

II. EXTRANJERO

DOS MODELOS DE INTERPRETACION CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE CHILE

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—PRIMERA PARTE: LA INTERPRETACIÓN FINALISTA DEL ARTICULO 41, 7: 1. Contexto de la norma. 2. Texto de la disposición constitucional y sentido literal aparente de ella. 3. Doctrina constitucional de los estados de excepción y de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales. 4. La evolución jurisprudencial: 4.1. Interpretación literal. 4.2. Interpretación finalista de la Corte Suprema.—SEGUNDA PARTE: LA INTERPRETACIÓN ORGÁNICA DE LA DISPOSICIÓN 24 a TRANSITORIA: 5. Las disposiciones transitorias (DT) de la Constitución política chilena de 1980. 6. La DT 24 a. Texto y sentido literal aparente. 7. Interpretación orgánica de la DT 24 a. 8. La evolución jurisprudencial: 8.1. Interpretación literal. 8.2. Interpretación orgánico-formal. 8.3. Interpretación orgánica de la Corte Suprema.

INTRODUCCIÓN

La temática de los genéricamente denominados «Estados de Excepción Constitucional» (E.E.C.) entraña la paradoja de que ciertos derechos fundamentales, inherentes a la persona humana y a su dignidad y, por ende, irreductibles e incoartables por el Estado pueden, no obstante, ser legítimamente restringidos y coartados durante la vigencia de aquéllos.

La clave maestra de esta paradoja se encuentra encerrada en una sola palabra que constituye, al mismo tiempo, su principal característica: la EXCEPCIONALIDAD.

Es esta impronta definitoria lo único que legitima —[aunque ya CERVANTES (1) recordaba aquello de que «*necesitas caret lege*»: la necesidad carece de ley]— la necesidad de estos estados y de las potestades exorbitantes que en ellos se atribuye a los Gobiernos. Pero es también este carácter el que obliga a los jueces a vigilar prolijamente que no se vulnere, con ocasión de ellos, la interpretación restrictiva que a esa exorbitancia debe concederse.

Todos los principios doctrinales que gobiernan a estos estados —y que en su oportunidad enunciaremos— giran en torno a su excepcionalidad y, por ende, a su transitoriedad.

(1) En una de sus *Novelas Ejemplares*, CERVANTES —por boca de uno de sus personajes— rectifica el refrán popular «La necesidad tiene cara de hereje», como una mala asimilación fonética de la sentencia latina *necesitas caret lege*, cuyo auténtico sentido es que «la necesidad carece de ley».

Intentaremos aquí describir la interpretación evolutiva de dos preceptos de la Constitución Política Chilena, cuyo tenor literal, aparentemente contrario a alguno de esos principios, fue armonizado con ellos y con la trama de valores y normas del resto de la Constitución, por la vía jurisdiccional.

Resulta sorprendente constatar ahora que una de esas normas pretendía —precisamente en su interpretación literal— excluir a los Tribunales de Justicia del ejercicio de la función que ha permitido reconducirlas al carril de los principios que gobiernan la institución jurídico-política de los Estados de Excepción Constitucional.

LA INTERPRETACIÓN FINALISTA DEL ART. 41, NÚM. 7

1. Contexto de la norma

La Constitución Política Chilena (C. Pol.) dedica tres disposiciones a los E.E.C.

El art. 39 señala que «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».

En las diversas «situaciones» descritas puede declararse el correspondiente «estado» de excepción; estos estados —considerándolos de mayor a menor gravedad según los derechos que autorizan suspender o restringir— son:

- a) El Estado de Asamblea, que procede en situación de guerra externa;
- b) El Estado de Sitio, que puede declararse en caso de guerra interna o de conmoción interior.
- c) El de Emergencia, que es procedente en casos graves de alteración del orden público, o daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo y
- d) El Estado de Catástrofe, que puede acaecer en caso de ocurrir una calamidad pública como un terremoto o una epidemia (2).

Ahora bien: por la declaración de estado de sitio el presidente de la República (P. de la R.) puede —entre otras medidas— expulsar a las personas del territorio nacional y prohibir a determinados sujetos *la entrada* y salida del territorio (3).

Y por la declaración de estado de emergencia se pueden adoptar todas las medidas propias del estado de sitio, excepto —en lo que a este estudio concierne— decretar la expulsión del país. Pero por exclusión se concluye que también procede, en este E.E.C., la *prohibición* a determinadas per-

(2) Artículo 40 C. Pol. Chilena.

(3) Artículo 41, núm. 2, C. Pol.

sonas de su *entrada* y salida del territorio. De manera que una persona expulsada del país en virtud de otro E.E.C. que lo permita y que no haya regresado al territorio chileno —o que simplemente se encuentre en el extranjero— puede ser mantenida fuera, mediante esta prohibición, en un estado de emergencia (4).

2. *Texto del Art. 41, núm. 7, inciso (apartado) 1.º: y sentido literal aparente*

La disposición que motivó la interpretación que nos ocupa dice: «Número 7. 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 y sólo se aplicarán en cuanto sean realmente necesarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el núm. 3 de este artículo. 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.*»

De su tenor literal —aparentemente, es decir, tal y como aparece a primera vista— se desprenden las siguientes consecuencias:

A. No obstante consagrarse la regla de que las medidas que se adopten durante estos estados no podrán prolongarse más allá de su vigencia, se establece una rotunda excepción tratándose de las personas que han sido expulsada del país y de aquellas a quienes se ha prohibido su ingreso; casos en los cuales estas medidas sobreviven al estado que les dio origen.

B. Esta supervivencia se prolonga hasta que la autoridad que decretó la medida la «deje expresamente sin efecto».

C. El acto de contrario imperio por el cual la autoridad PUEDE hacer cesar dicho efecto es meramente potestativo: depende enteramente de su soberana voluntad. Nadie, sino ella, puede determinar si dicta o si *no dicta* tal acto y *cuándo* lo dicta, si decide lo primero.

3. *Doctrina constitucional de los E.E.C. y de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales*

Señalamos ya que la clave, justificación y límite de estos estados y, por ende, de las medidas restrictivas de derechos fundamentales que ellos autorizan, está en su EXCEPCIONALIDAD.

Ella puede, a nuestro juicio, ser condensada en los siguientes seis principios que, de alguna manera, han sido recogidos, implícita o explícitamente, por los ordenamientos jurídicos chileno y español:

(4) Artículo 41, núm. 4, C. Pol.

1) Los E.E.C. deben ser esencialmente transitorios. Una «excepcionalidad» convertida en «normalidad», a través de su prolongación indefinida, constituye un fraude a la Constitución (5).

2) Los E.E.C. —como dice el Prof. SÁNCHEZ AGESTA— son «normas de excepción para circunstancias de excepción» (6); de tal manera que sólo se justifican «cuando circunstancias *extraordinarias* hiciesen *imposible* el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes» (7).

3) Las medidas suspensivas o restrictivas de los derechos públicos subjetivos que se dictan en los E.E.C. «serán en cualquier caso las estrictamente *indispensables* para asegurar el *restablecimiento* de la normalidad» (8); o bien, «sólo se aplicarán en cuanto sean *realmente necesarias*» (9). Una consecuencia de este principio restrictivo es que su entidad y su extensión temporal deben aplicarse «en forma *proporcionada* a las circunstancias» (8).

4) Como consecuencia del principio de transitoriedad de los E.E.C. y de su finalidad, consistente en restablecer la normalidad, «las medidas que se adopten durante los estados de excepción... *no podrán prolongarse más allá de la vigencia* de dichos estados...» (9); o bien, en los términos del ordenamiento español: «Finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio DECAERAN en su eficacia cuantas *competencias* en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las autoridades competentes, ASI COMO LAS CONCRETAS MEDIDAS ADOPTADAS EN BASE A ESTAS...» (10).

5) La declaración de los E.E.C. «*no interrumpe el normal funcionamiento* de los poderes constitucionales del Estado» (11). Por el contrario, en el sistema español las Cortes Generales mantienen su función fiscalizadora (art. 66.2, C.E.) y el Congreso puede ejercitar potestades específicas concernientes a su autorización y a su prórroga (art. 116.2-3 y 4, C.E.). Además, en cualquier régimen de Estado de Derecho, el Poder Judicial mantiene incólume el ejercicio de su función jurisdiccional (12). Y como el cometido más relevante de esta función consiste en proteger los derechos humanos fundamentales, precisamente cobra mayor relieve, en estos estados, el diligente desempeño de esa función.

6) Por último, y como siempre, la otra cara del poder es la responsabilidad que su ejercicio conlleva. Y a mayor poder, como ocurre con su uso exorbitante, mayor incremento de la responsabilidad. La Constitución española enfatiza este principio en una disposición específica: Dice

(5) Artículo 116 CE y 40, núm. 2, inc. final, y núm. 3, inc. 2.º, C. Pol. en relación con su artículo 39.

(6) Luis SÁNCHEZ AGESTA: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Ed. Nacional (3.º edic.), Madrid, 1984, pp. 214 y ss.

(7) Artículo 1.1, Ley Orgánica española núm. 4/1981 («BOE» núm. 134, de 5-VI-1981) sobre E.E.C.

(8) Artículo 1.1, Ley citada.

(9) Artículo 41, núm. 7, C. Pol.

(10) Artículo 1.3, Ley citada.

(11) Artículo 1.4, Ley citada.

(12) Véase artículo 3.1, Ley citada.

el art. 116.6 que «La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio, no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

Y el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981 sobre E.E.C. prescribe que «Quienes, como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes».

El carácter de racionalidad indiscutible que tienen los principios reseñados arranca no sólo del hecho de ser elaboraciones doctrinales aceptadas universalmente, sino también de la circunstancia de estar recogidos, al menos, por los ordenamientos chileno y español.

Ahora bien: la norma excepcional del art. 41, núm. 7 de la Constitución chilena, que no obstante sentar la regla de subsunción de la transitoriedad de las medidas dentro de la transitoriedad de los estados que las motivan, dispone que la expulsión del territorio y la prohibición de ingreso al país *mantendrán su vigencia*, pese a haber cesado el estado de excepción que les dio origen, atenta no sólo contra el principio núm. 4 que dejamos reseñado, sino también con su fuente lógica que podría expresarse diciendo que cesando la causa única que provoca determinado efecto, debe necesariamente cesar dicho efecto.

Y supuesto que el acto deliberado de la autoridad que debe hacerlo cesar expresamente es un acto dejado enteramente a su arbitrio, atenta también contra el principio de juridicidad; el que no sólo consiste en que el ejercicio de las potestades públicas tengan una norma competencial habilitante, sino también en que ellas se ejerciten de acuerdo con la finalidad de la norma que las otorga; de tal manera que un poder exorbitante, ejercitado sin finalidad —puesto que ésta ya quedó cumplida con el término del E.E.C.—, y evidentemente violatorio de la libertad personal, supone un exceso de poder o una desviación de fin, más que un ejercicio legítimo de autoridad.

En las Jornadas de 1983 del Colegio de Abogados de Valparaíso, nos referimos a este tema en la siguiente forma: «*Transitoriedad de los Estados de Excepción y de las Medidas que en ellos se adoptan*»:

«Supuesto que los 'hechos', 'casos' o 'situaciones' que originan los estados de excepción son esencialmente pasajeros, 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.

«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, núm. 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 trasgrede el art. 29-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.»

Y en la parte conclusiva, señalamos: «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, núm. 7, nos merece este juicio de reproche» (13).

Veamos cómo han sido resueltas estas contradicciones por la vía jurisdiccional.

4. *La evolución jurisprudencial*

4.1. *La interpretación literal*

Durante un período que va desde el 11 de marzo de 1981, fecha de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, hasta el mes de enero de 1984, primó en la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones —que conocen en primera instancia los recursos de amparo— y en la del Tribunal Supremo, un criterio de sujeción estricta al tenor literal de la disposición.

Gravita con mucha fuerza en nuestros jueces una tradición jusprivatista —que todavía parece ser común a la mayoría de los jueces del mundo occidental— y que arranca de dos vertientes: la sumisión profesional irrestricta al mandato de la norma legal; el juez es, antes que nada, un aplicador obediente de la ley. El juzga los hechos, pero carece de autoridad y de prerrogativas para juzgar al derecho; y la indiscriminada observancia de una norma del Código Civil, precisamente contenida en el párrafo de la «Interpretación de la ley», y que lo encabeza con el siguiente mandato: «Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su *tenor literal*, a pretexto de consultar su espíritu» (14).

Si los publicistas europeos han llegado a concluir el carácter inadecuado

(13) Esta conferencia aparece publicada *in extenso* en «El Mercurio», de Valparaíso, del 9 y 10 de julio de 1983, y en la «Revista Chilena de Derecho», editada por la Fac. de Derecho de la Pontificia Univer. Católica de Chile, vol. 10, núm. 3, diciembre 1983.

(14) Artículo 10 del Cód. Civil chileno.

cuado de las normas mucho más liberales del Código Civil español (15) para interpretar la Constitución, puede colegirse la franca insuficiencia —por no decir la barrera— de una normativa que comienza con semejante principio para interpretar normas de derecho público y de rango constitucional.

Con esta sumaria explicación —que deja incólume la integridad profesional de nuestros jueces— puede comprenderse la razón por la cual durante este período los fallos recaídos en los recursos de amparo deducidos por personas que habían sido expulsadas del país o sobre quienes pesaba una prohibición de ingreso dictada durante un E.E.C. cuya vigencia había caducado, rechazaran —en forma unánime y reiterada— tales recursos.

Estas sentencias —fundadas en el tenor literal de la disposición— estimaban que, siendo prerrogativa del Ejecutivo dictar o no dictar el decreto que debía dejar sin efecto tales medidas, la situación de imposibilidad de regresar al país parecía legítima y en, todo caso, estaba de por medio una atribución privativa de otro poder en cuyo ejercicio un Tribunal de Justicia no puede interferir revisando sus actos, por estarle expresamente prohibido (16) y por respeto al principio constitucional de la división de poderes.

4.2. *La interpretación finalista del art. 41, núm. 7*

No obstante todo lo anterior, el 30 de enero de 1984 la Excma. Corte Suprema emitió un fallo revocando la respectiva sentencia de primera instancia de la I. Corte de Santiago y acogiendo un recurso de amparo con respecto a veinticinco personas, a las cuales, durante la vigencia de un estado de emergencia ya expirado se había prohibido su ingreso al territorio nacional. Como el Ejecutivo no había dictado el correspondiente acto de contrario imperio dejando sin efecto la medida, el mismo fallo —interpretando la norma de acuerdo a su finalidad— dispone que así debe procederse y da al Ejecutivo «el plazo razonable de tres meses» para dictar los decretos respectivos.

Intentaremos resumir el contenido y la secuencia argumental de este fallo con absoluta fidelidad a sus propios términos:

1) Comienza la Sentencia describiendo la situación, recién referida, de los expulsados y analizando el contenido del art. 41, núm. 7, transcrito en el punto 2 de este trabajo (Consids. 1.º y 2.º).

2) Viene luego la interpretación de la norma.

(15) Dice el artículo 3.1 del C. Civil español: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, *en relación* con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la *realidad social* del tiempo en que han de *ser aplicados*, ATENDIENDO FUNDAMENTALMENTE AL ESPÍRITU Y FINALIDAD DE AQUÉLLAS.»

(16) El artículo 4.º del Código Orgánico de Tribunales dice: «Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y, en general, ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes.»

En primer lugar se destaca el principio de juridicidad, su carácter no arbitrario y de sometimiento a la finalidad de la norma, de la potestad concedida al Ejecutivo. Dice el Fallo: «Que la decisión de dejarla expresamente sin efecto (la medida de prohibición de ingreso al país) no es un acto que dependa de la mera o soberana voluntad de dicha autoridad, sino que *constituye una obligación que ésta debe cumplir* una vez terminada la vigencia del estado de excepción que le dio origen, aunque no tenga plazo determinado ni condición para hacerlo.»

Destaca el fallo, a continuación, el carácter inaceptable de «exilio a perpetuidad» que tendría la simple omisión de la autoridad; y como ese carácter perpetuo no está contemplado ni constitucional ni legalmente, la autoridad tiene la obligación de dictar el decreto que ponga fin a esa medida. Continúa el fallo: «En efecto, la Constitución ha fijado como término de esta vigencia posterior a la derogación del estado de excepción constitucional, la dictación del decreto que la deja expresamente sin efecto, y como la expulsión del territorio de la República y la prohibición de ingreso al país no han sido decretadas con la calidad de ilimitadas o para siempre, dicha autoridad *tiene la obligación* de dictar el decreto que deje sin efecto la medida dentro de un plazo razonable, que el Tribunal puede interpretar.

«De no aceptarse esta tesis, la mera omisión de la autoridad administrativa daría al exilio el carácter de perpetuo, sin que ella haya sido contemplada constitucional ni legalmente.»

3) Refuerza el fallo el carácter transitorio que tiene la medida —pese al texto aparente— poniendo el acento en la expresión «en tanto» del mismo texto; pero, además, conduciendo la expresión hacia la finalidad de la norma: «Por otra parte —prosigue—, la disposición constitucional ordena que las medidas de expulsión del territorio de la República y prohibición de ingreso al país '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'.

«Los modos adverbiales 'en tanto' o 'entre tanto' significan: 'Mientras, ínterin, o durante algún tiempo intemedio', como reza el Diccionario de la Real Academia Española; y, por consiguiente, las medidas que se estudian mantienen su vigencia durante el tiempo que transcurre desde la cesación del estado de excepción constitucional hasta que la autoridad que la dictó las deje expresamente sin efecto; y debe necesariamente proceder de este modo por ser la única vía jurídica puesta a su disposición que *necesaria y obligatoriamente debe cumplir*.»

4) De esta manera, en una interpretación finalista del ejercicio de las potestades públicas y de la razón de ser de las medidas preventivas que proceden en los E.E.C., el fallo configura —sobre un texto que pareciera contener una potestad de ejercicio arbitrario: «mera o soberana voluntad de la autoridad»— un mandato constitucional consistente en la obligación de dictar un decreto por parte de la autoridad. Y así, el fallo reafirma: «Proceder de otra manera, incumpliendo el mandato constitucional, puede conducir a la institución del exilio a perpetuidad, por la

mera omisión de la autoridad administrativa, lo que es inaceptable por lógica y porque la Constitución no lo ha establecido.»

5) El fallo, además, fundamenta y justifica las medidas que la magistratura puede adoptar al conocer y, con mayor razón, al acoger un recurso de amparo. Dice: «... conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental, el recurso de amparo podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera *otra privación, perturbación o amenaza* en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, diferentes de las referidas a la privación de libertad consignadas en el inciso primero de la disposición (17). Y agrega que 'la respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes a restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.»

«6.º Que, entre las medidas que puede adoptar la magistratura, figura la de ordenar que 'se separen los defectos legales' que el Tribunal advierte, y notoriamente aparecen éstos por la *omisión* de la autoridad de dejar 'expresamente sin efecto' la prohibición de entrada al país de las personas referidas, defecto que debe ser remediado por el Tribunal.»

6) Por último, en lo resolutivo, el fallo «*revoca* la sentencia aprobada... en cuanto *deniega* el recurso de amparo deducido en favor de las veinticinco primeras personas señaladas en el fundamento primero de la resolución en estudio, y se declara que queda acogido en esa parte sólo en cuanto se resuelve que la autoridad administrativa que corresponda debe dictar decretos dejando expresamente sin efecto la medida de prohibición que afecta a dichos ciudadanos, que deben dictarse en el plazo razonable de tres meses...».

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia, recogiendo con impecable lógica las riendas del control jurisdiccional, bajo un triple signo finalista —la finalidad de los E.E.C.: regreso a la normalidad; la finalidad de las medidas: facilitar la normalización, DENTRO del período del E.E.C. que las origina; y la finalidad estricta y excepcional de los poderes que para el logro de los objetivos anteriores se conceden a la autoridad—, ha sabido reconducir una norma, aparentemente disparada del orden jurídico, al sistema de principios que rigen los E.E.C. y que recoge la normativa constitucional.

LA INTERPRETACIÓN ORGÁNICA DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 24 a (D.T. 24 a)

5. *Las Disposiciones Transitorias de la Constitución Política Chilena de 1980*

Es de ordinaria ocurrencia que las Constituciones contengan disposiciones transitorias destinadas a regular el «tránsito» de la normativa pre-

(17) El inciso (apartado) 1.º del artículo 21 se refiere al individuo «que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes...». Todos los subrayados puestos en la transcripción del fallo, obviamente, son nuestros.

constitucional a la que ésta inaugura. Por consiguiente, estas normas de ajuste o de solución anticipada de posibles conflictos de legislación, no pretenden una larga vida ni tampoco sustituyen ni acallan la plena vigencia de las normas permanentes.

No ocurre lo mismo con las «Disposiciones Transitorias» (D.T.) de la Constitución de 1980; es cierto que las doce primeras tienen ese carácter; pero desde la 13ª hasta la 29ª presentan un rostro y una finalidad diferentes.

Estas últimas regulan, efectivamente, una «transición», pero ella es institucional y tiene prevista una duración mínima de ocho años, hasta fines de esta década. Las D.T. señaladas organizan todo un sistema político distinto del de la Constitución permanente. Contemplan órganos que no están previstos en aquélla, como la Junta de Gobierno —compuesta por los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el General director de Carabineros— impropriadamente llamada así, pues su función es legislativa; la que *sustituye* al Congreso Nacional.

Por la misma razón, estas disposiciones dejan sin aplicación —esto es, en suspenso, mientras ellas rijan— diversos preceptos y capítulos casi íntegros de la Constitución.

Esta sucinta explicación nos ha parecido necesaria para entender la importancia y el lapso de vigencia de la D.T. 24ª, que es objeto de este estudio.

6. *La D.T. 24ª Texto y sentido literal de la disposición*

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 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.

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.*» (18).

Cinco caracteres distintivos merecen ser destacados en este precepto.

En primer lugar, origina un QUINTO E.E.C., que se agrega a los cuatro que dejamos explicados, y que es, además, compatible con todos ellos (véanse punto 1 y nota 18). Se diferencia de aquéllos en que su procedencia expirará el 11 de marzo de 1989.

En segundo lugar, el «hecho» o «situación» que puede motivarlo es mucho más sutil que los que hacen procedentes los cuatro E.E.C. de la normativa permanente. Procede si «se produjeren actos de violencia *destinados* a alterar el orden público o hubiere *peligro* de perturbación de la paz interior».

Esta calificación, así como la declaración del E.E.C. correspondiente es de la potestad discrecional exclusiva del P. de la R., quien no requiere la autorización de la Junta legislativa ni necesita consultar a ningún órgano para decretarlo.

Este E.E.C. tiene una vigencia normal de seis meses; pero puede renovarse por períodos iguales cuantas veces decida hacerlo el P. de la R.

Por último, la característica más relevante —y que, además, motiva esta parte del trabajo— está contenida en el final del precepto: «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 sentido literal del precepto parece claro; y la justificación de ese sentido ha sido sostenido por nuestro distinguido colega, Profesor Emérito y Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valparaíso, don MARIO CASARINO VITERBO, quien explica que la norma prohibitiva antes transcrita «ha querido referirse indistintamente, tanto a los medios de impugnación de índole administrativo o político, como a los que pueden interponerse 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

(18) El artículo 39, al cual se refiere el encabezamiento 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 artículo 8.º, 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.»

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 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 distingo en cuanto a la naturaleza de los recursos de que están privadas las personas afectadas por estas medidas restrictivas de su libertad, por lo cual es evidente que al intérprete también le está vedado hacerlo, si trata de desentrañar el sentido de aquélla» (19).

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

Ya en una ocasión anterior tuvimos oportunidad aquí, en España, de explicar —a través de su interpretación orgánica— la inserción de esta conflictiva disposición en el sistema normativo de la Constitución chilena. Y concluimos que la única inserción posible tenía que admitir la procedencia de los recursos jurisdiccionales en contra de las medidas que, en virtud de dicha disposición, se adoptaran (20).

Recordamos allí que hay realidades más porfiadas que cualquiera evidencia. 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 que 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. 24 a 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. 24 a no es un astro con gravitación propia, sino que es parte del universo normativo de la Constitución que con ella entró 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.º).

Y está vigente el postulado de que «Chile es una república democrá-

(19) M. CASARINO, V.: *Normas procesales de rango constitucional*, Edeval, Universidad de Valparaíso, 1981, p. 59.

(20) Véase L. RÍOS: *La seguridad nacional y los derechos públicos subjetivos*, en el núm. 95 de esta REVISTA, Madrid, 1981, pp. 323 y ss.

tica» (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.

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 la ley orgánica constitucional (artículo 74 y D.T. 5 a).

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. 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.

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 segundo del 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.

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 carceraría de jurisdicción o de competencia para restablecer el imperio del

derecho, significaría desconocer o ignorar las bases de la institucionalidad (Capítulo 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 aquel en que hay un control judicial de la administración» (21).

Hay quienes pretenden que dicho control jurisdiccional no es procedente tratándose de los actos discrecionales de la autoridad (22).

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 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.

Y, 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.

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 objetivos.

Una contradicción tan rotunda y fundamental es, simplemente, incon-

(21) C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, FCE, México, 1966, p. 153.

(22) Sobre las potestades discrecionales y su control judicial, pueden consultarse: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *El control de los poderes discrecionales de la Administración*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962; reproducido en «Revista de Derecho Público» («RDP»), Fac. de Derecho U. de Chile, núm. 17, 1975. Celso A. BANDEIRA DE MELLO: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, «Anuario de Derecho Administrativo» («ADA»), Fac. de Derecho, Universidad de Chile, vol. I, 1975-1976. Agustín GORDILLO: *Tratado de Derecho administrativo*, Ed. Macchi, Buenos Aires, tomo I, VIII, 14-37. Recomendamos el artículo del profesor Alberto Ramón REAL: *La fundamentación del acto administrativo*, en «RDP», núm. 27, Primer Seminario, 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 página 457, volumen de estudio colectivo *La protección jurídica de los administrados*, publicado por el Colegio Mayor N. S. del Rosario, Edic. Rosaristas, Bogotá, 1980.

cebible, porque una CONSTITUCION ES UN CUERPO ORGANICO —el más orgánico de todos los cuerpos normativos— y, por ello, sus disposiciones NO ADMITEN CONTRADICCION ALGUNA.

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, relegados o expulsados de su patria de un modo discrecional e irrecurrible, en la D.T. 24 a.

No puede coexistir la República democrática que se predica de Chile en el artículo 4.º, 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 artículo 6.º, un estado de derecho, y, en la D.T. 24 a., 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 D.T. 24 a., el desbordamiento de todo cauce, con garantía de inmutabilidad.

No es siquiera concebible la 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 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 la atribuyen efectos que la disposición no posee.

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 consideración 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 tendentes a su anulabili-

dad 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 sea congruente con su naturaleza y congruente con las atribuciones incoartables del Poder Judicial— es que ella se refiere a OTROS recursos administrativos. Esta fue nuestra posición desde 1981 —año en que empezó a regir esta disposición— y lo será hasta que expire su vigencia (23).

8. Evolución de la interpretación jurisprudencial

Toda la aplicación del Derecho depende —en definitiva— de su interpretación. De allí que exista una considerable dosis de verdad en la afirmación de que «es Derecho lo que el juez declara que es Derecho».

La D.T. 24 a. 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 aquella que, basándose en el tenor literal de su oración final, declara improcedente cualquier recurso jurisdiccional, hasta las más recientes que —reivindicando la competencia de este Poder para conocer tales recursos— han acogido la acción impugnatoria de medidas decretadas en virtud de la D.T. 24 a., dejándolas sin efecto.

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

Esta posición ha sido la prevaleciente. Ella justificó —al menos hasta el 8 de junio de 1981— la declaración automática de *improcedencia* de los recursos de amparo y de protección interpuestos contra medidas dictadas en virtud de la D.T. 24 a.

Hasta esa fecha, cuando las Cortes de Apelaciones pedían informe al Ministerio del Interior para conocer el paradero o los motivos de detención o expulsión del país de las personas en cuyo favor se recurría de amparo, éste, en vez de informar, contestaba textualmente:

«En atención a lo dispuesto en el inciso final de la disposición vigésima 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 números 4.737, 4.812, 4.813 y 4.817 de la I. Corte de Concepción.

En el amparo número 200-81 la I. Corte de Santiago requirió, «para mejor decisión» del asunto, «informe el señor Ministro del Interior al tenor de la expulsión del país del ciudadano en cuyo favor se entabló el am-

(23) Véase nuestro artículo *La Disposición Transitoria 24a*, en «El Mercurio», de Santiago de Chile, de 27 de junio de 1981.

paro». No habiendo recibido el informe solicitado y con el solo mérito de la opinión textualmente transcrita, la Corte declaró su falta de jurisdicción sobre las medidas reclamadas, fundándose —entre otros antecedentes legales— en que: «7.º Que, en consecuencia, y de atenerse a lo informado (*sic*) por el Sr. 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 P. de la R...»

A raíz de la actitud asumida por el Ministerio del Interior, la I. Corte de Concepción, en Acuerdo tomado el 19-V-81, resolvió representar a la excelentísima Corte Suprema esta «situación anómala» que «entraba ostensiblemente la labor de este tribunal».

El Pleno de la Excm. Corte Suprema tomó un acuerdo que dirigió a dicho Ministerio por Oficio 2.645 del 8-VI-81, en el cual le manifiesta 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 de amparo, es o no procedente, o acogerlo o desecharlo».

Y luego de reproducir los incs. 3.º y 4.º del artículo 73 de la C. Pol. 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».

El Ministerio respondió, por Oficio del 2-VI-81, asegurando «que el Ministerio del Interior ha tenido y tendrá como norma inalterable cumplir con el envío de los antecedentes solicitados por los Tribunales». No obstante lo cual, en el R. de A. número 200-81, pese a haber sido requerido cuatro veces por la Excm. Corte, «no informó sobre ellos», como se hace constar en el fallo.

No hemos conocido un solo recurso de amparo en el cual se haya informado acerca de los HECHOS que constituyen el motivo de la medida decretada; limitándose el Ministerio del ramo a reproducir el texto constitucional, sin que ningún fallo objete semejante anomalía, que abiertamente confunde los MOTIVOS del acto, con la justificación legal de la medida.

Sin embargo, pese a reivindicar la titularidad de su poder, los tribunales continuaron declarando improcedentes estos recursos, fundados en el texto literal que conocemos.

8.2. Interpretación orgánico-formal.

Esta interpretación —contenida sólo en algunos votos disidentes de los fallos respectivos— consiste en relacionar la parte final de la D.T. 24 a. que declara la improcedencia de recursos —excepto el de reconsideración— con el resto de la normativa permanente. Ella advierte que el recurso de amparo no está *expresamente* excluido, como debiera estar para estimarlo improcedente; y que lo que la D.T. 24 a. coarta es la interposición de OTROS recursos administrativos.

El 30 de julio de 1981, la Excma. Corte Suprema dicta Sentencia en la apelación del Recurso de Amparo número 200-81 de la I. Corte de Santiago (Rol Criminal número 22.265 C.S.), y allí aparece, por primera vez, en el voto disidente del Ministro señor Emilio Ulloa, esta interpretación.

Dice su voto, textualmente:

«Que si bien la disposición vigésimo 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 —vigésimo 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 vigésimo 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.»

Hemos denominado «orgánico-formal» a esta interpretación porque, aun cuando liga la disposición que se interpreta con el sistema orgánico de la Constitución y —por ello— sostiene la PROCEDENCIA del recurso, no asume en cambio la consecuencia fundamental de entrar al control de los motivos de la medida, ni a su proporcionalidad y congruencia, ni a cualquier otro aspecto que no sea la correcta formalidad externa del acto que se impugna.

En otras palabras, en este voto y en otros posteriores que siguen esa línea, le bastaba al juez constatar «que la medida que se impugna ha sido dictada dentro de un estado de excepción vigente, por la autoridad legalmente facultada para ello; que el acto ha sido emitido con las formalidades previstas por la ley, y que la medida es de aquellas que pueden decretarse conforme al artículo 24 transitorio», para rechazar —a continuación— y sin mayor análisis, el recurso de amparo interpuesto.

Sin duda que esta segunda posición significó un avance considerable con respecto a la verdadera actitud dimisionaria que comporta la anterior. Pero ella —no obstante— parece olvidar que tanto o más importante que el control extrínseco, es la verificación de la legalidad interna del acto.

Parece dar por supuesto que los demás elementos constituyen prerrogativas discrecionales —lo cual, sin duda, es razonable— y que, por ser discrecionales, están enteramente exentos de control, lo cual es absolutamente inexacto, si creemos que lo discrecional es distinto de lo arbitrario.

Dicho en concreto, esta posición es indiferente ante los *motivos* o ante *el fin* de la medida decretada. No le importa si la autoridad recurrida actuó con motivos, o si los motivos no se expresaron, o si no se informan a requerimiento del tribunal, o si, simplemente, no existen.

Innecesario nos parece poner demasiado énfasis en el tremendo peligro en que esta posición coloca a la Justicia, como función protectora, y a los Tribunales, como órganos de poder.

Un examen tan superficial referido a la externalidad correcta de un acto desprovisto de motivos y, por ende, de justificación, puede cubrir con la capa de la justicia la arbitrariedad más aberrante.

Un pronunciamiento absolutorio del obrar de la Administración por parte del poder judicial, declarando su competencia para entrar en el examen de un asunto cuya legalidad o ilegalidad interna permanece en la sombra y ni siquiera ha sido resuelta, puede endosar a los tribunales la carga de injusticia, de arbitrariedad y del consiguiente resentimiento que los actos abusivos de poder inevitablemente desencadenan.

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

Ella consiste, naturalmente, en analizar y resolver el sentido de la oración final de la D.T. 24 a. en conexión y armonía con todo el sistema político de la Constitución y en asumir todas las consecuencias de un control jurisdiccional auténtico.

Veremos, en primer lugar, los preliminares de esta posición, en los votos disidentes de dos fallos, para finalizar este estudio con la exposición de un recurso que, en definitiva, por la unanimidad de una Sala del Tribunal Supremo *acogió* un Recurso de Protección impugnatorio de una medida adoptada en virtud de la D.T. 24 a., dejando dicha medida *sin efecto*.

1. *Caso Espinoza Carrillo*.—En este recurso de amparo (Rol Criminal núm. 22.265 C. Sup.), el voto disidente del Ministro don Enrique Correa, estuvo por *acoger* el amparo y dejar *sin efecto* los decretos de arresto y expulsión del país del amparado (Sent. C. S. 30 julio 1981).

Dice su voto:

«1.º Que según consta de la copia acompañada a fs. 14, el Sr. Ministro del Interior dictó el Decreto Exento número 3.023, 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: 'Arréstese

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 produjeren 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 haberse expulsado del país, ilegal y arbitrariamente, contraviniendo lo dispuesto en la 'cláusula 24' de la Constitución Política; refiriéndose indudablemente al artículo 24 transitorio de la misma.

«Al respecto, a fojas 15, aparece copia del Decreto Supremo Exento número 3.024 de 16 de marzo del año en curso del Ministerio del Interior, en cuyo acápite 1.º 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', asilándose en el Decreto Supremo 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 fs. 1, dice el Sr. 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 vigésimo 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 Sr. 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 1976, 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, página 10)'.

«8.º Que antes 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.»

Vemos aquí una certera aplicación de las técnicas de control de los elementos reglados del acto (plazo de las medidas) y de los *motivos*; y la afirmación de la esencialidad del *Habeas Corpus* en el Estado de Derecho.

2. *Caso Pérez Ibacache*.—En el Rec. de Amparo número 758-81 de la I. Corte de Santiago, la Excm. C. Suprema, con fecha 5-XI-81 pronuncia fallo confirmando la sentencia apelada de aquélla, que declaraba IMPROCEDENTE el recurso.

Veamos la fundamentación del voto disidente del ministro (y actual Presidente del Tribunal Supremo) don Rafael Retamal:

«Acordada en contra del voto del Ministro Sr. Retamal quien estuvo por declarar admisible el recurso de amparo deducido y por resolver, en consecuencia, la cuestión planteada en él.

«Tuvo para ello presente las consideraciones que siguen:
1.º El artículo 24 transitorio de la Constitución Política del Estado expresa que las medidas que adopte el Presidente de la República en virtud de la disposición señalada no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso.

«Lo primero que es preciso desentrañar es el significado genuino de la locución 'en virtud', porque del que se la atribuya depende la admisibilidad del recurso de amparo.

«Tal expresión, según el léxico, es una frase adverbial significativa de 'en fuerza', 'a consecuencia' o 'por resultado' de los presupuestos que se contienen en el artículo 24 transitorio.

«Tales facultades no dependen del arbitrio de quien las emplea. Son regladas, es decir, dependientes de ciertos preceptos obligatorios.

«Y la facultad reglada presupone que un poder diferente del que las usa pueda decidir si el usuario ha operado con arreglo a la norma o contrariándola. Y tratándose de los derechos individuales protegidos por la Constitución, el otro poder constitucional es el poder judicial que actúa mediante el amparo, conforme al artículo 21 inciso final de la Carta Política.

«2.º Para decidir sobre la admisibilidad del recurso de amparo hay que rechazar *in limine* la tesis de que basta que la autoridad ejerza las facultades del artículo 24 transitorio de la Constitución Política para que el poder judicial no pueda intervenir.

«Esta tesis es contraria al precepto, porque éste fija límites al ejercicio de la facultad, y, por consiguiente, si se ejerce trasponiendo los límites, su ejercicio estaría viciado.

«3.º El amparo es, pues, siempre admisible a tramitación y sólo puede ser declarado improcedente o rechazado por la judicatura.

«La negación de todo recurso a que se refiere el precepto, salvo el de reconsideración, es relativa a los recursos correspondientes al plano en que la autoridad está actuando, es decir, en el caso de que se trata, el administrativo. Se elimina pues, el recurso posible ante el organismo administrativo encargado del control de la legalidad de los decretos del Ejecutivo que corresponde a la Contraloría General de la República, según el artículo 87 de la Constitución Política.

«4.º No se elimina el amparo ante la judicatura, porque el intérprete no puede racionalmente admitir que puesta la Carta Política en el nivel administrativo a establecer normas

para el ejercicio de facultades excepcionales por el Jefe del Estado, cambiara intempestivamente del plano y sin mención expresa estableciera una prohibición a la judicatura para el ejercicio de una facultad que le es propia por disposición de la Ley Fundamental.

«Repugna a la lógica una interpretación que admite que el constituyente ha realizado una suerte de giro intempestivo de carácter jurídico-político y abandonando sin mención explícita el plano administrativo, ha abrogado una facultad genuina del Poder Judicial.

«Si el constituyente hubiese pretendido ese cambio de frente jurídico lo hubiera manifestado claramente en el texto constitucional, porque la eliminación del recurso de amparo de la vida jurídica nacional por un *lapso* posible de ocho años requería, cuando menos, un perentorio precepto concreto que derogara la garantía registrada por la historia política de todos los Estados de derecho.

«Por las razones precedentes el disidente estuvo por declarar admisible el recurso de amparo deducido» (24).

3. *Caso Revista «APSI»*.—Se trata, en este caso, de un Recurso de Protección; el que ampara judicialmente otros derechos fundamentales protegidos especialmente, excepto la libertad, a la que se reserva, como hemos visto, el Recurso de Amparo (25).

A fines de 1982, el Gobierno prohibió la impresión de esta Revista, basándose en la letra b) de la D.T. 24 *a.*, que autoriza al P. de la R., durante el E.E.C. que ella contempla, para «Restringir... la libertad de información, ...sólo en cuanto a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones».

Naturalmente, la Revista «APSI» venía editándose desde antes del E.E.C. vigente e incluso desde antes de la entrada en vigor de la Constitución. Pero el argumento del Gobierno consistía en que dicha Revista había sido autorizada sólo para tratar temas internacionales; y, en cuanto había comenzado a analizar también la realidad nacional, había adquirido el carácter de «nueva publicación».

La recurrente fundó su defensa —y la demostró acompañando los ejemplares publicados— en que no era una «nueva publicación» y que, por ende, no le era aplicable la norma invocada para suspender su impresión.

La Excma. Corte Suprema, resolviendo este recurso de protección (26) por la unanimidad de los miembros de la respectiva Sala, con fecha 5 de enero de 1983, acogió este argumento y, además, puntualizó la diferencia entre el verbo «restringir» que se utiliza en la D.T. 24 *a.* letra b), y la

(24) Véase Rol Criminal, núm. 22.563, C. Suprema.

(25) Estos recursos, que en verdad son acciones jurisdiccionales, están contemplados en los artículos 20 (Protección) y 21 (Amparo) de la C. Pol.

(26) Véase Rol C. Civiles, núm. 16.433, C. Suprema.

virtual supresión de la libertad de informar que conllevaba la aplicación de la medida decretada y que excedía los términos de esa potestad reglada.

Dijo la Excm. Corte:

«2.º Que 'restringir' significa 'reducir a límites menores', 'circunscribir' y tiene, por lo tanto, un valor relativo inferior en extensión a 'suprimir': el que tiene facultad de restringir no puede eliminar;»

«4.º Que en el caso de la Revista «APSI», el decreto que dejó sin efecto su autorizada publicación y la prohibió para lo futuro a contar desde el 24 de septiembre último, no sólo restringió a los editores su derecho a informar, sino que lo suprimió impidiendo su circulación;»

«7.º Que reconocido por el considerando primero del Decreto del Ministerio del Interior corriente a fojas uno que la publicación de la revista «A», fue autorizada el 26 de junio de 1976, no es posible dudar que para la Constitución de 1980, que empezó a regir el 11 de marzo de 1981, la Revista no es nueva, aunque se hayan introducido cambios en ella, porque el primer cambio data del 29 de junio de 1979, según resulta del ejemplar número 60 acompañado en el otro del escrito de fojas 93, cuanto porque las 'publicaciones' que dice el indicado artículo 24 transitorio no son los artículos, crónicas o informaciones separadamente considerados, sino las revistas, diarios o libros como entidades, que son las que, como dice el texto constitucional, se fundan, se editan o circulan.»

Y, en cuanto a la procedencia de un recurso que fue acogido unánimemente —que es la materia que nos ocupa— resolvió lo siguiente:

«Que demostrado en los fundamentos anteriores que el Ministerio del Interior excedió sus facultades al decretar la prohibición de seguir editándose la Revista «A», el recurso es procedente, y *no rige, en este caso, el artículo 24 transitorio inciso final de la Constitución Política del Estado.*»

Recientemente han sido dictados dos nuevos fallos, uno de la Excelentísima Corte Suprema, y otro, de la I. Corte de Apelaciones (27) de Santiago. El primero, de fecha 2-V-1984, acoge y —por ende— presupone la procedencia de un recurso de protección interpuesto contra una medida aplicada, en virtud de la D.T. 24 a., a la Revista «Fortín Mapocho». La I. Corte de Apelaciones, al conocer del respectivo recurso de

(27) Las Cortes de Apelaciones equivalen a las Audiencias Territoriales españolas. El caso «Fortín Mapocho» tiene el Rol 52-84, I, Corte de Santiago.

protección, lo acogió fundándose también en que la facultad de «restringir» la libertad de información, no puede cubrir al decreto impugnado que ha incurrido en un exceso al dejar al periódico «Fortín Mapocho» privado de su circulación (cons. 5.º); siendo así, por otra parte, que no se trata en la especie de una «nueva publicación».

Agrega la Sentencia:

«Que, en conclusión, conforme a todos los fundamentos que se han analizado, procede acoger el recurso de protección interpuesto, haciendo lugar a lo pedido, toda vez que habiéndose violado la garantía fundamental que contempla la Constitución en el artículo 19 número 12, la que acarrea la de impedir el desarrollo de una actividad económica, atentar contra el derecho de propiedad y afectar a los trabajadores de la publicación en la libertad de trabajo y su protección, se ha incurrido en las perturbaciones que lo autorizan.»

Este fallo, de fecha 23-III-84, fue confirmado, como ya dijimos, por la Excm. Corte Suprema, por sentencia de 2-V-84.

El segundo fallo al que hicimos referencia acoge un recurso similar, interpuesto en favor de la Revista «CAUCE» y dirigido en contra de una medida restrictiva de la libertad de información emanada del Supremo Gobierno, en virtud de la misma D.T. 24 a. La apelación interpuesta por parte del Gobierno aún no ha sido resuelta por la Excm. Corte Suprema.

Estando terminado este trabajo ha llegado a nuestras manos la sentencia dictada por la 1. Corte de Valparaíso en el recurso de ampro rol 112-84, deducido en favor de ochenta estudiantes de la Universidad Santa María de esa ciudad, detenidos por fuerzas policiales dentro de los recintos universitarios sin orden de autoridad competente.

El fallo de 10 de mayo de 1984, y de veintiocho considerandos, acoge el recurso ordenando poner inmediato término a la relegación de dos estudiantes a una región del sur del país, desestimándolo con respecto a los demás, por haber sido ya puestos en libertad. En la parte que nos interesa, el fallo señala:

«24. Que en la parte final del precepto Constitucional transitorio, tantas veces mencionado, se dispone: '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', norma que debe ser interpretada como una limitación con relación a los recursos de carácter administrativo mediante los cuales podrían ser impugnadas las decisiones del ámbito aludido, *pero en ningún caso hacerse extensiva a los recursos de carácter Constitucional o Procesales*, como se ha sostenido por distinguidos Magistrados y Profesores.»

En esta forma, mediante la aplicación explícita o implícita del método orgánico de interpretación de la Constitución, el Poder Judicial —no en todos los casos pero, al menos, en algunos en que su intervención ha sido requerida— ha sabido someter los poderes, apreciablemente exorbitantes, que la D.T. 24 *a.* atribuye al Gobierno, a un control jurisdiccional cuyo ejercicio demuestra —mejor que cualquiera elucubración teórica— la necesidad inexcusable de ese control.

Madrid, mayo de 1984.

Prof. Lautaro RÍOS ALVAREZ
Universidad de Valparaíso
CHILE

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

