

LA DISPOSICION 24ª TRANSITORIA ANTE EL ESTADO DE DERECHO

Lautaro Ríos Álvarez *
Profesor de Derecho Constitucional

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. *La transición.* El sistema constitucional chileno contempla un período de transición entre lo que se ha dado en llamar la etapa de recuperación —que ya quedó atrás— y la de normalidad plena de la vida pública, proyectada para fines de esta década. Esta etapa se denomina de transición, porque durante su transcurso debe producirse el TRÁNSITO ascendente de la sociedad chilena hasta la normalidad democrática; y también, porque está regida por las Disposiciones TRANSITORIAS de la Constitución Política¹.

2. *Origen de la idea.* El período de transición tiene tres precedentes. El primero está en el célebre discurso del Presidente a la juventud, en Chacarillas, en que se estableció una vía a la nueva institucionalidad en tres etapas: la de recuperación, la de transición y la de normalidad o consolidación.

El segundo lo encontramos en el Informe presentado al Presidente (P. de la R.) por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (C.E.N.C.) en agosto de 1978, conocido como "Proposiciones e Ideas Precisas". En él señala: "La Comisión coincide plenamente con el pensamiento de V.E. en orden a la necesidad imperiosa de que exista un período de transición previo a la vigencia de la institucionalidad definitiva, que fluye del carácter evolutivo que deben tener todos los procesos políticos que aspiren a ser pacíficos y duraderos". Y añade, más adelante: "Comprendemos que el período de transición debe guardar cierta correspondencia y armonía con la institucionalidad definitiva que la Comisión tiene el honor de proponer a V.E. en el presente informe"². Sin embargo, la Comisión se abstuvo de hacer proposiciones concretas, por estimar que "la determinación y características de este período corresponden a una

* Conferencia dictada en el Salón de Honor del Colegio de Abogados de Valparaíso, el 24 de julio de 1983, durante el ciclo dedicado al Estado de Derecho y el Derecho Público, organizado por dicha asociación gremial.

¹ Ver Discurso Presidencial de Chacarillas del 9-7-77.

² Ver Nº 97 del Documento "Proposiciones e Ideas Precisas" que la Comisión Ortúzar envió al Presidente de la República el 16-8-78.

decisión de carácter político”, que debía quedar entregada al Supremo Gobierno.

El tercer precedente está en el Informe del mismo Anteproyecto, emitido por el Consejo de Estado presidido por don Jorge Alessandri, en julio de 1980.

Señala el Informe que “Este Consejo es de opinión que el período que nos ocupa tenga una duración de cinco años, contados desde la fecha en que la nueva Constitución entre en vigencia; esto es, después del plazo de ciento ochenta días corridos desde la fecha del plebiscito en que ella sea aprobada. Durante dicho plazo de cinco años y en los noventa días inmediatamente posteriores, serían aplicables todos los preceptos de la Constitución...” con ciertas salvedades referidas principalmente a las autoridades políticas durante dicho período.

3. *Origen de la D.T. 24ª.* En el texto del Proyecto de Constitución del Consejo de Estado, éste elaboró 28 Disposiciones Transitorias, atinentes a la estructura orgánica del poder político durante el período de transición proyectado por cinco años. En ninguna de ellas se establece alguna forma de limitación adicional de los derechos fundamentales durante ese período.

Puede sostenerse, por lo tanto, que ni en el ánimo ni en la letra de las proposiciones de los dos grandes órganos asesores del Poder Constituyente —la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado— estuvo presente la idea de tornar la condición de los derechos y garantías fundamentales, durante la transición, más gravosa que lo previsto en la Constitución permanente, en los estados de excepción constitucional (arts. 39 al 41).

Cabe, entonces, preguntar ¿cuál es y dónde consta la historia fidedigna de la D.T. 24ª?

La respuesta es enfática: se trata de un texto sin historia; elaborado, naturalmente, por la Junta de Gobierno, pero del que nadie ha reclamado su paternidad³.

4. *Texto.* La D.T. 24ª dice así: “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 (ocho años, a contar del 11-3-81), 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:

³ La D.T. 24ª fue introducida por la Junta de Gobierno, actuando como Poder Constituyente, entre el 9 de julio y el 8 de agosto de 1980. Ver Prof. Sergio Carrasco, “Génesis de la Constitución Política de 1980”, *Revista de Derecho Público*, U. de Chile, Nos. 29-30; pp. 35-65 y su nota 74.

“a) Arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles. Si se produjeran 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;

“c) Prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaguen las doctrinas a que alude el artículo 8º 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”⁴.

5. *Contexto.* La D.T. 24ª pertenece al sistema de los que la Constitución denomina “Estados de Excepción Constitucional” (arts. 39 al 41); y que se llaman así porque SOLAMENTE en ellos y —en doctrina— sólo mientras dure su vigencia, pueden afectarse, en grado de suspensión o de restricción, algunos derechos constitucionales determinados.

Siendo así que la Constitución Política es una sola —no obstante que la aplicación de algunas de sus disposiciones permanentes está sustituida por las correspondientes transitorias durante este período— la D.T. 24ª configura un quinto Estado de Excepción que puede coexistir, como de hecho ha ocurrido, con los otros cuatro contemplados en la normativa permanente, a saber: el Estado de Asamblea, que procede en situación de guerra externa; el Estado de Sitio, que puede aplicarse en caso de guerra interna o conmoción interior; el Estado de Emergencia, que se justifica en casos

⁴ El art. 39, al cual se refiere el inciso primero de esta disposición, expresa: “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”.

El art. 8º, al cual alude la letra c), dice, en lo pertinente: “Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República”.

graves de alteración del orden público, o de daño o peligro para la seguridad nacional; y el Estado de Catástrofe, que puede declararse ante el acaecer de alguna calamidad pública.

La conclusión anterior se funda en la frase inicial de la D.T. 24ª que la hace regir “sin perjuicio de lo establecido en los arts. 39 y siguientes sobre estados de excepción que contempla esta Constitución”. La única diferencia con los anteriormente descritos consiste en que —mientras aquéllos seguirán vigentes al término de la transición— el estado de violencia destinada a alterar el orden público o de peligro de perturbación de la paz interior, que la D.T. 24ª configura, sólo será procedente hasta el 11 de marzo de 1989.

Por último, como antecedente general, la D.T. 24ª —a semejanza de los demás estados de excepción— se vincula a los actos de gobierno y —más específicamente— con aquellas potestades de ejercicio discrecional; que se relaciona con la rica temática del acto administrativo y la teoría de su control jurídico; y que afecta principalmente el ámbito de ciertas libertades y, específicamente, de la libertad personal.

Sin embargo, a diferencia de los Estados de Excepción que seguirán rigiendo con la Constitución permanente, el de la D.T. 24ª se caracteriza por depender autónomamente de la voluntad discrecional del Presidente de la República, quien no necesita el acuerdo de la Junta de Gobierno ni del Consejo de Seguridad Nacional para declararlo⁵; y se caracteriza, también, por la exorbitante potestad restrictiva de la libertad de imprenta y por la controvertida prescripción de que “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”.

II. CONTENIDO DE LA D.T. 24ª

6. El mecanismo de este Estado de Excepción adicional consta de los cinco elementos siguientes:

6.1. Las “situaciones” o “casos” que la hacen procedente. Se trata del suceder de hechos o actos concretos y comprobables que consistan en “actos de violencia”, los cuales, además, deben estar “destinados a alterar el orden público”; o bien debe existir “peligro de perturbación de la paz interior”.

⁵ Durante el período de transición tampoco requieren acuerdo de la Junta ni del Consejo de Seguridad Nacional la declaración por el Presidente de la República de los estados de emergencia y de catástrofe; excepción a la normativa permanente que tampoco tiene precedentes ni en el Anteproyecto de la Comisión Ortúzar ni en el Proyecto del Consejo de Estado.

Cabe hacer notar que no se trata de la alteración del orden público ni de la efectiva perturbación de la paz interior, que son situaciones regladas en los números 3º y 7º del art. 40 de la Constitución, sino de actos o sucesos preliminares encaminados en esa dirección.

En todo caso, la calificación de suficiencia de estos hechos para configurar la situación justificante de la procedencia de la D.T. 24ª, es potestad discrecional del Ejecutivo. Lo cual no obsta a que ellos, como supuesto habilitante del acto de autoridad, deban existir verdaderamente y estar claramente descritos en el correspondiente decreto declaratorio, como un elemento esencial del acto (D.T. 24ª, inc. 1º y arts. 6º y 7º Constitución Política).

6.2. La potestad del Presidente de la República para declarar el estado de excepción —adicional a los establecidos en los cuatro primeros números del art. 40— que contempla la D.T. 24ª.

Es preciso distinguir la “situación” de excepción del “estado” correspondiente. Mientras aquélla pertenece al plano de los hechos, éste abre paso a un régimen jurídico público que debe ser declarado y que junto con ampliar las prerrogativas del Ejecutivo deja a éste en situación de restringir el ejercicio de ciertos derechos constitucionales, en la forma prevista en la Carta Fundamental.

Además, la ocurrencia de una SITUACIÓN de excepción no desencadena necesariamente el ESTADO respectivo. El ejercicio de esta potestad es facultativo para la autoridad en cuyo favor se establece. De allí que en todas las situaciones previstas en los seis numerandos del art. 40, el constituyente haya utilizado la expresión verbal “podrá”. Resulta, pues, curioso, constatar que la D.T. 24ª usa una fórmula perentoria. “El Presidente de la República así lo declarará”. No obstante lo cual, atendidas la naturaleza excepcional de este estado y la circunstancia de que la calificación de sus fundamentos pertenece a la órbita de las potestades discrecionales, pensamos que su declaración por el Presidente es también facultativa.

Por las mismas razones, creemos que la autoridad puede poner término anticipado al estado de que se trata —o decretarlo en conjunto con otros estados, si ello procede— haciendo uso de las facultades que le atribuyen los N.ºs. 5º y 6º del art. 40; ya que así se desprende del encabezamiento de la D.T. 24ª.

Por último, tiene relevancia el hecho de que el Presidente de la República, además de calificar soberanamente la suficiencia de la “situación” o supuesto de hecho, tiene plena facultad para dictar por sí solo —esto es, sin autorización de la Junta ni del Consejo de Seguridad Nacional— el estado de excepción de la D.T. 24ª.

6.3. El tercer elemento está constituido por el *conjunto de las siete distintas clases de medidas* que la autoridad ejecutiva puede dictar, du-

rante la vigencia del estado de que se trata, y que importan restricciones graves a la libertad personal y a otros derechos públicos subjetivos; a saber: 1. El arresto de personas hasta por cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles; 2. La prolongación del arresto hasta por quince días más, si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias; 3. Medidas restrictivas del derecho de reunión; 4. Medidas que restrinjan la libertad de información, en lo tocante a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones; 5. La prohibición de ingresar al país a determinadas personas que, hallándose en el extranjero, se encuentren en alguna de las cuatro situaciones siguientes: a) que propaguen las doctrinas a que alude el art. 8º de la Constitución (ver nota 4); b) a los que estén sindicados o tengan reputación de ser activistas de tales doctrinas; c) a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile; d) a los que constituyan un peligro para la paz interior; 6. La expulsión del país a quienes se encuentren en situaciones idénticas a las precedentemente descritas, y 7. La permanencia obligada de determinadas personas en una localidad urbana del territorio, hasta por tres meses.

Pese a la gravedad que estas medidas comportan a menudo por sus consecuencias lesivas o por sus efectos desdorosos, ellas no constituyen —por su naturaleza preventiva— un castigo disciplinario ni una sanción penal. De allí que resulte inadmisibile que ellas se hayan utilizado, a veces, como precedente para privar o restringir otros derechos de los afectados.

6.4. El cuarto elemento consiste en *las formalidades* que debe cumplir el acto continente de las medidas que se decreten, cuya inobservancia acarrearía su nulidad. Dicho acto debe constar en un decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”.

Sin embargo, el cumplimiento de las formalidades del acto continente no excusa la inobservancia de los requisitos del contenido del acto administrativo que se emite, y de sus efectos vinculantes, en especial en lo que concierne a los motivos, a la finalidad y a su notificación al afectado.

Por lo que toca a los motivos, no basta con reproducir el texto legal habilitante de la adopción de la medida, puesto que éste constituye sólo un supuesto abstracto que debe coincidir con hechos reales, concretos y determinados en que el afectado debe haber tenido participación personal.

Si una autoridad expresa —por ejemplo— que se expulsa del territorio chileno a un sujeto porque su conducta “constituye un peligro para la paz interior”, está eludiendo un requisito esencial, como es el motivo justificante del acto; el cual no puede confundirse con el fundamento legal, que describe su *finalidad*: la preservación de la paz interior.

Cuando Bandeira de Mello aborda la "Discrecionalidad Administrativa y el Control Judicial"⁶, da testimonio de que este vicio se cultiva también en otras latitudes. Dice, al respecto: "De hecho, es el examen de los motivos —sea en cuanto a la existencia de ellos, sea en cuanto a la idoneidad que posean para determinar la voluntad del agente en la dirección que haya tomado— el medio hábil para la contención del administrador en la esfera discrecional que le asiste".

"Ya en otra ocasión rechazamos la extrema ingenuidad de suponer que la mera invocación de las palabras legales relativas a los fundamentos que el acto debe tener o finalidades que debe perseguir, sea suficiente para sustraerlo al examen judicial cuando las expresiones normativas se revisten de cierta generalidad o imprecisión".

"Crear que en casos de este orden el agente está libre, gracias a la remisión a estas expresiones algo fluidas, importaría atribuirles una significación mágica".

Esta relación de los motivos del acto adquiere particular importancia cuando una misma medida —como la de la letra c) de la D.T. 24ª— puede fundarse en diversas categorías de hechos; ya que sólo de esta manera es posible conocer, entonces, la justificación específica de la medida decretada.

No olvidemos —por último— que, en la preceptiva permanente de la Constitución (Art. 41, N° 3, inc. 3°), los tribunales no pueden "entrar a CALIFICAR los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades". Esta limitación expresada por el Constituyente demuestra que, en cambio, los tribunales pueden conocer y pronunciarse acerca de la existencia misma de esos hechos, si ella fuere cuestionada: toda vez que ella constituye el motivo del acto —que en todo caso debe ser real— y es distinta de la calificación de sus fundamentos, que importa juzgar el grado de suficiencia de unos hechos que se dan por existentes y que deben, además, ser congruentes con las causales previstas por la ley.

El decreto debe precisar siempre cuáles hechos concretos, reales y comprobados, se atribuyen al sujeto pasivo de la medida que se adopta; cómo tales hechos se subsumen en la disposición habilitante para dictar esa medida; y, en lo que respecta a su finalidad, cómo la medida adoptada es necesaria para cumplir con el fin de bien público previsto en la norma.

Además, tratándose de medidas que afectan derechos públicos cautelados por la Constitución, ellas deben precisarse rigurosamente en su contenido y alcance. No nos parece ajustada a derecho —a modo de

⁶ Celso Bandeira de Mello, "Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial", Anuario de Derecho Administrativo, U. de Chile, Vol. I, 1975-76.

ejemplo— una medida de arresto que no indique el plazo por el cual se aplica o el lugar en que deberá cumplirse. Lo primero, porque los plazos están reglados por la ley y obedecen, según su duración, a circunstancias distintas; lo segundo, porque ello —además de transgredir las garantías de la libertad personal y de aumentar innecesariamente el rigor de una simple medida cautelar— entorpecería indebidamente el derecho de defensa del afectado y el control judicial del acto.

Por último —y aunque se trate de un requisito extrínseco—, nos parece indispensable, tratándose de medidas dictadas sin proceso previo y sin haber siquiera escuchado a quien debe soportarlas en desmedro de sus derechos esenciales, insistir en la *necesidad de su notificación al afectado*.

No parece propio de un país civilizado que una persona que no ha cometido ningún delito, pueda verse abruptamente detenida por agentes cuya procedencia institucional ignora, sin la exhibición ni la entrega de ninguna orden de arresto, sin saber a dónde será conducida, ni por orden de quién, ni por cuanto tiempo, ni la medida que se le va a aplicar en definitiva.

La seguridad del Estado, no puede construirse a costa de la inseguridad de las personas, a cuyo servicio nace y existe el Estado (art. 1º, inc. 4º, Constitución Política). La juridicidad no puede ser desplazada por la seguridad, si ésta se practica en un estado de derecho. O las acciones de seguridad se ejecutan con el debido resguardo de la dignidad humana y sin perturbar innecesariamente el derecho a la tranquilidad de las familias, o se derrumban las bases de la institucionalidad que forman, precisamente, el sustento de la seguridad misma.

Por otra parte, la notificación previa y completa del acto constituye la única manera jurídica de desarrollar su ciclo, permitiendo al afectado deducir los recursos administrativos o jurisdiccionales que sean procedentes.

6.5. El quinto y último elemento de la D.T. 24ª consiste en la norma restrictiva de los recursos que no proceden en contra de las medidas señaladas, exceptuando el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso.

III. INTERPRETACIÓN DE LA D.T. 24ª

7. Toda la aplicación del derecho depende, en definitiva, de su interpretación. De allí que exista una buena dosis de verdad en la afirmación proveniente de la doctrina anglosajona, de que, en definitiva, “es Derecho lo que el juez declara que es Derecho”.

La D.T. 24ª ha regido, en Chile, de la manera que el Poder Judicial ha resuelto que debe regir. El abanico de posiciones —que abarca un ángulo de 180 grados— se extiende desde aquélla, sostenida por el Gobierno, que excluye toda posibilidad de intervención del Poder Judicial, hasta aquella

que, afirmando la competencia de este poder, ha acogido la acción interpuesta en contra de una medida dictada en virtud de la D.T. 24ª, dejándola sin efecto.

Básicamente, las interpretaciones que del precepto ha hecho la jurisprudencia, se agrupan en dos polos opuestos que trataremos a continuación.

8. Interpretación literal de la D.T. 24ª.

Esta interpretación se origina en la aplicación que el propio Gobierno —coautor de la norma, como poder constituyente— ha hecho de ella.

Se caracteriza por cuatro actitudes relevantes:

a. No se motiva, en hechos concretos y determinados, la declaración de Estado de Peligro de Perturbación de la Paz interior que el Ejecutivo decreta⁷.

b. Las medidas restrictivas de los derechos, que se adoptan, por regla general, no se notifican, sino que simplemente se aplican.

c. Por regla general, no se fundan, en hechos concretos, congruentes con la norma y atribuibles al afectado, las medidas que se decretan en virtud de ella.

d. Se parte de la base de que NINGÚN RECURSO JURISDICCIONAL procede en contra de dichas medidas.

El fundamento de estas actitudes podríamos encontrarlo, tal vez, en la falta del control jurisdiccional que se supone sobre el acto que se emite; y en la aplicación escueta de las normas que, para la interpretación de las leyes, contiene el Código Civil.

8.1. *Omisión de los motivos del acto.* El raciocinio probable en que se funda la omisión de los motivos de las medidas que se decretan es que —bajo el supuesto de ser improcedentes los recursos judiciales, y de quedar, la adopción de tales medidas, entregadas a la discreción de la autoridad— no tendría sentido justificar los actos que ella, soberanamente, puede decidir.

8.2. *Supuesta falta de control judicial.* Ella se basa en el tenor literal de la parte final de la D.T. 24ª: “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”.

Quien mejor ha construido el raciocinio de esta posición —y, además, participa de ella— es nuestro distinguido colega, profesor Mario Casarino

⁷ Este estado de excepción fue declarado por primera vez el mismo día de la entrada en vigencia de la Constitución, por D.S. N° 359 del Interior del 11-3-81. Se funda en... “una serie de acciones de carácter terrorista, tanto en contra de la vida como de los bienes de la ciudadanía”, sin especificarlos. Todos los demás decretos renovatorios (Nos. 1.159-81; 198-82; 1.161-82 y 301-83) se fundan en “que subsisten las consideraciones que motivaron la dictación”... del anterior.

Viterbo⁸, quien ha sostenido ... “que la frase prohibitiva antes transcrita “ha querido referirse indistintamente, tanto a los medios de impugnación “de índole administrativa o política, como a los que pueden impetrarse “ante los órganos jurisdiccionales, entre los cuales debemos mencionar al “recurso de amparo; de suerte tal que la improcedencia de los medios “de impugnación en contra de las medidas restrictivas de la libertad “personal antes enumeradas abarcaría toda la extensa gama de ellos”.

“Para llegar a semejante conclusión es preciso considerar que estamos en “presencia de una disposición constitucional —de doble limitación en “cuanto a su aplicación (ocho años y dentro de ellos de seis en seis meses, “según los casos)— y de carácter transitorio y que, por lo tanto, siendo “de naturaleza esencialmente especial, debe primar sobre el resto de las “disposiciones constitucionales permanentes que son, por el contrario, de “aplicación general”.

“Además, la frase en cuestión que impide la interposición de recurso “alguno, no hace ningún distinto en cuanto a la naturaleza de los recursos “de que están privadas las personas afectadas por estas medidas restric- “tivas de su libertad, por lo cual es evidente que al intérprete también “le está vedado hacerlo, si trata de desentrañar el sentido de aquélla”.

“Los arts. 12, 20, 21, 83 y 24 transitorio son, evidentemente, la mejor “y más elocuente demostración del último de los razonamientos destinados “a justificar la improcedencia del recurso de amparo, frente a las medidas “que puede adoptar el Ejecutivo, en uso del claro derecho que le confiere “la disposición constitucional transitoria recién mencionada”.

La fundamentación anterior es la que explica las soluciones jurisprudenciales que han declarado, en forma ampliamente mayoritaria, hasta ahora, la inadmisibilidad de recursos judiciales en esta materia.

8.3. Sin embargo, antes de hacer el análisis de la jurisprudencia dictada en este sentido, nos parece oportuno señalar que no comparten esta posición los miembros de los órganos asesores del poder constituyente que han opinado acerca de ella.

No la comparte, desde luego, el profesor Alejandro Silva Bascuñán quien recientemente ha sostenido: “En relación a este último (el art. 24 transitorio), es lamentable una interpretación restrictiva del deber de la magistratura, la cual, a nuestro entender, no puede inhibirse del examen “de la juridicidad de una medida, por la mera circunstancia de que no “esté facultada para revisar la sustancia política y no exista otro recurso “administrativo para dejarla sin efecto, que la reconsideración ante quien “la dictó. Esta débil reacción de los jueces en presencia de la vulneración

⁸ M. Casarino V., “Normas Procesales de Rango Constitucional”, Edeval, 1981, p. 59.

“de los derechos fundamentales de los ciudadanos, se muestra incongruente con el propósito manifestado claramente por el Constituyente de afirmar los postulados básicos del estado de derecho en su doble proyección de técnica jurídica y de baluarte de la finalidad esencial de la dirección política, que ha de ser la de afirmar la convivencia en una efectiva consideración de los derechos de las personas, de las familias y de los cuerpos intermedios por encima y sobre las normas expresivas de la voluntad predominante en el manejo de la colectividad”⁹.

Tampoco la comparte el profesor Jaime Guzmán, quien ha escrito: “... por drástica que aparezca tal frase (“no son susceptibles de recurso alguno”), consideramos que ella no tiene —ni podría tener— el alcance de hacer improcedente todo recurso de amparo en tales casos, ya que resulta obvio que éste permanece idóneo para remediar una medida que por su naturaleza, duración o formalidades, se aparte del marco legal establecido por el propio artículo constitucional en referencia, sin que ello implique que los tribunales de justicia puedan invadir el ámbito de la calificación política propio de la autoridad administrativa”¹⁰.

También disiente de ella el Consejero de Estado, profesor William Thayer, quien sostiene . . . “a) Uniformemente la jurisprudencia ha entendido que tal expresión, (frase final de la D.T. 24ª), usada en las leyes, no puede inhibir recursos de jerarquía constitucional, como el de queja. Pienso que tampoco un inciso, dentro de un artículo transitorio, puede ser interpretado como derogatorio de los preceptos que la propia Constitución denomina ‘bases de la institucionalidad’; b) Conforme a esas ‘bases’, Chile es un Estado de Derecho, con autoridades que, dentro de su competencia, actúan válidamente. Fuera de ella, sus actos no tienen validez alguna. Todas son responsables de que éstos se encaminen al bien común y no puedan avasallar la dignidad ni los derechos esenciales de la persona humana. (arts. 1º, 4º, 5º, 6º y 7º); c) Los Tribunales de Justicia, incluyendo ahora el Tribunal Constitucional, son “órganos del Estado”, que arrancan su función de lo dispuesto en los preceptos recién citados. Ellos impiden la arbitrariedad de cualquier persona, aunque sea “la más alta autoridad”¹¹.

Por último, el Presidente de la Comisión Constituyente, don Enrique Ortúzar, al preguntársele: “Si Ud. hubiera redactado el art. 24 (transitorio), ¿qué innovaciones le habría introducido?”, respondió con mucha diplomacia: —“A mí, esta disposición, como está en manos del Presidente de la República y del gobierno militar, me deja absolutamente tranquilo.

⁹ Ver *El Mercurio* de Valparaíso, 12-VI-83, p. 11.

¹⁰ Revista *Realidad*, N° 29, octubre, 1981, Editorial.

¹¹ “La Transición y el Estado de Derecho”, *La Tercera de la Hora*, 7-III-82.

“Como constitucionalista, en otras circunstancias, habría contemplado un “recurso ante la Corte Suprema”¹².

8.4. Las posiciones jurisprudenciales denegatorias de todo recurso, admiten un importante matiz de diferencia.

Antes del 8 de junio de 1981, cuando las Cortes de Apelaciones del país solicitaban informe al Ministerio del Interior, al tenor de los recursos presentados en el marco de la D.T. 24^a, éste —además de abstenerse de remitir la información solicitada— contestaba textualmente: “En atención a lo dispuesto en el inciso final de la disposición vigésimo cuarta transitoria de la Constitución Política, estima esta Secretaría de Estado que “el recurso de amparo es improcedente”.

Así ocurrió —entre otros— en los Recursos de Amparo N^{os}. 4.737, 4.812, 4.813 y 4.817 de la I. Corte de Concepción, y en el Amparo N^o 200 81 de la I. Corte de Santiago. En este último, con el sólo mérito del Oficio Res. N^o 400/992, del 26-3-81, que hemos transcrito, la I. Corte declaró “SIN LUGAR, por improcedentes”, los recursos de amparo presentados con el siguiente fundamento: “Que, en consecuencia, y de atenerse a lo informado (sic) por el señor Ministro del Interior, que invoca el precepto de la “Constitución ya referido, esta Corte *entiende que la medida de expulsión que afecta al Sr. G. E. está encuadrada dentro de la facultad conferida al efecto al Presidente de la República*”.

Ante esta reiterada actitud del Ministerio del Interior frente a todas las Cortes del país, reaccionó la I. Corte de Concepción, la cual, en Acuerdo del Tribunal Pleno adoptado el 19-V-81, resolvió representar al Tribunal Supremo esta “situación anómala” que “entraba ostensiblemente la labor “de este tribunal”.

El Pleno de la Excma. Corte Suprema, en Oficio N^o 2.645 dirigido al Ministerio del Interior el 8-VI-81, acordó representarle que “Es a los “Tribunales Ordinarios de Justicia, por mandato constitucional y legal, “y no a la autoridad administrativa, por elevada que ella sea, a los que “les corresponde adoptar la decisión de si un recurso judicial como es el “amparo, es o no procedente, o acogerlo o desecharlo”. En él termina diciendo “En mérito de lo expuesto, espera este Tribunal que US. en lo “sucesivo, tendrá a bien evacuar, oportunamente, los informes que se “le solicitan en los recursos de amparo por los tribunales del país”.

8.5. No obstante reivindicar, en esta forma, una potestad privativa del Poder Judicial, la posición predominante en la jurisprudencia —después de esta puntualización—, continuó persistiendo en declarar improcedentes los recursos jurisdiccionales.

¹² Revista *Cosas*, N^o 140, 11-III-82.

Con todo, vale la pena destacar que, a veces, la magistratura ha sido celosa en resguardar la prerrogativa original del HABEAS CORPUS, consistente en “ordenar que el individuo (en cuyo favor se interpone el amparo) sea traído a su presencia y su decreto sea precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención” (art. 21, Constitución Política). Esta diligencia, destinada a cerciorarse de la vida y de la integridad del recurrente —en las raras ocasiones en que ella se decreta— no ha sido óbice para rechazar luego, por improcedente, el amparo mismo.

9. Interpretación orgánica de la D.T. 24ª.

La Constitución es un cuerpo normativo orgánico y no una simple agregación de normas. De allí que cada precepto debe entenderse y aplicarse en armonía con el sistema del universo que integra.

La Nueva Constitución no rige por primera vez en una nación sin historia. De allí que todos sus preceptos reciban la iluminación y la perspectiva del desarrollo institucional del que son sólo sus últimos frutos.

Los compromisos históricos se asumen para cumplirlos. Una interpretación inhibitoria del control jurisdiccional sería contraria a cierto compromiso.

O el proceso de restauración que se inicia en septiembre de 1973 es auténtico y coherente, o no lo es. Pero, si lo es, las normas que lo rigen deben ser coherentes —como instrumentos que son— con los fines de ese proceso.

9.1. *Organicidad de la Constitución.* Hemos recordado alguna vez que durante muchos siglos la humanidad creyó que el sol giraba en torno a la tierra, porque parecía evidente que el sol repetía esa afirmación todos los días. Pero un conocimiento más cabal del universo y de sus leyes permitió, al fin, descubrir que la verdad era al revés.

Una visión recortada de la D.T. 24ª puede hacer pensar que el control jurisdiccional queda descartado, frente a ella. Pero si se examina esta norma dentro del sistema constitucional del que forma parte, se advertirá que el compromiso esencial de sus preceptos con los principios y bases de la Constitución conduce necesariamente a la conclusión contraria.

Porque la D.T. 24ª no es una contraexcepción a los estados de excepción de cuyo universo forma parte; ni es un freno o un paréntesis puesto a la plena vigencia de las Bases de la Institucionalidad que consagra el Cap. I; y tampoco las Disposiciones Transitorias son otra Constitución con gravitación propia, sino que son parte del universo normativo de la que está en vigencia.

Y está vigente el Capítulo I 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°).

Y está vigente el postulado de que “Chile es una república democrática” (art. 4°). 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°).

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, algunos la saludaron como 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° 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.

Por último, están vigentes los arts. 6° y 7°; 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. 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 y las situaciones de alteración del orden público o de daño o peligro para la seguridad nacional.

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; sólo puede suspender o restringir el ejercicio de algunos de ellos durante, con ocasión y por razón de los

referidos Estados de Excepción. Y como estos poderes especiales que se otorgan al gobierno no pueden ser excedidos por la doble razón de ser potestades legales 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 inciso 2° del art. 5°; 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 aún 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 precedente sino que debe ser acogido (art. 41, N° 3).

Y si esto es así en situación de guerra y bajo 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 24^a transitoria.

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. I) 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" ¹³.

Este control, por lo demás, está previsto en el inciso 3° de los arts. 6° y 7°; en el art. 12; en el 19, N° 24, inc. 3°; en los arts. 20 y 21; en el art. 38, inc. 2°, y también está previsto en el art. 41, situado en el párrafo que regula los Estados de Excepción Constitucional, de los que sin duda forma parte adicional y provisoria el que contempla la D.T. 24^a.

¹³ C. Schmitt, "Teoría de la Constitución", México, 1966, p. 153.

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 tan absurda pretensión.

En primer lugar, porque siempre serán susceptibles de control los requisitos de validez de tales actos, comenzando por la competencia y hasta por la regularidad de la investidura del órgano emisor (art. 7°). 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— o, simplemente carezca de motivos, será susceptible de ser corregido mediante el control jurisdiccional.

Y, en tercer lugar, porque las facultades que al Presidente de la República atribuye la D.T. 24ª, 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° y 7°); 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. A tal punto, que si ellas carecen de motivos, carecen de validez y así debe declararse.

9.2. *Raíces históricas de nuestra Institucionalidad.* La apretada 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. La Carta de 1980 no es la primera página de un cuaderno en blanco.

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 Tít. VII).

La Constitución de 1823 abre el Título XII, dedicado a la Judicatura, expresando que "El Poder Judicial PROTEGE LOS DERECHOS INDIVIDUALES"; su art. 138 obliga a los jueces a atender "al ciudadano que reclama un atropellamiento o violencia de las autoridades constituidas"; y el art. 146 señala, como primera atribución de la Corte Suprema de Justicia, la de "Protejer, 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..." (R. D. J., Tomo 69, 1ª parte, 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 150 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 (R.D.J., tomo 71, 1ª parte, p. 26).

Y sobrepasada 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" ... (R.D.J., tomo 73, 1ª parte, p. 23).

9.3. *Un compromiso histórico.* 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 la H. Junta de Gobierno.

De un modo solemne, que además compromete el honor militar, la Honorable Junta prometió respetarla cuando, en el art. 3º del D.L. N° 1 del 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**"¹⁴.

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 moderna, si ella pretende ser humanista y libertaria.

¹⁴ Ver además, considerandos 1º, 3º y 7º, Bando N° 5, Junta Militar.

9.4. En resumen, sostener que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales que el Ejecutivo adopte en virtud de la D.T. 24^a, no son susceptibles de amparo judicial, importaría dirigir este precepto, como un ariete, contra el resto del ordenamiento, derribando no sólo el sistema constitucional, sino también sus bases y sus objetivos.

Una contradicción tan rotunda y fundamental es, simplemente, inconcebible. Porque una CONSTITUCION ES UN CUERPO ORGÁNICO —el más orgánico de todos los cuerpos normativos— y, por ello, sus disposiciones NO ADMITEN CONTRADICCIÓN ALGUNA.

No puede haber una sociedad de hombres libres según el art. 1° de la Constitución, y un conjunto de habitantes sometidos al riesgo de ser arrestados, relegados o expulsados de su patria de un modo discrecional e irrecusable, en la D.T. 24^a.

No puede coexistir la República democrática que se predica de Chile en el art. 4°, con la virtual consagración de una forma de tiranía constitucional susceptible de ser ejercida en virtud de la D.T. 24^a, en la forma en que la interpretan algunos.

No puede consagrarse en el art. 6° un Estado de Derecho y, en la D.T. 24^a, la ausencia de su condición esencial.

No puede haber aquí, en el art. 7°, una sujeción estricta al principio de legalidad y al control jurisdiccional que lo hace eficaz; y allá, en la D.T. 24^a, 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°, 20 y 21, con su absoluta improcedencia, que algunos creen ver en la D.T. 24^a.

Y más inconcebible es aún la existencia del Poder Judicial dotado de plena jurisdicción que la Carta permanente consagra en el Capítulo VI, con el cercenamiento de sus prerrogativas esenciales que le harían desaparecer del sistema institucional en las situaciones previstas en la D.T. 24^a. 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 EXISTIRÍA frente a ella.

De todo lo cual sólo cabe concluir, o que la disposición 24^a transitoria 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.

9.5. Es así, entonces, que la frase de la D.T. 24^a: “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”,

debe entenderse dentro del ámbito administrativo en que tales medidas se dictan.

La disposición privilegia la agilidad de las disposiciones 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 tendientes 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 concluir, entonces, que el único sentido de esta expresión que coarta los recursos —que sean congruente con su naturaleza y congruentes con las atribuciones incoartables del Poder Judicial— es que ella se refiere a *OTROS* recursos administrativos.

Así, por lo demás, ha sido expresamente declarado en los votos disidentes de los señores ministros don Rafael Retamal, don Enrique Correa y don Emilio Ulloa, en numerosos fallos de la Excma. Corte Suprema¹⁵.

Y, por consiguiente, cuando se reclama el amparo judicial frente a medidas arbitrarias o ilegalmente decretadas por la autoridad, no rige la disposición denegatoria de recursos, puesto que ella no puede coartar la jurisdicción de los Tribunales.

Así lo ha declarado expresamente la Excma. Corte Suprema, por la unanimidad de los señores ministros concurrentes al fallo del Recurso de Protección interpuesto por la revista *Apsi*, al expresar: “9º Que, demostrado en los fundamentos anteriores que el Ministerio del Interior excedió sus facultades al decretar la prohibición de seguir editándose la revista *Apsi*, el recurso es procedente, y no rige, en este caso, el artículo 24 transitorio, inc. final de la Constitución Política del Estado”¹⁶.

IV. LA D.T. 24ª Y EL ESTADO DE DERECHO

10. No se crea que todo el problema del encuadre de la D.T. 24ª en el Estado de Derecho (E. de D.), consiste en decidir —como debiera ocurrir con todo acto administrativo— que su control judicial es procedente.

Esta decisión, apenas pone el asunto en el umbral. Lo que el E. de D. requiere es, en substancia, que tanto la declaración de los estados de

¹⁵ Ver Amparos, Rol 22.448; 22.265 y 22.563, Corte Suprema.

¹⁶ Fallo Prot., Rol 16.433, Corte Suprema de 5-I-83.

excepción como las medidas que el Gobierno adopte en ellos, cumplan exactamente la finalidad que los motiva; que la autoridad ejerza sus prerrogativas excepcionales, racional y responsablemente; y que, si se cometen excesos arbitrarios o ilegales, exista un control jurídico eficaz sobre tales actos, siendo su forma más perfecta el control judicial.

11. *Los Estados de Excepción y el E. de D. en la Doctrina.*

11.1. *Control político.* La primera condición que pone la doctrina constitucional consiste en que la declaración de un estado de excepción no quede entregada exclusivamente a la decisión del mismo poder que va a gozar de las potestades exorbitantes que estos estados entregan al Ejecutivo.

Se postula, en suma, la exigencia de un control político externo, sea por el Poder Legislativo, por una de sus ramas, o por un órgano independiente e idóneo; con el fin de asegurar la real justificación de estos estados, que constituyen la única excepción aceptable a la plena vigencia de los derechos esenciales del hombre (ver arts. 39 y 5º, inc. 2, C. Política).

En la Constitución Política de 1925 las Facultades Extraordinarias las concedía el Congreso por ley transitoria y especial (art. 44, N° 12), y lo mismo ocurría con el Estado de Sitio, en los casos de conmoción interior (art. 72, N° 17).

En la normativa permanente de la Constitución Política de 1980, se consulta el acuerdo previo del Congreso o del Consejo de Seguridad Nacional, según sea el caso.

Sin embargo, durante la transición, el Presidente puede por sí y ante sí, decretar los estados de emergencia y de catástrofe (D.T. 15ª A-1), y los que contempla la D.T. 24ª.

11.2. *Transitoriedad de los Estados y de las Medidas.* Supuesto que los "hechos", "casos", o "situaciones" que originan los estados de excepción, son esencialmente pasajeros y nada justifica que, expirada la situación motivante, el estado de excepción continúe, la autoridad tiene la facultad y el deber de poner término al Estado de Excepción, tan pronto aquéllos cesen. Así lo consulta, de manera facultativa, el art. 40, N° 6 que dice: "El P. de la R. podrá en cualquier tiempo, poner término a dichos estados".

Pensamos que, pese a no estar expresado así en la D.T. 24ª, nada obsta a que el Presidente pudiera obrar del mismo modo.

Lo fundamental, sin embargo, tratándose de las medidas restrictivas de derechos fundamentales que puedan haberse decretado, es que **ELLAS EXPIREN JUNTO CON EL ESTADO EXCEPCIONAL** que les dio origen.

Es el principio que consulta el art. 41, N° 7 al decir que "Las medidas que se adopten durante los estados de excepción, que no tengan una duración determinada, **NO PODRÁN** prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados".

Con todo, la misma disposición contempla una excepción, manifiestamente contraria al mecanismo del sistema y al Estado de Derecho, cuando agrega: "No obstante, las medidas de expulsión del territorio de la República y de prohibición de ingreso al país, que se autorizan en los números precedentes, mantendrán su vigencia pese a la cesación del estado de excepción que les dio origen en tanto la autoridad que las decretó no las deje expresamente sin efecto".

No advertimos qué explicación racional puede tener una disposición de tal gravedad, que pugna con el principio que ella misma sustenta, se contradice con el encabezamiento del art. 39 y transgrede el art. 29-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

11.3. *Cumplimiento de los Requisitos de los actos administrativos.* Uno de los postulados básicos del E. de D. es el control jurídico de los actos de la Administración.

Pues bien, la manera idónea de ejercitar ese control, es a través de la fiscalización del cumplimiento de los requisitos de existencia y de validez de los actos constitutivos de las medidas que la autoridad adopta.

Para simplificar, vamos a referirnos, primeramente, a los requisitos externos del acto, que son la competencia y las formalidades; para referirnos, luego, a los requisitos internos que son el objeto, los motivos y la finalidad.

Recordemos, también, que si el elemento respectivo no se da, el acto es inexistente; y si no se da válidamente, el acto es írrito. Pero, en ambos casos, debe el acto declararse nulo y privársele de efectos (art. 7º, inc. 3º).

La competencia supone un órgano o agente, regularmente investido en el cargo, que actúa dentro de las atribuciones que expresamente le otorga la ley y con las formalidades que ella prescribe (art. 7º, incs. 1º y 2º).

En el caso de la D.T. 24ª, el órgano es el P. de la R., a través del Ministro del Interior; la competencia es el conjunto de atribuciones que allí se le otorgan expresamente; y las formalidades consisten en que ellas deben vaciarse en un acto continente que es un Decreto Supremo que éste firma "Por orden del P. de la R."

Entre los requisitos internos, aparece, en primer lugar, el objeto —la materialidad del acto— que está constituido por las siete clases de medidas a las que ya nos referimos.

Pero la más rica cantera del control jurídico —tan escasamente explotada por nuestra jurisprudencia en derecho público— la constituyen los motivos del acto.

Para el profesor Waline, "Los motivos son hechos que tienen una existencia objetiva y que pueden justificar una decisión"¹⁷. Son estos

¹⁷ Waline: "Droit Administratif", Ed. Sirey, Paris, 1963, p. 480.

hechos los que habilitan al órgano para ejercer su competencia. No puede concebirse un acto de autoridad carente de motivos; tanto menos si el acto afectará derechos públicos subjetivos.

Aluden a los motivos las siguientes disposiciones:

- el art. 41, N° 3, cuando habla de . . . “los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad . . .”;
- el art. 41, N° 7, cuando dice que . . . “las medidas que se adopten . . . sólo se aplicarán en cuanto sean REALMENTE NECESARIAS”, calificación que sólo puede hacerse a partir del cotejo de la medida dispuesta, con los hechos motivantes de ella;
- por último, la letra c) de la D.T. 24^a, menciona motivos concretos que autorizan los actos de autoridad que ella contempla.

12. *El fin del acto.* Para Bandeira de Mello, “la finalidad es el bien jurídico objetivado por el acto”; es “el resultado previsto legalmente . . .”, “el objetivo inherente a la categoría del acto”¹⁸.

Este elemento se encuentra ínsito o explícito en la ley. Y sirve para fiscalizar lo que se denomina “desvío de poder” o “desviación de fin” que ocurre cuando se utiliza una potestad para perseguir un objetivo distinto del previsto por la ley.

Agrega el mismo autor que el desvío de poder se puede manifestar de dos maneras.

a) Cuando el agente busca una finalidad ajena al interés público. Esto “sucede al pretender usar de sus poderes para perjudicar a un adversario o para beneficiarse a sí mismo o a un amigo”.

“b) Cuando el agente busca una finalidad —aunque sea de interés público—, pero ajena a la categoría del acto que utilizó”.

En la D.T. 24^a la finalidad no puede ser otra que resguardar el orden público o eliminar el peligro de perturbación de la paz interior.

13. *Control jurídico del acto de la autoridad.*

En la tipología de la fiscalización jurídica, puede distinguirse el control interno, que debe realizar la propia Administración en cumplimiento de la obligación que le impone el art. 6°; y el control externo, que puede ser de naturaleza política, administrativa o judicial.

Es al control interno al que se refiere el art. 41, N° 7, cuando prescribe que “las medidas que se adopten . . . no podrán prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados y sólo se aplicarán en cuanto sean realmente necesarias . . .”.

El control administrativo externo lo ejercita en Chile el organismo autónomo que es la Contraloría General de la República. Pero, en verdad,

¹⁸ B. de Mello, “Acto Administrativo”, Ed. Unsta, Tucumán, 1982.

resulta deplorable que, pese al mandato expreso del art. 88, que establece como regla el mecanismo de la toma de razón y al art. 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría, la Resolución N° 1.050 de ese Organismo, de 1980, haya dejado exentos de ese control decretos tan importantes como pueden ser los que suspenden o restringen los derechos fundamentales.

El control jurisdiccional está contemplado, de una manera restrictiva, en el art. 41, N° 3. Pero ello no obsta, a nuestro juicio, a la acción judicial de lato conocimiento que pudiera entablarse en virtud del art. 7°, inc. 3° que está vigente y es aplicable a todo acto de autoridad.

Cabe agregar aquí que la pretensión —acogida en muchos casos por la jurisprudencia—, en el sentido de que esta clase de control sería improcedente, no sólo atenta contra un postulado básico del Estado de Derecho, sino también contra el art. 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que “Toda persona tiene derecho a un RECURSO “EFECTIVO, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare “contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la “Constitución o por la ley”.

También es preciso dejar establecido que las restricciones impuestas a la acción de la judicatura por el art. 41, N° 3, inciso tercero, de atenernos a su tenor literal, desnaturalizarían de tan grave manera el carácter de “recurso efectivo” del efímero control judicial que allí se consagra, que ellas —en la misma medida que coartaran la libertad del juez— estarían en contraposición con el Estado de Derecho¹⁹.

Es natural que se encoja el marco jurídico del control judicial, ya que los estados de excepción permiten a la autoridad, precisamente, restringir o suspender legítimamente ciertos derechos.

Pero la libertad del juez frente a los hechos no puede ser constreñida hasta la impotencia. Toda vez que lo esencial de la jurisdicción consiste en poder establecer y calificar unos hechos, en función de los cuales el derecho va a ser aplicado y la situación conflictiva, resuelta.

Un juez no juzga el derecho. Debe juzgar los hechos. Pero si la calificación de los hechos le está absolutamente vedada, está impedido de hacer justicia. No puede, pues, entenderse de una manera literal y según aparece a primera vista, la disposición que prohíbe a los tribunales “entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades”.

Creemos que es posible —de partida—, distinguir entre “establecer” y “calificar” los hechos; lo cual concierne a la EXISTENCIA de ellos, como motivos del acto. Si se impone a una persona una medida de arresto,

¹⁹ Ver Salvador Mohor, “Concreción Institucional de los Principios de Derecho Público en la Nueva Constitución”, *Revista de Derecho Público*, Nos. 29-30, 1981, p. 90.

motivada en haber participado en una manifestación en determinada fecha y lugar; y el afectado prueba que en esa fecha estaba en el extranjero, no cabe entrar a "calificar" el motivo del arresto, sino simplemente declararlo inexistente.

En seguida, es posible examinar la CONGRUENCIA entre los hechos invocados como motivos y la medida adoptada. Si se expulsa del país a alguien por predicar el Evangelio, el hecho será cierto y real, y pueden darse todos los demás requisitos formales: la vigencia del estado de excepción, la competencia del órgano, las formalidades del acto; pero el hecho invocado no va a ser congruente con el motivo que habilita a la autoridad para adoptar esa medida, ya que la prédica del Evangelio no es la propagación de alguna de las doctrinas a que alude el art. 8°. Cabe por consiguiente, descalificar el motivo, por incongruente e ineficaz.

También pensamos que puede someterse a control la proporcionalidad entre el hecho invocado como motivo y la medida decretada. Así, por ejemplo, si se expulsa del país a una persona que está golpeando una cacerola en señal de protesta, resulta evidente que el acto no constituye un peligro para la paz interior en términos que sea necesaria una medida tan drástica. Nos parece, por el contrario, que semejante reacción transgrediría el art. 40, N° 7 que ordena que las medidas que se adopten... "sólo se aplicarán en cuanto sean realmente necesarias", sin perjuicio del control judicial dispuesto en el N° 3; lo cual habilitaría al juez para fiscalizar la falta de proporción entre el hecho motivante y la medida decretada, o controlar ésta por exceso de poder.

De este breve análisis se desprende que el juez puede controlar la existencia, la congruencia y la proporcionalidad de los motivos; que si ellos no se invocan, o no se acreditan siendo impugnados, deben darse por inexistentes, ya que el juez debe fallar conforme al mérito del proceso; y que la disposición restrictiva del control judicial del art. 41, N° 3 queda reducida a la calificación de la suficiencia de los hechos invocados, supuesto que ellos son reales, congruentes con los motivos previstos por la Constitución y proporcionados a la gravedad de las medidas decretadas.

Pensamos que, en definitiva, el control jurídico sobre las medidas debe ser lo más enérgico posible, a fin de equilibrar los poderes exorbitantes de la autoridad. A diferencia del control sobre los motivos de la declaración de los estados de excepción, que no le corresponde al juez, por tratarse de una decisión de sustancia política.

V. CONCLUSIONES

1. La D.T. 24ª forma parte integrante del universo constitucional vigente. Debe, pues, entenderse en armonía con el resto del ordenamiento y —particularmente— con las "Bases de la Institucionalidad" y con los prin-

principios jurídicos que lo informan. Este sistema pone al Estado al servicio de la persona, le reconoce derechos esenciales cuyo respeto es el límite del ejercicio de la soberanía, y le concede recursos para defenderlos.

2. La D.T. 24ª es una declaración soberana del poder constituyente radicado en la H. Junta de Gobierno a virtud de la dictación consecutiva de los D.L. N°s. 1, 128 y 788. Esa declaración no puede sino ser coherente con el compromiso asumido por la misma Junta en el primero de los Decretos Leyes mencionados, en el sentido de que “La Junta, en el ejercicio de su misión, garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial...”.

Y siendo la protección de los derechos y garantías de las personas una atribución tradicional, públicamente proclamada por la Excm. Corte Suprema, antes y después del 11 de septiembre de 1973, no puede coartarla el mismo órgano que prometió —en una fecha y en un instrumento histórico— garantizar la plena eficacia de su poder que, por otra parte, el art. 73 de la nueva Constitución le reconoce.

3. La justificación del pronunciamiento militar —contenida principalmente en el D.L. N° 1, en el Bando N° 5 y en la Declaración de Principios— se fundó en el quebrantamiento, por parte del Gobierno del Sr. Allende, de derechos fundamentales de los chilenos, y en la extralimitación de las atribuciones del Ejecutivo que llegó a poner en grave peligro los derechos y libertades de los habitantes.

Habiendo asumido la Junta el compromiso patriótico “de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas”, no sería concebible que bajo su gobierno quedaran sin protección judicial derechos y libertades que estaban amparados bajo un régimen que fue depuesto por haber incurrido en ilegitimidad.

4. Los recursos jurisdiccionales —PARTICULARMENTE LOS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES— forman parte del sustrato histórico de la nación chilena. Suprimirlos en los casos en que adquieren mayor relieve, esto es, en un estado de excepción constitucional, sería atentar contra nuestra identidad histórico-cultural, en lugar de restablecerla.

5. La nueva Constitución recoge y perfecciona los elementos esenciales del Estado de Derecho, entre los cuales destacan el principio de juridicidad (arts. 6° y 7°), la protección judicial de los derechos fundamentales (arts. 12; 19, N°s. 7-1° y 24; 20, 21; 38, inc. 2°) y el control jurisdiccional de los actos de la Administración (inc. 3° de los arts. 6° y 7°).

O la D.T. 24ª mantiene la vigencia de estos principios y preceptos, o destruye el Estado de Derecho, cuyo restablecimiento ha sido una finalidad declarada por la H. Junta, por la Comisión Constituyente y por el Consejo de Estado, en lo que representa una aspiración de todos los chilenos.

6. El control judicial no puede detenerse en el examen formal y externo del acto: competencia del órgano, comprobación de las medidas, dictación de un decreto en forma. Sin perjuicio de ello, debe someter a examen los motivos, en cuanto a su existencia, a su congruencia y a su proporcionalidad —que son elementos reglados— y la finalidad, que está descrita en la misma norma. Debe enfatizarse que, cuando no se acreditan motivos, el acto es írrito y procede declararlo nulo y sin efectos.

7. En todo caso, atenta contra la racionalidad del sistema, y contra el Estado de Derecho, la eventual prolongación de medidas preventivas —como son la expulsión de personas del territorio y la prohibición de su ingreso al país— después de la expiración del estado de excepción que les dio origen. La norma pertinente del art. 41, N° 7, nos merece este juicio de reproche.

8. Atenta contra el Estado de Derecho, contra los principios del procedimiento administrativo y contra las garantías de la libertad, la falta de notificación previa de las medidas contra las personas, la práctica de arrestos en horas inhábiles y por órganos constitucionalmente incompetentes para ejecutarlos, y su detención en lugares secretos que ni siquiera se informan a los tribunales requirentes.

9. Por último, atenta contra el E. de D. el ejercicio, desprovisto de control jurídico y de responsabilidad pública, de las potestades discrecionales previstas en la D.T. 24ª, si se postula —como se ha postulado, con la aceptación de numerosos fallos— que las medidas restrictivas de la libertad que la autoridad adopta no son susceptibles de recurso alguno ante los Tribunales de Justicia.

El recurso de amparo —a modo de ejemplo— más que una acción judicial es un verdadero test de la existencia de una sociedad civilizada. Y no merece siquiera el nombre de tal —para no mencionar un rango más alto, como el de Estado de Derecho— aquella sociedad donde el amparo de la libertad personal haya desandado un trayecto de ocho siglos, para regresar a tiempos de barbarie.

Al terminar este estudio, 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 —ejerciendo su prerrogativa jurisdiccional— pueda examinar la legalidad de sus actos?

Al hacernos esta pregunta nos viene a la memoria la significativa frase que en solemne ocasión pronunciara quien presidió también el Tribunal Supremo, don Manuel Montt, siendo entonces Presidente de la 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”.