

# LA SEGURIDAD NACIONAL Y LOS DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS EN LA CONSTITUCION CHILENA

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema.—2. Enfoque del contexto de la nueva Constitución.—3. Síntesis del sistema constitucional.—4. La iluminación de la Historia.—5. El compromiso de la Honorable Junta de Gobierno.—6. El alcance de la disposición transitoria vigésima cuarta.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como se sabe, son las disposiciones transitorias de la Constitución Política las que, en conjunto con los preceptos permanentes no suspendidos por aquéllas, están rigiendo el período de ocho años que comenzó a transcurrir el 11 de marzo pasado.

La vigésima cuarta es aquella disposición que señala que, si durante ese lapso, «se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior», el presidente de la República lo declarará así y tendrá, por seis meses renovables, el conjunto de atribuciones que a continuación se detallan.

El presidente podrá, en tales situaciones, arrestar personas hasta por cinco días en sus casas o en lugares que no sean cárceles; y si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, hasta por quince días más. Podrá restringir el derecho de reunión y la libertad de información en lo relativo a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones. Podrá prohibir el ingreso al territorio nacional, o expulsar de él, a los que propagueen o sean activistas de doctrinas opuestas al ordenamiento institucional, a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para la paz interior. Y podrá, por último, relegar a determinadas personas, hasta por tres meses, en una localidad urbana del territorio (1).

(1) El texto íntegro de la disposición transitoria vigésima cuarta dice así:

«Vigésima cuarta.—Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 39 y siguientes sobre estados de excepción que contempla esta Constitución, si durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el presidente de la República así lo declarará y tendrá, por seis meses renovables, las siguientes facultades:

a) Arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles. Si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, dicho plazo podrá extenderlo hasta por quince días más;

b) Restringir el derecho de reunión y la libertad de información, esta última sólo en cuanto a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones;

Hay quienes pretenden ver, en este precepto, un impedimento para la vigencia del Estado de Derecho en Chile, caracterizándolo por el ejercicio por parte del Ejecutivo, de poderes omnímodos, atentatorios de la libertad y de otros derechos fundamentales de las personas; sin que exista ninguna posibilidad de que el Poder Judicial, ejerciendo una función que es de su esencia, pueda proteger tales derechos, si ellos fueren atropellados, conociendo de los respectivos recursos constitucionales.

Otros arguyen que no existe tal alteración del Estado de Derecho que la Constitución diseña. Que, simplemente, se ha dotado al Ejecutivo de facultades privativas y especiales para mantener la paz interior, en el lapso de transición; pero que, en cualquier caso, las medidas que se adopten no pueden ser revisadas, de ninguna manera, por los Tribunales de Justicia.

Unos y otros fundan esta última conclusión en el texto que dice: «Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición *no serán susceptibles de recurso alguno*, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso.»

Ahora bien, este artículo no pretende dilucidar cuál de estas dos posturas tiene la razón. Pretende contradecirlas a ambas. Se propone, en primer término, llamar la atención acerca de la necesidad de examinar el problema, no en el recinto estrecho de la disposición que lo provoca, sino en el contexto orgánico de toda la Constitución considerada como cuerpo. Se propone, en seguida, averiguar si la historia de nuestra evolución institucional aporta alguna perspectiva para resolverlo o si será preciso trabajar sobre la superficie plana del presente. Y, tratándose de un problema que dice relación con el control jurisdiccional de los actos de la Administración, procuraremos establecer si en la historia del régimen que se inicia el 11 de septiembre de 1973, existen antecedentes que contribuyan a una solución.

---

c) Prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaguen las doctrinas a que alude el artículo 8.º de la Constitución, a los que estén sindicados o tengan reputación de ser activistas de tales doctrinas y a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para la paz interior; y

d) Disponer la permanencia obligada de determinadas personas en una localidad urbana del territorio nacional hasta por un plazo no superior a tres meses.

Las facultades contempladas en esta disposición las ejercerá el Presidente de la República, mediante decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República". Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso.»

El artículo 39, al cual esta disposición se refiere, expresa:

«Artículo 39.—Los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser afectados en las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.»

## 2. ENFOQUE DEL CONTEXTO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Pareciera ser evidente, a primera vista, que si la disposición 24a. transitoria (D. T. 24a.) señala que las medidas que el Gobierno adopte no serán susceptibles de recurso alguno, entre estos recursos que no proceden estarían comprendidos los de naturaleza jurisdiccional; por aquel aforismo que dice que «donde la ley no distingue, no es lícito al hombre distinguir».

Sin embargo, durante más de treinta siglos la humanidad creyó, a primera vista, que el sol giraba en torno a la tierra. Porque parecía evidente que el sol repetía esta afirmación todos los días. Y los que se atrevieron a opinar en sentido contrario, no sólo no fueron escuchados, sino que se les tildó de herejes o —lo más benignamente— de alucinados.

Pero fue un conocimiento más cabal del universo y de sus leyes lo que permitió, al fin, descubrir que la verdad era exactamente al revés de la creencia común. Un conocimiento de que el sistema solar es sólo una pequeña porción integrante del universo. Y de que esta pequeña porción, por ser integrante de aquél, no podía contradecir las leyes universales.

Es un enfoque del universo constitucional, del que la disposición 24a. transitoria forma parte integrante, el que permite establecer su verdadero sentido y alcance. Pues las disposiciones transitorias no son otra Constitución, sino que son parte de la que está en vigencia.

Y está vigente el capítulo primero que establece las «Bases de la Institucionalidad»; y, entre ellas, la declaración de que «El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común»; el cual debe realizarse «con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece» (art. 1.º).

Y está vigente el postulado de que «Chile es una república democrática» (art. 4.º). Y que, por consiguiente, no es una monarquía absoluta; no es una tiranía; ni es un estado totalitario.

Y, asimismo, lo está la norma que prescribe que «el ejercicio de la soberanía —una de cuyas manifestaciones es la función de gobierno— reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana» (art. 5.º).

Está vigente el capítulo III que principalmente asegura las libertades y derechos de las personas. Y es más: el primer valor, que la nueva Constitución proclama en su primera línea, es la libertad del hombre. Por eso, también se la ha llamado la Constitución de la libertad.

Vigente está el capítulo VI, que instituye —como órgano independiente— al Poder Judicial; y, a la función jurisdiccional, como su atribución exclusiva (art. 73). Y que otorga al Código Orgánico de Tribunales —cuyo artículo 5.º encierra en el ámbito de lo jurisdiccional todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal

dentro del territorio de la República— el rango de ley orgánica constitucional (art. 74 y disposición transitoria quinta).

Por último, están vigentes los artículos 6.º y 7.º; el primero de los cuales es pieza fundamental del Estado de Derecho y consagra el necesario sometimiento— tanto de los gobernados como de los gobernantes— a la Constitución y a la Ley (véase el considerando 4.º, letra b), del A.C. número 21. Y, el segundo, piedra angular de todo el derecho público, prescribe que son válidos los actos que la autoridad, legítimamente investida, dispone dentro de su competencia y en la forma que la ley prescribe; agregando que todo acto que contravenga esta disposición es nulo.

Y como todo acto jurídico es válido mientras su nulidad no sea declarada, y tal declaración sólo compete a la justicia, tenemos que, en definitiva, el Poder Judicial es el árbitro de la legalidad de tales actos; particularmente, cuando ella concierne al respeto de los derechos fundamentales de la persona, cuyo resguardo constituye su misión esencial.

Ni siquiera puede estar vedada la intervención del Poder Judicial en los estados de excepción constitucional que se originan en situaciones de tanta gravedad como son la guerra, la conmoción interior, las situaciones de alteración del orden público o de daño o peligro para la seguridad nacional, y los casos de calamidad pública (art. 40).

Por el contrario, si es verdad que tales estados de excepción se caracterizan, y así se denominan porque *solamente* durante su vigencia pueden ser afectados los derechos y garantías que la Constitución asegura (art. 39), preciso es destacar que en el curso de tales estados cobra todo su relieve la función protectora asignada a los Tribunales; y esa función se traduce en impedir que las prerrogativas excepcionales conferidas al Gobierno en tales casos, sobrepasen el marco de la legalidad (arts. 6.º y 7.º), no sólo para restablecer el imperio del derecho (arts. 20 y 21), sino también para perseguir la responsabilidad de los posibles infractores (inc. 3.º de los arts. 6.º y 7.º).

No es lo correcto, como creen algunos, que a mayores poderes del ejecutivo corresponda una menor intensidad del control jurisdiccional. La verdad es exactamente al revés. Los derechos constitucionales subsisten siempre; porque emanan de la naturaleza humana. El ejercicio del poder nunca puede suprimirlos (art. 5.º, inc. 2.º); sólo puede suspender o restringir el ejercicio de algunos de ellos durante, con ocasión y por razón de los referidos estados de excepción (art. 39; ver también los considerandos del A.C. núm. 4). Y como estos poderes especiales que se otorgan al Gobierno, no pueden ser excedidos por la doble razón de ser potestades legales (art. 7.º) y de ser facultades excepcionales, sólo el control y la vigilante diligencia del Poder Judicial permite, en tales circunstancias, que subsista «el respeto a los derechos esenciales» de que habla el artículo 5.º; ya que, sin ese control, la dinámica del poder arrasaría con ellos; derribando de paso los dos pilares más difíciles

de construir del Estado de Derecho: las garantías constitucionales y su amparo judicial.

Tanto es así, que aun en el caso extremo de guerra, si estando el país bajo el estado de asamblea, se priva a una persona de su libertad por una autoridad incompetente o por otra que, siendo competente, actúa sin sujetarse a la Constitución y a la ley, el recurso de amparo no sólo es procedente, sino que debe ser acogido (art. 41, núm. 3).

Y si esto es así en situación de guerra y bajo el estado de asamblea, no es concebible que pueda ser de un modo más gravoso para los derechos fundamentales en las situaciones mucho menos conflictivas que contempla la disposición transitoria 24.<sup>a</sup>

Pretender que alguna autoridad, por elevada que sea su investidura, pueda en Chile violar impunemente los derechos constitucionales; pretender que ello pueda ser legítimo, y que, además, el Poder Judicial carecería de jurisdicción o de competencia para restablecer el imperio del derecho, significaría desconocer o ignorar las bases de la institucionalidad (cap. primero) que forman los cimientos del Estado de Chile y de su forma de vida republicana; significaría retroceder a tiempos de barbarie en que una coraza de inmunidad jurídica rodeaba al tirano o al déspota y le confería un privilegio de irresponsabilidad por sus actos arbitrarios; e importaría, también, ultrajar gratuitamente al Poder Judicial, negándole capacidad para discernir cuándo una medida restrictiva de la libertad de un individuo es legítima y fundada y, por ello, debe ser mantenida, y cuándo es ilegal o arbitraria y, por ello, es su prerrogativa y su deber impedir que la persona afectada sufra sus efectos lesivos, perturbadores e ilegítimos.

Con razón decía Carl SCHMITT que puede designarse como Estado de Derecho «sólo a aquél en que hay un control judicial de la Administración» (2).

Este control, por lo demás, está previsto en el inciso 3.º de los artículos 6.º y 7.º; en el artículo 12; en el 19, número 24, inciso 3.º; en los artículos 20 y 21; en el artículo 38, inciso 2.º, y también está previsto en el artículo 41, situado en el párrafo que regula los estados

(2) Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Ed. Nacional, México, 1966, p. 153. Sobre el Estado de Derecho puede además consultarse: Luis LEGAZ y LACAMBRA: *El Estado de Derecho*, núm. 6 de esta REVISTA; Jean RIVERO: *L'Etat moderne peut-il être encore un Etat de droit?*, «Annales», Faculté de Droit de Liège, 1957; Rafael ENTRENA CUESTA: *Notas sobre el concepto y clases del Estado de Derecho*, núm. 33 de esta REVISTA; *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 33; L. MARTÍN-RETORTILLO: *El genio expansivo del Estado de Derecho*, núm. 47 de esta REVISTA; Ernest FORSTHOFF: *Problemas del Estado social de Derecho en Alemania*, Madrid, 1966; Fernando GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, vol. I, pp. 70 y ss., y vol. II, pp. 139-195; Pablo LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pp. 18-32; Máximo PACHECO GÓMEZ: *El Estado y la regla de Derecho*, «RDJ», t. 55, 1.ª p., p. 115; Germán BIDART CAMPOS: *Doctrina del Estado democrático*, Ed. Jur. Europa-América, Buenos Aires, 1961, páginas 132 y ss.; Alejandro SILVA BASCUÑÁN: *Tratado de Derecho constitucional*, Editorial Jurídica, 1963, tomo I, p. 157; Hugo CALDERA DELGADO: *Teoría del órgano, Estado de Derecho y responsabilidad del Estado*, «Revista de Derecho Público», Universidad de Chile («RDP» núms. 25-26, 1979); Eduardo SORO KLOSS: *Estado de Derecho y procedimiento administrativo*, «RDP» núm. 28, 2.º sem. 1980.

de excepción constitucional, de los que sin duda forma parte adicional y provisoria el que contempla la disposición transitoria 24.<sup>a</sup>

Hay quienes pretenden que dicho control jurisdiccional no es procedente tratándose de los actos discrecionales de la autoridad.

No es posible—en el grado de madurez de nuestro Derecho público—abstenerse de rebatir semejante monstruosidad.

En primer lugar, porque siempre serán susceptibles de control, requisitos de validez de tales actos, comenzando por la competencia y hasta por la regularidad de la investidura del órgano emisor (art. 7.º). Y la única sede idónea para que ese control sea eficaz, es la judicial.

En segundo lugar, porque la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad ni está fuera de la legalidad. Por el contrario, todo acto de la autoridad debe sujetarse a la racionalidad de la ley, y en la medida que sólo obedezca al apetito o el capricho, esto es, a una voluntad no gobernada por la razón—que es como se define lo arbitrario—será susceptible de ser corregido mediante el control jurisdiccional.

Y, en tercer lugar, porque las facultades que al P. de la R. atribuye la disposición transitoria vigésima cuarta, aun siendo discrecionales, son doblemente susceptibles de control: lo son por tratarse de potestades constitucionales que sólo pueden ejercerse dentro del marco de la ley fundamental (arts. 6.º y 7.º), y lo son, además, por tratarse de prerrogativas extraordinarias que permiten a la autoridad coartar ciertos derechos fundamentales de las personas, lo que sólo procede, precisamente, en los estados de excepción (art. 39). De allí que sea indispensable que las medidas que la autoridad adopte sean motivadas; tanto para justificar su legitimidad cuanto para posibilitar su efectivo control judicial (3).

### 3. SÍNTESIS DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL

En apretado resumen, el texto de la Constitución nos organiza en una sociedad de hombres libres, estructurada en grupos intermedios que el Estado reconoce y ampara, asegurándoles la necesaria auto-

(3) Sobre las potestades discrecionales y su control judicial, consultar—entre otros—los siguientes trabajos: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *El control de los poderes discrecionales de la Administración*, núm. 38 de esta REVISTA, Madrid, 1962, reproducido en «Revista de Derecho Público» («RDP»), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, núm. 17, 1975; Celso A. BANDEIRA DE MELLO: «Discrecionalidad administrativa y control judicial», *Anuario de Derecho Administrativo (ADA)*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, vol. I, 1975-1976; Agustín GORDILLO: *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Macchi, Buenos Aires, tomo I, VIII, 14-37; GARRIDO FALLA: *Ob. cit.*, vol. I, pp. 258-268; ENTRENA CUESTA: *Ob. cit.*, p. 123; Julio A. PRAT: *El poder discrecional de la Administración*, ADA, vol. II, 1977-1978. Como valioso complemento de esta materia recomendamos el excelente artículo del profesor Alberto RAMÓN REAL *La fundamentación del acto administrativo*, en «RDP» número 27, 1.º sem. 1980, y el estudio sobre *El control jurisdiccional de los motivos del acto administrativo*, que bajo la coordinación del profesor Hernán G.M.O. ALDANA, aparece en la p. 457 del volumen de estudio colectivo *La protección jurídica de los administrados*, publicado por el Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980.

mía para cumplir sus fines. El Estado se declara al servicio de la persona humana, especificando que su finalidad es promover el bien común.

Chile es una república; lo cual supone que nadie tiene el privilegio de la inmunidad de sus actos y todos son responsables. Es, además, un Estado de Derecho en que sus órganos y autoridades se someten al imperio de la Constitución y de la ley. Sus actos, para ser válidos, deben situarse dentro del marco normativo, y si así no ocurre, ellos pueden ser anulados por los Tribunales de Justicia.

La Constitución asegura a todas las personas un sistema de derechos esenciales, de garantías y de recursos que sólo pueden ser afectados, en un sentido restrictivo, durante los estados de excepción constitucional; quedando—aún en estos estados—las medidas que se adopten sujetas al control jurisdiccional, en la forma prevista por la Constitución.

Ahora bien, una *Constitución política es un cuerpo orgánico*—el más orgánico de todos los cuerpos normativos—y, por ello, sus disposiciones *no admiten contradicción alguna*.

Dicho en concreto, no puede haber una sociedad de hombres libres en el artículo 1.º de la Constitución, y un conjunto de habitantes sometidos al riesgo de ser arrestados o relegados, de un modo discrecional e irrecurrible, en la disposición transitoria vigésima cuarta.

No puede coexistir la República democrática que se predica de Chile en el artículo 5.º, con la virtual consagración de una forma de tiranía constitucional susceptible de ser ejercitada en virtud de la disposición transitoria vigésima cuarta, en la forma en que la interpretan algunos.

No puede consagrarse en el artículo 6.º un estado de derecho y en la disposición transitoria vigésima cuarta la ausencia de su condición esencial.

No puede haber aquí, en el artículo 7.º, una sujeción estricta al principio de legalidad y al control jurisdiccional que lo hace eficaz; y allá, en la disposición transitoria vigésima cuarta, el desbordamiento de todo cauce con garantía de inmunidad.

No es siquiera concebible la luminosa vigencia, en la Constitución permanente, de las acciones y recursos que en protección a los derechos públicos subjetivos consagran los artículos 7.º, 20 y 21, con su absoluta improcedencia, que algunos creen ver en la disposición transitoria vigésima cuarta.

Y más inconcebible es aún la existencia de un Poder Judicial dotado de plena jurisdicción que la Carta permanente consagra en el capítulo VI, con el cercenamiento de sus prerrogativas esenciales que le hacen desaparecer del sistema institucional en las situaciones previstas en la disposición transitoria vigésima cuarta. Porque, si ella se pretende aplicar bajo el supuesto de la improcedencia de toda acción jurisdiccional, tendríamos necesariamente que colegir que, en ese supuesto, el Poder Judicial simplemente *no existe* frente a ella.

De todo lo cual sólo cabe concluir, o que la disposición transitoria vigésima cuarta funciona al revés y no puede tener cabida en el sistema porque lo destruye o, al menos, lo desarticula desde sus mismos cimientos; o se la entiende al revés cuando, desprendiéndola del universo normativo del cual forma parte, se le atribuyen efectos que la disposición no posee.

#### 4. LA ILUMINACIÓN DE LA HISTORIA

La síntesis precedentemente descrita—en que descuella la imagen de una sociedad de personas nacidas libres e iguales en dignidad y derechos, en que éstos están siempre bajo la protección de la judicatura—no es una conquista de última hora de la nación chilena. No es un cometa aparecido sólo ayer en nuestro firmamento jurídico. Es una estrella de primera magnitud que resplandece durante el curso de toda nuestra historia republicana. Es el signo y la prueba del sometimiento de la fuerza a la razón y de la conducta pública al derecho, y, por lo mismo, igual que la estrella que flamea en el cielo de nuestra bandera, debería iluminar siempre nuestra vocación de hombres libres.

Ya la Constitución promulgada por el libertador general Bernardo O'Higgins en 1822 contenía, en un mismo capítulo, la Administración de Justicia y las Garantías individuales (cap. IV del título VII).

La Constitución de 1823 abre el título XII, dedicado a la judicatura, expresando que «El Poder Judicial *protege los derechos individuales*»; su artículo 138 obliga a los jueces a atender «al ciudadano que reclama un atropellamiento o violencia de las autoridades constituidas», y el artículo 146 señala, como primera atribución de la Corte Suprema de Justicia, la de «Proteger, hacer cumplir i reclamar a los otros Poderes por las garantías individuales i judiciales».

La Constitución de 1828 sigue idéntica línea; pero, además, bajo el párrafo «De lo que se prohíbe al Poder Ejecutivo» (art. 85) le impide «Privar a nadie de su libertad personal i en caso de hacerlo, por exigirlo así el interés jeneral, se limitará al simple arresto; i en el preciso término de 24 horas pondrá el arrestado a disposición del juez competente».

Con razón pudo decir, en 1972, el entonces presidente del Tribunal Supremo don Ramiro MÉNDEZ BRAÑAS, inaugurando el año judicial, que «la Justicia de Chile, a pesar de sus vacíos y deficiencias, siempre ha sido *baluarte seguro del Estado de derecho*, único que cautela debidamente la dignidad humana y que es garantía de las libertades ciudadanas...» («RDJ», tomo 69, 1.ª p., XV).

Con la misma solvencia moral—que ojalá nunca se empañe—pudo expresar don Enrique URRUTIA MANZANO, en 1973, celebrando el Sesquicentenario de la Corte Suprema que presidía, que ella, a través de ciento cincuenta años, había estructurado dos atribuciones básicas,



una de las cuales consistía en proteger y en reclamar de los otros poderes la protección de las garantías individuales («RDJ», t. 71, 1.ª p., página 26).

Y, sobrepasada ya la crisis que culminó en septiembre de ese año, don José María EYZAGUIRRE, presidiendo la inauguración del año judicial, declaraba—en marzo de 1976—su fe profunda en que los Tribunales de Justicia de la nación «seguirán cumpliendo, sin vacilaciones, con su labor esencial de ser, dentro de sus facultades legales, una protección de todas las garantías y derechos que la Constitución y las leyes de la República otorgan a todos los habitantes del territorio de Chile indistintamente...» («RDJ», tomo 73, 1.ª p., p. 23).

Dos años después, en ocasión idéntica, el mismo presidente señor EYZAGUIRRE reiteraba: «En lo que se refiere al Poder Judicial, como lo propuso una Subcomisión (de estudio de la nueva Constitución) que tuve el honor de presidir, debe reafirmarse y hacerse más efectiva su independencia, complementada con otras disposiciones que permitan a los Tribunales de Justicia *ser los efectivos guardianes de los derechos y garantías* de todos los ciudadanos de la República» («RDJ», tomo 75, 1.ª p., p. 16).

##### 5. EL COMPROMISO DE LA HONORABLE JUNTA DE GOBIERNO

Esta misión protectora de los derechos fundamentales, que incumbe al Poder Judicial—y que, por su carácter esencial, no puede ser suspendida ni coartada—le fue reconocida expresamente por Honorable Junta de Gobierno.

De un modo solemne, que además compromete el honor militar, la Honorable Junta prometió respetarla cuando en el artículo 3.º del Decreto-ley número 1, de 11 de septiembre de 1973, sus miembros declararon «que la Junta, en el ejercicio de su misión, *garantizará la plena eficacia de las atribuciones del poder judicial*».

Y si la Corte Suprema, a través de sus más calificados personeros, ha reivindicado siempre como suya la atribución de proteger las garantías y libertades ciudadanas, importaría faltar a ese compromiso negarle ahora la eficacia plena de una prerrogativa histórica que estaba vigente en 1973 y que con mayor razón debe seguirlo estando bajo el imperio de una Constitución humanista y libertaria.

Por otra parte, este compromiso de la Honorable Junta de Gobierno no sólo la vincula al Poder Judicial; es también un compromiso con Chile y con su historia.

Porque si los motivos justificantes de la intervención militar fueron—entre otros—el quebrantamiento de los derechos y libertades fundamentales de los chilenos por parte del Gobierno anterior (Cons. 1.º del Bando núm. 5 del 11 de septiembre de 1973); su no acatamiento al Derecho y la extralimitación de las atribuciones del Ejecutivo poniendo en peligro tales derechos y libertades (Cons. 3.º y 7.º Bando 5),

y si su compromiso patriótico fue el de «restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas» (art. 1.º Decreto-ley número 1, de 11 de septiembre de 1973), no vemos cómo podrían realizarse tan elevados propósitos si la acción restauradora desconociera lo que está en la médula de nuestra identidad nacional el espíritu libertario, la sujeción al derecho, la fe en la justicia y la confianza en quienes la imparten.

## 6. EL ALCANCE DE LA D. T. VIGÉSIMA CUARTA

Naturalmente, no es esa la intención ni el sentido del artículo 24 transitorio. Esa disposición no tiene el poder de hacer girar el sol en torno a la tierra, aunque —a primera vista— así les parezca a algunos.

Ciento sesenta años de Historia constitucional, el compromiso solemne de respeto a la *eficacia* de las atribuciones del Poder Judicial y el contexto de toda la parte vigente de la Constitución, proclaman lo contrario.

Pero existen dos razones más que tal vez puedan disipar la contradicción aparente que se contiene en la frase «las medidas que se adopten... no serán susceptibles de recurso alguno».

La disposición privilegia la agilidad de las medidas que adopta el presidente durante un estado de excepción que éste puede declarar sin el acuerdo de la Junta ni del Consejo de Seguridad Nacional, y, por lo mismo, también privilegia su ejecutividad.

De allí que tales medidas no sean susceptibles de ningún recurso que pueda perjudicar este carácter. No procede el recurso jerárquico, o de alzada, pues no existe autoridad superior ante quien interponerlo. Tampoco se admiten otros recursos administrativos tendentes a su anulabilidad o a su revocación. Y el único que se concede, en esta vía —el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso— pertenece, indudablemente, a la órbita administrativa y, por lo mismo, no suspende ni dilata el cumplimiento de la medida.

Es lógico entonces que el único sentido de esta expresión que coarta los recursos —que sea congruente con su naturaleza y congruente con las atribuciones incoartables del Poder Judicial— es que ella se refiere a *otros* recursos administrativos (4).

(4) Interesa destacar aquí lo que enseña sobre el particular el profesor Fernando GARRIDO FALLA, catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Madrid. Dice: «... la ley sienta el principio de que todo acto de la Administración, salvo los exceptuados por la propia ley, pueden ser recurridos. Más aún: las excepciones han sido interpretadas por la jurisprudencia con carácter tan rigurosamente estricto que, cuando en alguna disposición legal —y el caso no es tan infrecuente— se prescribe que contra tal resolución no cabe ulterior recurso, ha de entenderse en el sentido de que se excluye cualquier recurso administrativo, pero no el contencioso-administrativo (jurisdiccional)». (Fernando GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 50-51.)

Por su parte, el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en la Introducción de su trabajo sobre *El control judicial de la Administración* (*Derecho procesal administra-*

Por otra parte, los *recursos* son medios de impugnación de resoluciones, que se ejercitan dentro de un plazo breve de caducidad. En cambio, cuando se «recurrer» de amparo, no se ejercita un «recurso», sino una acción constitucional. No se impugna necesariamente una resolución, sino se reclama la protección jurisdiccional frente a un hecho, un acto, y hasta frente a una omisión que prive ilegítimamente la libertad. Lo mismo ocurre con la acción de protección del artículo 20, y, particularmente, con la acción de nulidad derivada del artículo 7.º

---

tivo, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980), señala: «El derecho a la Justicia es, quizá, el primero de los derechos fundamentales de la persona. Si fuera posible establecer un orden de prelación entre los derechos humanos, ocuparía un lugar preferente el derecho de acceso a la Justicia. La justa paz de la comunidad únicamente es posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que ante el mismo se formulan. Porque si los anhelos de Justicia que lleva en lo más íntimo de su ser todo hombre no encuentran satisfacción por los cauces pacíficos instaurados por el Estado, por fuerte y brutal que sea la maquinaria represiva, será desbordada por aquella desesperada búsqueda de la Justicia.»

De un modo más específico, en su obra *El administrado* (Publ. Abella, Madrid, 1966, p. 63), enseña: «El administrado debe tener plenamente garantizado el acceso a la Justicia, a los órganos jurisdiccionales, para formular toda pretensión, cualquiera que sea su contenido, frente a los órganos administrativos.»

«Tan esencial es el principio, que se ha ido consagrando en los textos constitucionales. Lo que no es sino una manifestación del fenómeno más amplio que se ha denominado "constitucionalización de las garantías mínimas del enjuiciamiento".»

«La Constitución austríaca (art. 132) la italiana art. 113) y la Ley Fundamental de Bonn (art. 19, párrafo IV) consagran solemnemente el principio de recurribilidad contra los actos administrativos. Por ejemplo, el artículo 113 de la Constitución italiana proclama así el principio: "Contra los actos de la Administración pública será siempre admitida la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa." Y añade: "Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o por determinadas categorías de actos."»

«De este modo se pone fin a las llamadas "materias excluidas"; esto es, materias en las que estaba vedado el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa por no estar permitido el "recurso contencioso-administrativo". Dichas "materias excluidas" no son sino el resultado de una acusada tendencia de toda Administración. Porque toda Administración, cualquiera que sea el Estado a que pertenece, aspira a huir de todo sometimiento a esquemas de Derecho, dotando a su actividad de la máxima discrecionalidad y, por ende, de la imposibilidad de que se deduzcan pretensiones procesales contra los actos en que se concrete.»

Y agrega más adelante: «Tal corriente legislativa, en cuanto supone la eliminación de una de las garantías máximas que el Ordenamiento confiere para defenderse de las arbitrariedades y abusos de la Administración, es censurable. Pues no se trata en tales disposiciones de delimitar el ámbito de la jurisdicción, señalando, en casos límites, actos—empleando terminología de Derecho fiscal muy expresiva—que no estén sujetos a fiscalización contenciosa, sino que, como de la redacción de los preceptos respectivos se desprende, lo que se pretende es algo muy distinto: es exceptuar de fiscalización actos que, en principio, estaban sujetos. Se trata, por tanto, según la terminología antes empleada, de actos exentos, no de actos no sujetos; esto es, de actos que, de no haber sido exceptuados expresamente, serían impugnables según el régimen general. Y esto es lo que resulta inadmisibles según los principios informantes del Estado de Derecho. Porque ninguna razón existe para que determinadas materias tengan un trato jurídico privilegiado y en ellas goce la Administración de la máxima discrecionalidad, sin temor a una posible fiscalización ulterior.»

De tal modo que el ejercicio de estas acciones tampoco está coartado por la disposición vigésima cuarta, desde este otro punto de vista (5).

Por último, cabe preguntarse: ¿Qué inconveniente puede tener un Gobierno respetuoso de la Constitución y de la ley frente a un Poder Judicial respetable por su sometimiento al Derecho, de que éste —ejer-

(5) Transcribimos, sobre el particular, las opiniones de los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema don Enrique Correa Labra y don Emilio Ulloa Muñoz, en el fallo de segunda instancia dictado en el recurso de amparo de don Gerardo Espinoza Carrillo, arrestado y expulsado del país, en virtud de la D. T. vigésima cuarta, por los Decretos exentos números 3023 y 3024/1981, del Ministerio del Interior.

La primera parte del voto del Ministro señor Ulloa, quien estuvo por revocar la resolución; apelada en cuanto declara IMPROCEDENTE el recurso, dice: «Que si bien la disposición vigésima cuarta transitoria de la Constitución Política del Estado establece que las medidas que se adopten en virtud de esa disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso, tal precepto no impide el ejercicio del recurso de amparo que los artículos 21 de la Carta Fundamental y 306 del Código de Procedimiento Penal confieren al individuo afectado por una orden de detención o de prisión arbitraria ni puede privar a un habitante de la República del ejercicio de la única garantía que podría invocarse en resguardo de su libertad afianzada por normas constitucionales y legales, tanto más si se considera que la disposición mencionada—vigésima cuarta transitoria—no exceptuó expresamente el citado recurso como habría sido del caso para que pudiera estimarse improcedente cuando se adopten las medidas que contempla esa disposición, como ocurre con respecto a los estados de excepción a que se refiere el artículo 41 de la Constitución Política.»

«Que lo que dispone el inciso final de la referida norma vigésima cuarta debe entenderse que su sentido es coartar la interposición de otros recursos administrativos, lo que no obsta a que pueda reclamarse la protección judicial.»

Por su interés y trascendencia transcribimos íntegro el voto del Ministro señor Correa: «Acordada contra el voto del Ministro señor Correa, quien estuvo por revocar dicha resolución, acoger los recursos de amparo, deducidos a fojas 1 y 3, y dejar sin efecto los Decretos exentos números 3023 y 3024, que dispusieron el arresto y expulsión del territorio nacional del abogado don Gerardo Antonio Espinoza Carrillo.

Tiene para ello presente:

1.º Que, según consta de la copia acompañada a fojas 14, el señor ministro del Interior dictó el Decreto exento número 3023, de 16 de marzo último, basándose en lo contemplado en el Decreto supremo número 359, de 11 de marzo del año en curso, y en lo establecido en la letra a) del artículo 24 transitorio de la Constitución Política del Estado; Decreto que en su artículo 1.º dispuso: "Arrestese y manténgase en tal calidad, en dependencias de la Central Nacional de Informaciones, a Gerardo Espinoza Carrillo."

2.º Que la referida disposición transitoria autoriza al Presidente de la República para "arrestar personas hasta por el plazo de cinco días. Si se produjeran actos terroristas de graves consecuencias, dicho plazo podrá extenderlo hasta por quince días más"; facultad que, conforme al último inciso, la usará por intermedio del Ministro del Interior.

Pero esta disposición constitucional no autoriza para disponer el arresto de personas por tiempo ilimitado, como lo hace el referido Decreto, sino por el plazo de cinco días, prorrogable por otros quince, lo que evidencia que el señor ministro del Interior ha sobrepasado sus facultades legales, y el Decreto carece de fundamento jurídico que le otorgue validez.

3.º Que, por otra parte, el análisis del Decreto sólo ha podido hacerse desde el punto de vista estrictamente legal, en cuanto a sus fundamentos, sin que haya podido serlo también respecto de los hechos, porque el señor Ministro del Interior, no obstante los reiterados oficios del Tribunal, no informó sobre ellos.

4.º Que, en el escrito de fs. 3, se dedujo también recurso de amparo en favor del expresado Espinoza, por habersele expulsado del país ilegal y arbitrariamente, contraviniendo lo dispuesto en la cláusula 247 de la Constitución Política; refiriéndose individualmente al artículo 24 transitorio de la misma.

Al respecto, a fojas 15 aparece copia del Decreto supremo exento número 3024, de 16 de marzo del año en curso, del Ministerio del Interior, en cuyo acápite 1.º

ciendo su prerrogativa jurisdiccional— pueda examinar la legalidad de sus actos?

Al hacernos esta pregunta nos viene a la memoria la célebre frase que en solemne ocasión pronunciara quien presidió también el Tribunal Supremo, don Manuel MONTT, siendo entonces presidente de la

se dice: "Que la persona a que se refiere el presente Decreto constituye, según antecedentes fidedignos que obran en poder de la autoridad, un peligro para la paz interior del país", y asilándose en el Decreto supremo número 359, de 11 de marzo último, y en lo dispuesto en el artículo 24 transitorio de la Constitución Política del Estado, dispone: "Investigaciones de Chile, procederá a expulsar del territorio nacional al ciudadano Gerardo Espinoza Carrillo."

Informando este recurso, como el de fojas 1, dice el señor Ministro que los decretos de expulsión y arresto "fueron dictados por el Ministro firmante en el ejercicio de las facultades que concede a S. E. el Presidente de la República la disposición vigésima cuarta transitoria de la Constitución Política de la República de Chile y que se ejerce mediante Decreto supremo de esta Secretaría de Estado". Advierte que no se ha pedido "reconsideración alguna" con respecto a las medidas que afectan al recurrente.

5.º Que el señor Ministro del Interior, en su informe, se limita a invocar la disposición legal que lo autoriza para dictar la medida, porque al decir que, según antecedentes que obran en poder de la autoridad, el referido Espinoza constituye "un peligro para la paz interior del país", no hace sino transcribir lo que dispone el artículo 24 transitorio como supuesto de su mandato, pero no expone los "antecedentes fidedignos que obran en poder de la autoridad", o sea, los hechos o actos que justifican la medida, y que señalan a Espinoza como un peligro para la paz interior, según lo exige el inciso 1.º del artículo 24 transitorio; por cuya razón, el Decreto no se ajusta a la disposición citada.

6.º Que, por último, las medidas de arresto y expulsión han podido ser objeto de recurso de amparo, no obstante lo dispuesto en el inciso final del mencionado artículo 24, porque esa prohibición se refiere a recursos administrativos como el de reconsideración que contempla dicho precepto, y que por lo mismo debe deducirse ante la autoridad administrativa que la dictó.

Además, en un sólido Estado de Derecho, como el actual, no puede obviamente desaparecer el recurso de *habeas corpus*, salvo que estuviese expresamente prohibido en la Constitución, lo que no ocurre en este caso.

Al respecto, es interesante recordar lo que dijo el profesor Evans en la sesión 214, de 25 de mayo de 1978, cuando se estudiaba el recurso de amparo: "Se ha dicho, estableciendo un sistema general que toda persona puede ocurrir a los Tribunales de Justicia y ningún derecho consagrado en la Constitución o en las Leyes, que aparezca conculcado, puede quedar sin protección judicial"; que es justamente la tesis que se sostiene en este voto. (Actas de la Comisión Constituyente, tomo 6.º, sesión 214, p. 10.)

7.º Que el Estado de Derecho fue conceptualizado también por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al decir que la "expresión del Estado de Derecho es, por cierto, el que las funciones del Estado sean ejercidas de acuerdo con la Constitución por órganos diversos e independientes entre sí, sin perjuicio de la adecuada interrelación que debe existir entre ellos, concepto esencial en una auténtica democracia". Y agrega: "Este concepto consustancial en una auténtica democracia estará contenido en forma implícita en un precepto del anteproyecto que dirá: Las autoridades públicas someten su acción a la Constitución y a toda norma dictada conforme a ella. Los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los distintos órganos de la autoridad como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la Ley." (Anteproyecto constitucional y sus fundamentos, pp. 49 y 50.)

Este pensamiento de la Comisión se tradujo en el artículo 6.º de la actual Constitución, que dispone: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella."

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la Ley."

Y, después de dar el concepto sobre Estado de Derecho, ya copiado, dijo: "En relación con la validez de su acción, el anteproyecto prescribe lo siguiente." Y agregan un futuro artículo de la Carta Fundamental, que, con algunos cam-

República: «La Constitución no ha conferido a ningún Poder el derecho de hacer ilusorias sus prescripciones; como tampoco ha dado a ninguno de los poderes que creó el derecho de anular las facultades de cualquiera de los otros.»

Lautaro RÍOS ALVAREZ

Profesor de Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.

Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales.  
Universidad de Valparaíso.

Profesor extraordinario Vis. de la Universidad Católica  
de Tucumán.

---

bios de palabra, sin trascendencia, se tradujo en el actual artículo 7.º, que dispone "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la Ley. Ninguna magistratura, ninguna persona o grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente les hayan conferido en virtud de la Constitución o las Leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la Ley señala."

8.º Que ante estos claros mandatos constitucionales, explicados con su historia, no puede dudarse que los decretos de arresto y expulsión de que se trata han violentado el precepto del artículo 24 transitorio de la Constitución Política; lo que impone la aceptación de los recursos de amparo deducidos.»

El fallo fue dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta por los Ministros titulares señores Enrique Correa (Presidente, Marcos Aburto, Emilio Ulloa, Abraham Meersohn y por el Abogado integrante señor Raúl Rencoret. (Recurso de amparo de don Gerardo Espinoza Carillo. Rol núm. 200-81, Corte de Santiago. Rol criminal núm. 22.265, Corte Suprema.)

## BIBLIOGRAFIA

