparecen repetidos en numerosos fallos de éste y de otros tribunales.

⁵ Cfr. TAVOLARI, Raúl: "Recursos de protección: en busca del alcance perdido", en *Gaceta Jurídica*, Nº 54, 1984, pp. 44 y ss.; SOTO KLOSS, Eduardo: "Diez años de recurso de protección. Una revolución silenciosa", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIII, septiembre-diciembre 1986, pp. 157 y ss.; VERDUGO, Pamela (n. 1), p. 45, y MOHOR, Salvador (n. 2), pp. 220 y 232.

existen sobre el establecimiento de dicha norma. Se sostiene, en efecto, que la cláusula "sin perjuicio de los demás derechos...", desde un punto de vista semántico no puede ser entendida sino como *dejando a salvo* las otras vías de impugnación que pudiere hacer valer el afectado, y que esta forma de entender el precepto constitucional es coincidente con el parecer de sus redactores, quienes indudablemente quisieron otorgarle la máxima amplitud.

Aquel planteamiento, además, viene a ser consecuente con dos realidades que, aunque lamentables, no es posible soslayar:

a) incluso quien se encuentra bajo el amparo de un procedimiento judicial puede ser víctima de actos ilegales o arbitrarios susceptibles de ser impugnados por la vía del recurso de protección, y

b) la excesiva dilación de los procesos judiciales ordinarios puede justificar que, bajo determinadas circunstancias y estando en juego el resguardo de derechos personales, sea necesario tener que recurrir a un procedimiento más expedito para poner pronto remedio a situaciones que no pueden esperar la completa sustanciación del proceso respectivo.

LIMITES A LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE PROTECCION

No obstante que la doctrina unánimemente considera que el recurso de protección puede ser entablado aunque existan otros mecanismos para impugnar un acto ilegal o arbitrario, ella misma se ha encargado de proponer algunas limitaciones que tienden a morigerar los efectos a que podría conducir una aplicación indiscriminada de aquel planteamiento.

Entre ellas cabe señalar, en primer término, la afirmación muy frecuente en orden a que el recurso de protección no es un instrumento apto para ventilar acciones que sean de *lato conocimiento*⁶; o como dicen algunos, que aquél sólo es procedente en la medida que el derecho invocado sea *indudable o no seriamente controvertible*⁷.

Asimismo, algunos autores afirman que si el afectado cuenta con otras vías para hacer valer sus derechos, la acción de protección sólo será procedente en la medida que haya

urgencia por brindar amparo a esos intereses. Por decirlo en otros términos, siempre que exista el peligro de "que durante el tiempo necesario para hacer valer un derecho en vía ordinaria, éste sea amenazado por un perjuicio inminente o irreparable"⁸.

La aplicación de estos criterios, obviamente, supone que los tribunales lleven a cabo una labor selectiva a fin de determinar la procedencia de la acción de protección. Como lo señala un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, aquéllos se encuentran en la necesidad de verificar en cada caso sometido a su conocimiento si las cuestiones planteadas son de aquellas que pueden decidirse por este medio de carácter excepcional⁹.

SOBRE LA NATURALEZA CAUTELAR DEL RECURSO DE PROTECCION

Aunque en un comienzo la doctrina se mostró vacilante respecto al tema de la naturaleza jurídica del recurso de protección, puede decirse que en la actualidad prima el criterio que lo considera como una verdadera *acción cautelar*¹⁰. Este mismo carácter le suele atribuir la jurisprudencia, sobre todo a partir de un fallo de la Corte Suprema, expedido el 3 de julio de 1984, que expresamente lo califica como *acción cautelar de índole constitucional*¹¹.

Pero afirmar que el recurso de protección es un instrumento cautelar, conduce, necesariamente, a sostener que éste participa de todos los caracteres que son inherentes a una acción de esa naturaleza. Entre ellos, desde

⁶ Cfr. SOTO KLOSS, "Cosa juzgada y recurso de protección", en *Gaceta Jurídica*, N° 50, agosto 1984, p. 8.

⁷ PAILLAS, Enrique: *El recurso de protección ante el derecho comparado* (Editorial Jurídica, Santiago, 1990), p. 86.

⁸ LIRA HERRERA, Sergio: *El recurso de protección* (Santiago, 1990), p. 187. En el mismo sentido, PAILLAS, Enrique (n. 7), p. 86, quien sostiene que "si hay desconocimiento de un derecho indudable o no seriamente controvertible, puede existir urgencia, en cuyo caso procede la acción de protección. Si no hay urgencia, hay que ir a los procedimientos ordinarios que da el Código del ramo".

⁹ *Gaceta Jurídica*, N° 46, abril 1984, p. 67.

¹⁰ Le asignan este carácter, entre otros, MOHOR (n. 2), p. 185; VERDUGO, Pamela (n. 1), 26; ERRÁZURIZ-OTERO (n. 1), p. 202, y DÍAZ CRUZAT, Andrés, "Esquema del recurso de protección", en *Gaceta Jurídica*, N° 106, 1989, p. 6.

¹¹ *Revista Fallos del Mes*, N° 308, julio 1984, p. 314.

luego, las notas distintivas de *instrumentalidad y provisionalidad*.

Que una medida cautelar sea instrumental significa que ella no constituye un fin en sí misma, sino que está preordenada a lo que se resuelva en una sentencia posterior. El carácter de provisional, por su parte, implica que aquélla debe cesar tan pronto como quede ejecutoriada la resolución principal¹².

Los tribunales han reconocido que la acción de protección participa de estos caracteres, como lo pone de manifiesto la misma sentencia de la Corte Suprema de 3 de julio de 1984, anteriormente citada, en la cual se expresa que, atendida su condición de instrumento cautelar, "y, como toda acción de este tipo, tiene lugar mientras subsistan las circunstancias que significan amenaza, perturbación o privación de un derecho garantizado por la Carta Fundamental...".

El pleno reconocimiento del carácter cautelar de la acción de protección, por su parte, corrobora la compatibilidad que existe entre esa instancia de reclamo y los demás derechos que pudiere hacer valer el recurrente ante la Administración o la Justicia, porque es, precisamente, a través de la interposición de estas otras acciones que aquél podrá obtener un pronunciamiento definitivo en torno a la situación que ha puesto en riesgo alguno de sus derechos.

Sin embargo, aquel reconocimiento implica también una importante limitación al ejercicio de la función jurisdiccional. En efecto, de aceptarse que el recurso de protección es un instrumento cautelar, las providencias que pueden adoptar los jueces al acoger dicho recurso no debieran tener un carácter definitivo, porque la sola posibilidad de que en un proceso de lato conocimiento posterior pueda resolverse el asunto en un sentido contrario a lo planteado por el recurrente, pone de manifiesto la necesidad de que aquellas medidas sean esencialmente modificables.

Esto último no ha sido suficientemente comprendido por los autores, quienes al tratar el tema de las providencias que deben adoptar los jueces de protección, se limitan a señalar que tales medidas pueden ser de cualquier naturaleza¹³, pero sin pronunciarse sobre el ca-

rácter eminentemente transitorio que ellas deberían revestir¹⁴.

Ciertamente, una buena parte de la polémica suscitada en torno a la compatibilidad entre el recurso de protección y las acciones procesales ordinarias habría podido evitarse si la doctrina y la praxis judicial hubieran reparado, desde un principio, en la diversidad de objetivos que aquél y éstas persiguen.

EL RECURSO DE PROTECCION Y LAS ACCIONES PENALES

En términos generales, el tema de la delimitación entre el recurso de protección, por una parte, y las acciones penales que pudieren hacer valer los afectados, por otra, ha seguido rumbos tan inciertos como el de la relación que es posible establecer entre dicho recurso y las acciones ordinarias de índole civil o administrativa.

La jurisprudencia registra casos en los cuales se ha acogido a tramitación recursos en que el hecho invocado como fundamento—incluso en opinión de los propios actores—revestía caracteres de delito.

Así, por ejemplo, la Corte de Santiago, en sentencia de 21 de agosto de 1985, rechazó el recurso en que un particular impugnaba la publicación de fotografías suyas, con fines publicitarios, por estimar que esto *no vulneraba el honor del recurrente*¹⁵.

El mismo predicamento, consistente en acoger a trámite la acción de protección, no obstante fundarse en un hecho que revestía caracteres de delito y que estaba en conocimiento de un juzgado del crimen, adoptó la Corte Suprema en un caso muy reciente y conocido¹⁶, en el cual ese tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que había prohibi-

¹⁴ Tal omisión, por cierto, no se compadece con el pronunciamiento unánime acerca de que el recurso de protección deja a salvo las acciones de lato conocimiento que pudiere hacer valer el afectado y acerca de que la sentencia de protección sólo produciría efecto de cosa juzgada formal.

¹⁵ *Gaceta Jurídica*, N° 62, p. 58. En un sentido análogo, pueden consultarse las sentencias de la Corte Suprema de 7 de junio de 1982 (*Fallos del Mes*, N° 283, junio 1982, p. 178) y de 24 de marzo de 1987 (*Gaceta Jurídica* N° 84, 1987, p. 107).

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 1993, que confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago expedido el 31 de mayo de este mismo año.

¹² Cfr. TAVOLARI, Raúl: "Protección constitucional y cautela judicial", en *Gaceta Jurídica* N° 148, octubre 1992, pp. 7 y ss.

¹³ "Pueden desplegar los tribunales toda su imaginación para dar cumplida satisfacción al agraviado", expresa, por ejemplo, SOTO KLOSS (n. 2), p. 243. En un sentido similar, ERRÁZURIZ-ÓTERO (n. 1), p. 220.

do la circulación de un libro. La sentencia se funda en que dicha publicación contenía imputaciones falsas concernientes a la vida privada de los actores, rechazando al mismo tiempo el recurso, en cuanto también se dirigía en contra de los presuntos editores, por estimar que a éstos no les cabía responsabilidad en el hecho ilícito que había vulnerado la garantía del artículo 19 N° 4° de la Constitución.

No obstante lo anterior, el criterio dominante parece ser el que fluye de una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmada por la Corte Suprema, en marzo de 1985, en la cual se expresa que el hecho invocado como fundamento, "del modo como lo describe el recurrente, constituiría un hecho delictuoso, cuyo establecimiento y calificación, aun provisional, correspondería a un Juzgado en lo Criminal, circunstancia que excluye la procedencia del recurso"¹⁷.

El mismo criterio acoge un voto de minoría, suscrito por el Ministro de la Corte de Santiago don Enrique Paillas, en el caso ya aludido de la sentencia que prohibió la circulación de un libro. La opinión disidente se funda en que el tribunal de protección no puede invadir "el campo penal para tomar decisiones que únicamente le corresponden al juez del crimen" y en que dicho tribunal "puede adoptar muchas medidas... pero no podría imponer una sanción penal o absolver a un procesado". Agrega que la Ley sobre Abusos de Publicidad, cuyas disposiciones resultan aplicables en la especie, prevé numerosas medidas —entre las cuales se cuenta aun la de destruir todos los ejemplares de una publicación—, pero ellas competen, por expreso mandato legal, al juez del crimen que conoce del proceso respectivo.

EL RECURSO DE PROTECCION Y EL AMBITO PENAL

Cualquier intento por aproximar el recurso de protección al ámbito penal debería tener en cuenta dos antecedentes que, a mi juicio, revisten extraordinaria importancia:

a) En primer término, que la Comisión rectora de la actual Constitución, al adoptar la decisión acerca de cuáles serían los derechos susceptibles de ser protegidos por ese mecanismo procesal, omitió consignar prácticamente todos aquellos que constituyen *principios rectores del derecho penal* —como las

garantías de tipicidad, irretroactividad y culpabilidad— todos los cuales aparecen consignados en el artículo 19 N° 3° de dicho texto constitucional. Sólo se hizo excepción con la garantía que figura en el inciso cuarto del aludido precepto, es decir, el principio de legalidad referido al tribunal, el cual, por lo demás, no tiene un alcance estrictamente penal.

Esta omisión, que dista mucho de ser involuntaria, obedece a que la Comisión estimó que para la protección de las garantías de índole penal existían los procedimientos judiciales ordinarios¹⁸.

b) En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que la instauración del recurso de protección obedeció a la idea de hacer extensivo el *recurso de amparo* a otras garantías que no fueran la libertad personal¹⁹.

Pero si el *recurso de amparo* —aunque es admisible incluso en el contexto de un proceso penal ya iniciado— sólo tiene por finalidad obtener un resguardo para la libertad del imputado, sin implicar un pronunciamiento sobre el fondo de la acción deducida en su contra, lógico resulta suponer que el *recurso de protección* —una simple extensión del primero— tampoco debiera ser un instrumento apto para decidir sobre la existencia de un delito o sobre la responsabilidad penal que pudiere corresponder a su autor.

La sola consideración de estos antecedentes ha de alertarnos sobre las restricciones a que debería quedar sujeta la admisibilidad del recurso de protección frente a aquellas conductas que la ley califica como delito, porque, al menos desde una perspectiva histórica, es indudable que el campo de la responsabilidad criminal es ajeno a las materias susceptibles de ser discutidas a través de la interposición de aquel recurso.

RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y DELITO

Sin embargo, la improcedencia de utilizar la vía del recurso de protección para dar establecida la configuración de un delito o la existencia de responsabilidad penal, no sólo se funda en razones históricas, sino que también aparece determinada por los propios caracteres de estas instituciones.

Puesto que en el ordenamiento jurídico chileno, y por razones que son de sobra conocidas, no resulta procedente presumir la res-

¹⁷ Fallos del Mes, N° 316, marzo 1985, pp. 43 y s.

¹⁸ Acta de la sesión 215, p. 20. Cfr. MOHOR (n. 21), pp. 199 y ss.

¹⁹ Cfr. SOTO KLOSS (n. 5), p. 157.

ponsabilidad criminal, su determinación —como así también la de todos sus presupuestos, entre los cuales se cuenta el delito— debe ser efectuada en el curso de un proceso. Así, por lo demás, lo reconoce el ordenamiento jurídico chileno cuando fija la ritualidad de los procesos penales y establece, como principio, la indisponibilidad de esos procedimientos.

En consecuencia, no existe otra forma de dar por establecida la configuración de un delito o la existencia de responsabilidad criminal, que no sea a través del enjuiciamiento efectuado con estricta sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Más aún, el hecho de obrar en un sentido diverso al expresado, aparte de vulnerar el principio de legalidad en su vertiente procesal, infringiría también nociones jurídicas tan elementales como las de especificidad normativa, del debido proceso y de igualdad ante la ley.

En otras palabras, la determinación de la responsabilidad criminal en sede de protección no sólo resulta improcedente por requerir ello la sustanciación de un proceso de lato conocimiento, sino que también por la necesidad de velar por el respeto de un conjunto de garantías a que tiene derecho el encausado.

EL DEBIDO PROCESO PENAL

Entre las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce al encausado, la del *debido proceso*, sin lugar a dudas, ocupa un lugar de privilegio.

Este principio supone brindar al inculpaado una posibilidad cierta de defenderla frente a quienes sostienen una pretensión procesal en su contra y la de presentar todas las pruebas que considere útiles para demostrar su irresponsabilidad.

El recurso de protección, sin embargo, además de no ser la instancia adecuada para efectuar tales descargos, puede en la práctica dejar sin posibilidad de defenderse a la persona que en el curso de aquel procedimiento obtiene una declaración concerniente a alguno de los elementos que inciden en su responsabilidad criminal.

En efecto, bien sabemos que los derechos personales no sólo pueden resultar vulnerados por actos concretos que tiendan a su menoscabo, sino que también a través del establecimiento —incluso por la propia autoridad pública— de condiciones que impidan su libre ejercicio.

Esto último es, precisamente, lo que ocurriría en caso que los jueces de protección entraran a pronunciarse sobre un hecho del cual dependa la responsabilidad criminal de un individuo, pues por mucho que el recurso aludi-

do deje a salvo las acciones ordinarias y el asunto pueda volver a ventilarse ante la justicia del crimen, el peso moral que implica un pronunciamiento en tal sentido —emanado de una Corte de Apelaciones o de la propia Corte Suprema— indudablemente priva al afectado de poder ejercer libremente su derecho a defenderse.

Muy ilustrativas son al respecto las palabras del profesor Enrique Paillas, quien, con toda la autoridad que le brindan el hecho de haber estudiado el tema en profundidad y su dilatada experiencia como magistrado, dice en una de sus obras no conocer ningún caso en que después de haberse fallado un recurso de protección, se haya litigado sobre el mismo asunto en un juicio ordinario²⁰.

Esta situación reviste especial gravedad en el caso de los delitos contra el honor y sobre todo de aquellos que se cometen a través de un medio de comunicación social. Recordemos que el artículo 19 N° 4° de la Constitución, en su inciso segundo, dispone que toda infracción contra la honra ejecutada a través de alguno de los medios recién mencionados, "será constitutiva de delito". Es decir, atendidos los términos imperativos en que aparece redactada la disposición —y al margen de si corresponde o no que la norma constitucional sea utilizada como fuente de *ilícitos*—, es indudable que cualquier pronunciamiento acerca del carácter deshonesto de determinada publicación, implica también un juicio sobre el carácter delictivo de la conducta, y si éste es efectuado en sede de protección, con todas las limitaciones que supone un procedimiento de esta naturaleza, ello importa, ni más ni menos, que privar al inculpaado de toda posibilidad de defensa.

Podrá argumentarse que no es sobre la responsabilidad criminal que eventualmente se pronunciarían los jueces de protección y que para dar por establecida aquella consecuencia jurídica es necesario que la justicia ordinaria determine otros aspectos, como la intencionalidad, la conciencia de la ilicitud o la normalidad de las circunstancias en que actuó el inculpaado. Sin embargo, no debemos olvidar que las garantías que amparan la responsabilidad penal —entre ellas, la prohibición de presumirla— comprenden también a los presupuestos de los cuales depende su existencia, de modo que impedir a un sujeto probar que no tuvo la intención de ofender a la víctima es tan grave como impedirle que pruebe que el acto ejecutado no es ofensivo.

²⁰ PAILLAS, Enrique (n. 7), p. 89.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Ya hemos explicado que el propio carácter cautelar que reviste la acción de protección es un impedimento para que las medidas que ordenen los jueces sean irreversibles o inmodificables.

Pero si el hecho que sirve de fundamento a un recurso está tipificado como delito, la adopción de una medida con esas características, además de contradecir el temperamento cautelar de la acción deducida, implicaría también sancionar penalmente a la persona que ejecutó el acto ilegal o arbitrario.

No olvidemos que las medidas que los jueces de protección pueden acordar en la sentencia que acoge el recurso, normalmente importan restringir alguno de los derechos de la persona en contra de la cual se interpone, de modo que si tal restricción tiene su fundamento en un hecho que reviste caracteres de delito, ella indudablemente asume la condición jurídica de pena²¹.

En estas circunstancias, si el tribunal que conoce de un recurso de protección aplica una medida con carácter irreversible, ello importaría vulnerar el principio de legalidad procesal, porque, como dice el voto de minoría en uno de los fallos que hemos escogido para ilustrar estos comentarios, en ese caso los jueces estarían asumiendo un papel que el ordenamiento jurídico asigna a la justicia del crimen. Pero si tal medida, además, no está contemplada entre las sanciones que la ley prevé para el delito, el tribunal vulneraría también el principio de legalidad referido a las penas, porque en ese evento el castigo no tendría como fuente un texto de jerarquía legal.

CONCLUSIONES

1) El hecho de ser constitutivo de delito un acto ilegal o arbitrario no es impedimento

para que el afectado recurra de protección. Ello obedece a que este recurso, en términos generales, es compatible con cualquier otra acción que tenga por objeto contrarrestar los efectos de tal comportamiento antijurídico o que esté destinada a hacer efectivas las responsabilidades en que pueden incurrir sus autores.

2) Por la razón antes indicada, no parece correcto el criterio, sustentado en algunas decisiones judiciales, en orden a que el recurso de protección debe ser rechazado cuando el asunto ya está en conocimiento de la justicia del crimen o, simplemente, cuando el acto ilegal o arbitrario que le sirve de fundamento reviste caracteres de delito.

3) Sin embargo, en caso de estar tipificado dicho acto, el recurso sólo es procedente en la medida en que haya urgencia por brindar protección al afectado y siempre que la acción deducida no implique pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad criminal o sobre la concurrencia de alguno de los elementos que operan como presupuestos de la misma.

4) Lo anterior, desde luego, supone que en cada oportunidad el tribunal habrá de examinar si concurre alguno de los límites recién mencionados y, en caso afirmativo, tendrá que declararlo inadmisibles sin pronunciarse sobre el fondo de la acción deducida.

5) Atendido el carácter cautelar del recurso de protección, y también como exigencia del principio de legalidad de la pena y del procedimiento, cuando el hecho invocado como fundamento reviste caracteres de delito, las medidas que adopte el tribunal han de ser esencialmente transitorias y, en todo caso, deben estar supeditadas a lo que se resuelva en el proceso penal.

²¹ ¿Qué carácter si no el de pena podemos atribuir a una medida que consista, por ejemplo, en la prohibición de que circule un impreso considerado lesivo para el honor del recurrente, si ella no se adopta por el tiempo que un juzgado del crimen tarde en pronunciarse sobre la existencia del delito de injurias, sino que en forma definitiva e irreversible?