

AMBITO DE LA FUNCION JUDICIAL EN LOS ESTADOS DE EXCEPCION

Alejandro Silva Bascuñán

Profesor de Derecho Político y
Derecho Constitucional

SÍNTESIS

Con profusión de valiosos argumentos, el autor sostiene que el ámbito de la función de los tribunales ordinarios en los estados de excepción es más amplio del que a primera vista parece desprenderse del tenor literal de las normas constitucionales que a ellos se refieren, tanto en disposiciones permanentes como transitorias.

Analizando el N° 3 del artículo 41 de la Carta de 1980, sostiene que en los estados de asamblea y de sitio es posible interponer el recurso de amparo respecto de las medidas a que se refiere su inciso 1°, como también que es posible interponer el recurso de protección respecto de los actos de que trata en su inciso 2°, y que sólo una vez interpuestos dichos recursos, podrán los tribunales ordinarios entrar a apreciar si se dan o no los supuestos que los harían improcedentes, quedándoles únicamente prohibido calificar los fundamentos de hecho de dichas medidas o actos y permitido lo demás en virtud del amplio llamado a actuar con sujeción a la Constitución y la ley que se contiene en los referidos incisos 1° y 2°.

En cuanto al inciso 3° del N° 3 mencionado, llega a la conclusión que la prohibición que en él se contiene —en el sentido que los tribunales de justicia no podrán entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades— es de carácter excepcional y por lo tanto de interpretación estricta, en razón de lo cual nada les impide conocer de otros aspectos, tales como la efectividad del hecho mismo o si ha participado en él la misma persona afectada por la medida o si esta última es realmente necesaria y proporcionada al hecho en que se fundamenta.

Refiriéndose a la Disposición 24ª transitoria —que establece que las medidas que se adopten en virtud de dicha disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso— concluye también que hasta ahí alcanza el ámbito de la función judicial, tanto porque el control de juridicidad acerca de si la medida se adoptó o no “en virtud” de la norma no puede quedar entregado a la misma autoridad que la adoptó, cuanto porque lo que la norma niega son los recursos de carácter administrativo, carácter que no tienen los recursos de amparo y de protección.

AMBITO DE LA FUNCION JUDICIAL EN LOS ESTADOS DE EXCEPCION

1. Pudiera sostenerse tal vez con fundamento que entre los aspectos dignos de mayor encomio en la normativa de la Carta de 1980 se cuentan la ampliación del recurso de amparo, ahora aplicable no sólo en cuanto a la detención arbitraria, sino a todo el contenido de la libertad personal y seguridad individual (art. 21) y el establecimiento del recurso de protección, destinado a garantizar muchas de las igualdades, libertades y derechos asegurados por el constituyente (art. 20).

Pues bien, la eficacia de tales progresos depende en gran medida de la interpretación que se dé a los preceptos relativos al alcance de la función que compete a los tribunales ordinarios cuando tales recursos se hacen valer durante los diversos estados de excepción contemplados en la Ley Fundamental (arts. 39 a 41 y regla 24ª transitoria).

La comparación entre unas y otras instituciones —recursos de amparo y protección por una parte y estados excepcionales por otra— se mueve en la paradoja de que, si en la consagración de los primeros no puede desconocerse el progreso institucional, en el orden de los sistemas de restricciones extraordinarias de las libertades ciudadanas se encuentra, a nuestro juicio, a la inversa, y como lo hemos señalado en otra oportunidad, uno de los aspectos más deplorables del documento plebiscitado en 1980.

2. El planteamiento del trascendental problema en el que deseamos centrar estas reflexiones, requiere particularmente el análisis de lo preceptuado en el N° 3 del art. 41 de las normas permanentes y en la oración final de la regla 24ª transitoria, por lo cual se hace necesario transcribir aquí estas normas:

“ Los recursos a que se refiere el art. 21 (o sea, el de amparo y el de su ampliación) *no serán procedentes* en los estados de asamblea y de sitio respecto de las medidas adoptadas en virtud de dichos estados por la autoridad competente con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley.

“ El recurso de protección *no procederá* en los estados de excepción respecto de los actos de autoridad adoptados con sujeción a la Constitución y la ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rigen dichos estados, han podido suspenderse o restringirse.

“ En los casos de los incisos anteriores, los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a *calificar los fundamentos de hecho* de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades (art. 41 N° 3).

“ 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” (disposición 24ª transitoria, último inciso, oración final).

Los términos que hemos subrayado en los mandatos copiados generan precisamente las tres cuestiones fundamentales que nos proponemos dilucidar en esta ocasión:

¿Qué sentido tienen las expresiones: a) “no serán procedentes” o “no proceden”; b) “calificar los fundamentos de hecho”; y c) “no serán susceptibles de recurso alguno”?

1. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA

3. ¿Qué significa, en primer término, que un recurso no sea procedente o sea improcedente?

Recurramos, en primer lugar, al Diccionario de la Lengua, apoyándonos en el de la Real Academia Española, edición de 1981:

“*Procedente* (del latín *procedens*) p. de proceder. Que procede, dimana o trae su origen de una persona o cosa. 2. Arreglado a la prudencia, a la

razón, o al fin que se persigue. 3. Conforme a derecho, mandato, práctica o conveniencia”.

“Improcedente. Adj. no conforme a derecho. 2. Inadecuado, extemporáneo”.

Proceder. Anota siete acepciones y de ellas la 6ª se refiere a “ser conforme a razón, derecho, mandato, práctica o conveniencia”.

4. Con el apoyo de la ilustración lingüística obtenida del instrumento oficial de nuestro idioma y tratándose de un recurso, ¿qué debemos entender que éste sea no procedente o sea improcedente?

Para dilucidarlo nos parece pertinente recordar que en un recurso pueden distinguirse: a) su interposición y la oportunidad de ella; b) el examen de los requisitos que determinan la posibilidad de tramitarlo y fallarlo; y c) el pronunciamiento favorable o adverso a la sustancia de lo que por su intermedio se solicita conforme a la índole del recurso.

5. La ley procesal común chilena distingue claramente las tres diferentes etapas que acabamos de enunciar.

Veamos, por ejemplo, la reglamentación del recurso de apelación contemplada en el Código de Procedimiento Civil.

El art. 189 establece en qué oportunidad deberá interponerse el recurso; los arts. 187 y 188 determinan cuáles son las resoluciones apelables; el art. 186 define que el objeto del recurso es obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, conforme a derecho, la resolución del inferior.

Proyección de esas tres fases de todo recurso —interposición, admisibilidad, aceptación o rechazo de lo pedido por él— es la regla del art. 213 del mismo Código: “Elevado un proceso en apelación, el tribunal superior examinará en cuenta si el recurso es admisible y si ha sido interpuesto dentro del término legal. Si encuentra mérito el tribunal para considerar inadmisibles o extemporáneos el recurso, lo declarará sin lugar desde luego o mandará traer los autos en relación sobre este punto”.

Con la misma claridad y en forma análoga distingue la ley procesal los tres aspectos diferentes ya indicados tratándose del recurso de casación. Precisa, al efecto, su objetivo (art. 764), las resoluciones respecto de las cuales puede deducirse (arts. 766 a 769), el plazo y modo de su interposición (arts. 770 y 771), el examen que debe hacer el tribunal a quo de la concurrencia de las circunstancias determinantes de su procedencia (art. 777) que pueden conducir a concederlo (art. 778) o a declararlo inadmisibles (art. 779) y, todavía, en relación al tribunal ad quem, se consagra en el art. 781 una norma análoga a la dictada respecto de la apelación en el transcrito art. 213.

6. Contando ya con el aporte de la ley procesal, es del caso preguntarse ¿qué alcance tienen las expresiones “no serán procedentes” o “no proceden”, empleadas en el N° 3 del art. 41 de la Constitución?

No hay, a nuestro juicio, duda de que el constituyente a través de tales expresiones no pretende prohibir la simple deducción o interposición de los recursos de amparo o de protección durante la vigencia de los estados de excepción.

Tal prohibición habría requerido precepto directo y categórico del constituyente, que no se ha dictado; la voluntad de éste es, al contrario, clarísima en orden a presuponer la posibilidad de que los recursos se interpongan. En efecto, justamente sólo con motivo de su interposición los tribunales podrán examinar si se han dispuesto “las medidas adoptadas en virtud de dichos estados por la autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la

Constitución y la ley" (Nº 3 art. 41, inc. 1º) o si se trata de "actos de autoridad adoptados con sujeción a la Constitución y a ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rigen dichos estados, han podido suspenderse o restringirse" (Nº 3, art. 41, inc. 2).

Habría resultado inoficioso contemplar todos los requisitos que la Ley Fundamental establece respecto de las medidas que se adoptan durante la vigencia de los estados excepcionales si ella hubiera prohibido la interposición misma de los recursos que menciona en razón de la mera implantación de tales estados.

Es, pues, en nuestra opinión, evidente que las improcedencias a que se refiere el Nº 3 del art. 41 no tienen el alcance de impedir la deducción de los recursos de amparo o protección por la sola virtud de que el país se encuentre en alguno de los estados a que el precepto alude.

Sobre tal base, el sentido de las improcedencias dispuestas ha de interpretarse tan sólo en relación con las fases o aspectos que luego de la interposición de un recurso distingue la ley procesal, o sea, su admisibilidad o inadmisibilidad y la aceptación o rechazo de lo pedido.

II. ALCANCE DE LA REVISIÓN JUDICIAL

7. El llamado hecho por la Carta a los órganos judiciales que han de pronunciarse con motivo de los recursos de amparo o de protección deducidos en los estados excepcionales, tiene la máxima amplitud en cuanto al análisis que deben practicar. Ha de referirse, en efecto, el estudio que practiquen los órganos jurisdiccionales a considerar —en el caso del amparo— a si las medidas han sido adoptadas en virtud de tal estado, por la autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley y —en cuanto al recurso de protección— a si los actos de autoridad han sido adoptados con sujeción a la Constitución y a la ley y afecten los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rigen dichos estados, han podido suspenderse o restringirse.

La misión entregada a la justicia por el constituyente no tiene más limitación, en el texto de la Carta, que la prohibición de calificar los fundamentos de hecho, que dilucidaremos más adelante.

La confrontación, a cargo de la Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema según corresponda, ha de extenderse, pues, a la proyección de todo el ordenamiento jurídico constitucional y legal, en sus reglas generales, y en las especiales vinculadas tanto a la índole de los recursos de amparo o protección como al marco señalado al régimen del estado excepcional que se haya invocado.

8. Puede encontrarse base adecuada para contribuir a entender cabalmente el campo de la revisión confiada por el constituyente a los tribunales, recordar que en tal tarea se comprende, sin duda, desde luego, por lo menos, todo aquello que abarca el *control de legalidad* confiado a la Contraloría General de la República a través del trámite de la toma de razón (arts. 87 y 88 de la Constitución de 1980).

Ha de tenerse presente, en efecto, que el examen de *legalidad*, entregado al Contralor frente al ejercicio de la potestad reglamentaria, se extiende a su confrontación tanto con las reglas constitucionales como con las de rango de ley, y ha de entenderse establecido como íntegro estudio de su *jurisdicción*, aunque exceptuado en aquello que cabe calificar como de *mérito u oportunidad*,

inherente a la sustancia de la función propia de la decisión ejecutiva de gobierno o de administración que se analiza y que el Contralor no puede juzgar.

El control de juridicidad perteneciente a los tribunales de fuero común llamados a fallar recursos de amparo o de protección es todavía más comprensivo que el confiado al Contralor en la toma de razón, porque, en principio, ha de llegar a la esencia de la función jurisdiccional, en la plenitud de la misión que compete a la justicia de conocer y resolver las causas civiles y criminales (art. 73).

9. Excedería los propósitos de este estudio hacer un recuento de todas las normas constitucionales y legales, generales o específicas, que, según las situaciones que pueden llegar a ventilarse en los respectivos recursos, deberían ser tomadas en cuenta por la Corte de Apelaciones o el Tribunal Supremo al pronunciarse en estados excepcionales sobre recursos de amparo o protección.

El llamado a la Constitución, efectuado en los dos primeros incisos del N° 3 del art. 41 de la Carta, constituye, a nuestro juicio, una especial advertencia dirigida muy pertinentemente a los tribunales que han de pronunciarse en relación a recursos propuestos en estados excepcionales, y orientada a que ellos tengan presente, de modo primordial, sobre todo las "bases de institucionalidad" contempladas en el Capítulo I de la misma Carta.

No sólo el funcionario que dicta la medida causante del recurso, sino que, del mismo modo los tribunales que se pronuncien sobre él, deben actuar, en efecto, en el entendido de que a todos los órganos del Estado obliga la Ley Fundamental y deben someter a ella su acción (art. 6, inc. 1 y 2), que ninguna magistratura puede ejercer otra autoridad o derechos que los expresamente conferidos (art. 7) y que, participando tales autoridades del ejercicio de la soberanía, dicho ejercicio reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona humana (art. 5).

10. La Constitución reconoce los numerosos derechos, libertades e igualdades que enuncia en el extenso art. 19, cuyo último número, en fin, proporciona a toda persona "la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". "Se exceptúan —termina disponiendo el N° 26— las normas relativas a los estados de excepción constitucional y demás que la propia Constitución contempla".

El mandato del inciso recién transcrito ha de vincularse al del art. 39, según el cual "Los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser afectados", en las situaciones de excepción que menciona.

Confrontando el art. 39 con el inciso segundo y final del N° 26 del art. 19, cabe preguntarse, ¿qué sentido tienen la referencia hecha por el constituyente a los estados de excepción, luego de haber dictado la norma del inciso primero del N° 26?

En la búsqueda de la respuesta hay que detenerse a reflexionar sobre la razón y alcance del inciso primero del N° 26.

Para entender el propósito de la regla en análisis ha de observarse que la Carta Fundamental contempla, por una parte, un régimen permanente de libertades públicas y, por otra, determinados estados excepcionales que pueden afectar en cierto modo algunas de ellas.

El régimen permanente se configura directamente en la propia preceptiva constitucional o, indirectamente, en los preceptos legales que, por encargo de la misma Carta, regulen o complementen las garantías que ella asegure.

Ahora bien, el inciso primero del N° 26 se ha dictado en el afán de impedir que el legislador, al cumplir los encargos que le otorga el constituyente, llegue a afectar los derechos en su esencia.

Si tal limitación se ha dictado específicamente con el fin de enmarcar al legislador y, por ello, no se aplica a los estados excepcionales, corolario ineludible fue que, para mayor claridad, el constituyente lo asentó explícitamente en su inciso segundo.

No ha de entenderse, pues, que el constituyente, cuando se refiere a los estados excepcionales al término de su enunciación de los derechos asegurados, esté autorizando afectar éstos en su esencia, sino aludir a la posibilidad de que tales garantías puedan ser gravadas en virtud de tales estados, en las condiciones y con los alcances que para cada uno de ellos se dispone y sobre la base de la necesidad de respetar los derechos emanados de la naturaleza del hombre (art. 5).

11. El sometimiento al marco superior de la Carta a que han de ajustarse las medidas que se tomen en virtud de los estados de excepción, se extiende no sólo a las normas generales tanto de carácter dogmático como de carácter institucional de esa superior ordenación, sino, de modo muy especial, a las que se vinculan, cabalmente, por un lado, con la índole de los recursos de amparo o de protección y, por otra, con el régimen inherente al respectivo estado excepcional, en cuya virtud la autoridad haya adoptado tales medidas.

De ambos aspectos, y ya que excedería los límites de este trabajo profundizar en el sistema de los recursos de amparo y protección, nos detendremos exclusivamente en el que recae sobre el estatuto de los estados excepcionales, dejando a un lado la crítica que merezca el sistema ordenativo de tales estados que hemos desarrollado en otra oportunidad. (Gaceta Jurídica N° 52, 1984: "Los estados de excepción en la Constitución de 1980", págs. 2-11).

12. La Comisión Ortúzar dedicó al estudio de la reglamentación constitucional de los estados de excepción las sesiones 218, 219 y 220 de 2, 8 y 9 de junio de 1976 y el resultado de sus deliberaciones se concretó en la proposición de un articulado que aparece como anexo al acta de la última sesión (pág. 25).

En la reunión N° 227 de 30 de junio fue designada una subcomisión para preparar el anteproyecto de Actas Constitucionales. La N° 4 promulgada el 13 de septiembre de 1976 (D.L. 1.553) trata de los regímenes de emergencia.

Promulgada el Acta N° 4, en la Comisión Ortúzar se reinicia el debate, en el que participan ahora los integrantes de su nueva composición, recogido en las actas de las sesiones 361 a 364, 367 a 370, celebradas en abril y mayo de 1978. Algunos cambios introduce el Consejo de Estado al texto propuesto por la Comisión Ortúzar y así resulta la redacción sometida al plebiscito.

La ley orgánica prevista en el N° 9 del art. 41 se promulga con el N° 18.415 el 14 de junio de 1985. El control previo del Tribunal Constitucional, obligatorio según el N° 1 del art. 82, se había expresado en sentencia de 7 de ese mismo mes.

III. ASPECTOS DEL EXAMEN JURISDICCIONAL

13. Trataremos de plantear los principales problemas que, a nuestro juicio, podrían presentarse a los tribunales en el conocimiento y fallo de los recursos de amparo y protección que se interpusieren con motivo de medidas adoptadas durante los estados de excepción, además de las ya insinuadas que se originaren, ya de la índole misma de tales recursos, ya del régimen propio de cada una de las igualdades, libertades o derechos que pudieren afectarse por los actos de autoridad cuestionados.

14. Veamos primero las controversias que giraren en torno de la propia declaración del estado excepcional en que se funde el acto de autoridad.

Ha de recordarse, desde luego, que, como ya anotamos, no existen más estados excepcionales que los anunciados en el art. 39 de la Carta, sin perjuicio de la institución reglada por la disposición 24 transitoria y sin olvidar tampoco que el Presidente de la República podrá decretar, simultáneamente, dos o más estados si concurren las causales que permiten su declaración (art. 40 N° 5).

Habrà de precisarse, en seguida, si el estado excepcional bajo cuyo amparo se haya dictado la medida restrictiva objetada ha sido declarado por la autoridad competente.

Entre las atribuciones especiales del Presidente de la República se incluye precisamente la de "declarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución" (art. 32 N° 7).

Los estados de asamblea, de emergencia y de catástrofe se pronuncian por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional (art. 40 N°s. 1, 3 y 4); la declaración del estado de sitio requiere, entretanto, consentimiento del Congreso Nacional, aunque, previo acuerdo del Consejo de Seguridad, puede el Presidente aplicarlo de inmediato, mientras el Congreso se pronuncia sobre la declaración (art. 40 N° 2 inc. 1 y 3).

La causal justificante del pronunciamiento de uno u otro de los estados se define en la misma Carta: "situación de guerra externa", respecto del estado de asamblea; "casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo", se exige para la declaración del estado de emergencia; "caso de calamidad pública" explica el estado de catástrofe; "caso de guerra interna o conmoción interior" supone el estado de sitio (art. 40 N°s. 1, 2, 3 y 4).

Es evidente que los tribunales no podrían reconocer valor jurídico a la medida discutida si ha sido formulada por un órgano distinto del Jefe del Estado, como, por ejemplo, sólo por uno de sus ministros, o si ha sido pronunciada por el Presidente sin requerir el acuerdo del Congreso o del Consejo de Seguridad, o contra el parecer de uno u otro, según corresponda. La nulidad deriva de la simple aplicación de los principios básicos sentados en los arts. 6 y 7 de la Carta.

15. La declaración respectiva del Jefe del Estado debe contenerse en decreto supremo y los decretos "deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito" (art. 35 inc. 1 de la Constitución).

Tal ha sido, por lo demás, la conclusión contenida en el art. 8 de la ley 18.415:

"Los estados de excepción constitucional se declararán mediante decreto supremo firmado por el Presidente de la República y los Ministros del Interior y de Defensa Nacional y comenzarán a regir desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial".

"El decreto que declare el estado de sitio con acuerdo del Congreso Nacional deberá publicarse dentro del plazo de tres días, contados desde la fecha del acuerdo aprobatorio, o bien contado desde el vencimiento del plazo de diez días que señala el artículo 40 N° 2, inciso segundo, de la Constitución, si no hubiere habido pronunciamiento del Congreso".

"Sin embargo, si el Presidente de la República aplicare el estado de sitio con el solo acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, dicho estado comenzará a regir a contar de la fecha del acuerdo, sin perjuicio de su publicación en el Diario Oficial dentro del tercero día".

"Para declarar el estado de asamblea bastará la existencia de una situación de guerra interna y no se requiere que la declaración de guerra haya sido autorizada por la ley".

El precepto de la ley orgánica recién transcrito considera tres materias:

a) La formalidad de declaración de los estados de excepción.

Parece lógico que, dada la importancia de la materia, se haya impuesto la exigencia de la firma del propio Presidente y de dos de sus ministros; el legislador pudo haber permitido la sola firma de un ministro "por orden del Presidente" (art. 35, inc. 2).

Es de lamentar, a la inversa, que no se haya establecido respecto de los decretos que declaran estados de excepción la toma de razón de la Contraloría, trámite que requiere disposición expresa del legislador (art. 88).

Se trata, en efecto, de una de las decisiones más trascendentales de la función del Presidente de la República, digna por ello de ser examinada en su legalidad por el organismo contralor en razón de las graves consecuencias que reviste para los ciudadanos y para la responsabilidad del Jefe del Estado.

b) La determinación de la oportunidad en que comenzará a regir la declaración de los diversos estados.

Los tribunales no podrán aceptar que las medidas autorizadas se decreten o apliquen antes de la oportunidad señalada por el precepto orgánico.

c) La interpretación de la Ley Fundamental, en cuanto a que la mera realidad de la guerra exterior es suficiente para dar paso al estado de asamblea, y no se exige, por lo tanto, previa promulgación de la ley declaratoria.

Si el régimen excepcional se asienta en la efectividad de la guerra, debería sostenerse que no lo justifica la mera promulgación de la ley declaratoria del estado de guerra si ella sola no crea una "situación de guerra".

El precedente histórico chileno de la ley 8.109 de 1945 podrá dar base a esta interpretación; ella, aunque la guerra no había sido declarada, autorizó al Presidente para, reconocer, como lo hizo, la "situación de guerra".

16. Pues bien, pronunciado y vigente un estado excepcional, regularmente formulado, los tribunales que hayan de pronunciarse sobre recursos de amparo o de protección por medidas tomadas con imputación a él no podrán entrar al análisis de la fundamentación de la efectividad de los "casos" que los hacen constitucionalmente procedentes.

17. Aún considerando la necesidad que tienen los tribunales de respetar la fuerza jurídica de la declaración de estado excepcional hecha por órgano competente y con las formalidades establecidas, ha de estimarse indiscutible

que ellos podrán revisar las variadas circunstancias que resulten de la vinculación entre el estado invocado, por una parte, y la medida discutida, por otra.

Así, por ejemplo, no puede olvidarse que los estados de asamblea, de sitio o de emergencia pueden afectar a "todo o parte del territorio nacional" (art. 40 N^{os}. 1, 2 y 3) y el de catástrofe "la zona afectada o cualquiera otra que lo requiera como consecuencia de la calamidad producida" (art. 40 N^o 4), de modo que, si el acto de autoridad en que incide el recurso de amparo o protección interpuesto, se ha realizado fuera del ámbito territorial fijado por la declaración podrán los tribunales reconocer el abuso cometido.

La real vigencia del estado de excepción en que se base el acto de autoridad en examen, tendrá que ser, asimismo, analizada por el órgano judicial. Ha de entenderse que el estado de asamblea rige mientras dure "la situación de guerra externa"; la declaración de estado de sitio sólo puede hacerse hasta por un plazo máximo de noventa días, pero el Presidente podrá solicitar su prórroga; el estado de emergencia no podrá exceder de noventa días, pudiendo declararse nuevamente si se mantienen las circunstancias; al estado de catástrofe no le señala duración la misma Carta, de modo que habrá de reconocérsele vigente mientras aquélla se prolongue (art. 40 N^{os}. 1, 2, 3 y 4).

Hay que tomar en cuenta que "el Presidente de la República podrá, en cualquier tiempo, poner fin a dichos estados" (art. 40 N^o 6).

El art. 1^o de la ley 18.415 advierte, por lo demás, explícitamente: "Los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser afectadas en las situaciones en que ésta lo autoriza y *siempre que se encuentren en aplicación los estados que ella establece*".

18. Declarados los estados de excepción se podrán ejercer las atribuciones que ellos otorgan.

El N^o 9 del art. 41 de la Carta permite a la ley orgánica constitucional que el regule "facultar al Presidente de la República para ejercer por sí o por otras autoridades las atribuciones señaladas precedentemente...".

La ley 18.415 en sus arts. 2, 3, 4 y 6 permite, en efecto, al Presidente de la República delegar todo o parte de sus facultades:

— respecto del estado de asamblea, en los Comandantes en Jefe de las Unidades de las Fuerzas Armadas que él designe, con excepción de las de prohibir el ingreso al país a determinadas personas o de expulsarlas del territorio (art. 2);

— en cuanto al de sitio, en los Intendentes, Gobernadores o Jefes de la Defensa Nacional que él designe, con la misma excepción (art. 3);

— tocante al estado de emergencia, en los Jefes de Defensa Nacional que él designe, salvo la de prohibir a determinadas personas la entrada o salida del territorio nacional (art. 4).

— en lo relativo al estado de catástrofe, en los Jefes de Defensa Nacional que él designe (art. 6).

La delegación de las facultades y el ejercicio de las atribuciones deberá hacerse dictando decreto supremo exento del trámite de la toma de razón (art. 9, inc. 2) y podrán éstas ejercerse mediante decreto exento firmado por el Ministro del Interior bajo la fórmula "Por orden del Presidente" y, además, tratándose de estado de asamblea, con la firma del Ministro de Defensa (art. 9, inc. 2).

Ahora bien, en cuanto a las facultades que el Presidente delegue "serán ejercidas, dentro de la respectiva jurisdicción, mediante la dictación de resolu-

ciones, órdenes o instrucciones exentas de toma de razón. Tratándose de Comandantes en Jefe o Jefes de la Defensa Nacional éstos podrán dictar, además, los bandos que estimaren convenientes" (art. 10).

Todas las medidas que se adopten en virtud de los estados de excepción, deberán ser difundidas o comunicadas, en la forma que la autoridad determine (art. 11).

19. Tenemos que el sistema de delegación en el ejercicio de las facultades que comprenden los estados excepcionales, que contemplan los preceptos de la ley 18.415, que acaban de recordarse, dé origen a dificultades en su observancia y, consecuentemente, en el estudio de las decisiones de los tribunales llamados a aplicarlos.

Es cierto que, por autorización expresa de la Carta Fundamental (art. 41 N° 9), se prevé que las atribuciones conferidas al Jefe del Estado en los regímenes de excepción puedan ser ejercidas "por sí o por otras autoridades". De tal modo, se da paso a una excepción al principio, rector del Derecho Público, adverso a la delegación de las funciones propias de cada órgano, que cabe añadir, entonces, a aquel que con tanto cuidado establece el constituyente en cuanto a la función legislativa del Congreso (art. 61).

Era ineludible que la ley 18.415 permitiera que delegatarios puedan ser "los Comandantes en Jefe de las Unidades de las Fuerzas Armadas que él designe (art. 2), "en los Intendentes, Gobernadores o Jefes de la Defensa Nacional que él designe" (art. 3), "en los Jefes de la Defensa Nacional que él designe" (arts. 4 y 6).

20. Si determinada medida se dicta directamente por el Jefe del Estado o por la autoridad que goza de la atribución delegada, resulta posible hacer efectivas en uno u otra las responsabilidades y sanciones correspondientes, aunque es de lamentar que haya quedado fuera del trámite de la toma de razón, además del decreto que declara el estado excepcional y del acto delegatorio, la dictación misma de las medidas concretas que se dicten con ese fundamento.

Si tal vacío ha de anotarse con preocupación ante los presupuestos de un Estado de Derecho, la ley 18.415 incorpora, además, otros preceptos que justifican tal inquietud.

Queremos destacar, en primer término, su art. 10, en cuanto dispone que "las facultades que el Presidente de la República *delegue* en las autoridades que señala esta ley *serán* ejercidas, dentro de la respectiva jurisdicción, *mediante la dictación de resoluciones, órdenes o instrucciones* exentas del trámite de toma de razón".

Es interesante constatar la incongruencia de que, por una parte, conforme al art. 9 de la misma ley 18.415, (inc. 1), el Jefe del Estado "ejercerá sus atribuciones mediante decreto supremo", y de que, por otra, sus delegados ejerzan las facultades que se les confía "mediante la dictación de resoluciones, órdenes e instrucciones".

En el ordenamiento jurídico chileno no existe una preceptiva general, obligatoria para todos los órganos de autoridad, que defina lo que significa cada uno de los tipos de decisiones que menciona el art. 10 —resoluciones, órdenes e instrucciones—, su concepto, objetivos, formalidades y responsabilidades. Cabe anotar sí que, conforme a su reconocida naturaleza, las instrucciones son dirigidas a los funcionarios que dependen de quien las emite, de modo que, por sí, no pueden afectar los derechos ciudadanos.

21. Queremos subrayar, en segundo término, la inquietud que surge ante la redacción del inc. 2 del mismo art. 10: "Tratándose de Comandantes en Jefe de la Defensa Nacional, éstos podrán dictar, además, los bandos que estimen convenientes".

No existe tampoco, en efecto, un sistema que determine el contenido, alcance, marco, objetivo, formalidades y responsabilidades de los bandos.

Según el Diccionario, "bando" es edicto o mandato solemnemente publicado de orden superior".

Se usa este vocablo, de ordinario, cuando la autoridad que dicta el bando es de jerarquía militar y su contenido presenta carácter general y, por ello, comunicable a todos quienes han de obedecerlo.

Partiendo de tal comprensión, por medio de los bandos —a nuestro juicio y así creemos deberán entenderlo los tribunales— sólo podrán los jefes castrenses impartir disposiciones genéricas como medio o instrumento de su función, y por los cuales ejerzan las facultades comprendidas en el estado excepcional respectivo, enumeradas, en cuanto al estado de emergencia, en el art. 5 de la ley 18.415 y, tocante al de catástrofe, en el art. 7 de ella.

22. Es de advertir que, respecto de la enunciación que contienen los arts. 5 y 7, la última de ambas enumeraciones, referidas a "las demás que le otorguen las leyes en su calidad de tal", se mantuvo en la ley 18.415 al dirimir el empate el Presidente del Tribunal Constitucional, debido a que los Ministros señores Valenzuela, Philippi y Maldonado estimaron tal precepto como inconstitucional, porque "toda norma legal reguladora de dichos estados necesariamente ha de tener el rango de ley orgánica constitucional" y deja la redacción acogida "abierta la posibilidad de entender que las atribuciones... puedan ser ampliadas o modificadas por una ley común". Hay que recordar que "resuelto por el Tribunal (Constitucional) que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia" (art. 83, inc. final).

23. En tercer lugar, creemos necesario llamar la atención al art. 11 de la ley 18.415: "Todas las medidas que se adopten en virtud de los estados de excepción deberían ser difundidas o comunicadas en la forma que la autoridad determine".

Como las medidas a que alude el texto están llamadas a repercutir en los derechos y libertades de los ciudadanos, las reglas en virtud de las cuales se difunden o comunican —generando consecuentemente la obligación de obedecer— no deberían quedar liberadas a la determinación discrecional, que puede ser arbitraria, de la propia autoridad que las imparte. En consecuencia, los tribunales están llamados a apreciar la racionalidad de tales reglas y la efectividad de los abusos que pudieren haberse cometido a través de ellas, al resolver los recursos interpuestos.

24. Los tribunales han de examinar no sólo la vigencia del estado excepcional en que se basa la medida discutida ante ellos, sino también la vigencia de la medida misma, teniendo presente en tal estudio lo que disponen al respecto la Constitución y la ley 18.415.

"Las medidas que se adopten durante los estados de excepción, que no tengan una duración especial, no podrán prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados... No obstante, las medidas de expulsión del territorio de la República y de prohibición de ingreso al país... mantendrán su vigencia pese a la cesación del estado de excepción que les dio origen en tanto la auto-

ridad que las decretó no las deje expresamente sin efecto" (art. 41 N° 7 de la Constitución).

La ley 18.415 precisa, por su parte, que si el estado de sitio se prorroga, las medidas adoptadas en su virtud subsistirán durante la prórroga (art. 13, inc. 2 ley en relación a inciso final del art. 40 de la Constitución); y que si el Congreso rechaza la proposición de estado de sitio que el Presidente se había adelantado a aplicar, de inmediato las medidas que éste hubiere adoptado quedarán sin efecto (art. 14, inc. 3, ley 18.415 en relación a inc. 3, N° 2 de art. 40 de la Carta).

En cuanto a las medidas de expulsión o de prohibición de ingreso al país, y sin perjuicio de la facultad de la autoridad de dejarlas sin efecto en la oportunidad que determine, puede la afectada pedir reconsideración, y el rechazo de ésta deberá ser fundado, si ha expirado ya el estado de excepción en virtud del cual se adoptó (art. 14).

25. En cuanto a la medida de traslado, conforme al art. 16 de la ley 18.415, ella "sólo podrá cumplirse en localidades urbanas". "Para los efectos de esta ley —continúa disponiendo ese precepto— entiéndese por localidad urbana todo lugar poblado que se encuentre dotado de unidad policial y algún medio de comunicación con el resto del país, tal como camino, teléfono, radio o telégrafo".

En la interpretación de esta definición, los tribunales deberán ser, a nuestro juicio, inclinados a mostrarse exigentes, en el sentido de no dar el carácter de urbano a un lugar que, en verdad, no lo es en su esencia, ya que los ejemplos dados por el texto aluden a circunstancias tan mínimas, inseguras e insuficientes que no tipifican por sí racionalmente lo que cabe en verdad calificarse como urbano, ámbito que está descrito con alcance mucho más amplio en la legislación pertinente a la distribución administrativa territorial del país.

Si los términos "de un punto a otro del territorio nacional" usados por el constituyente para definir el traslado (art. 4 N° 2), quisieran interpretarse por la ley orgánica como un lugar de tan levisimo asiento humano como el descrito, no debió, consecuentemente, referirlo a "localidad urbana", porque su definición de tal no armoniza con el concepto sustancial de ésta.

Es oportuno recordar que el Acta Constitucional N° 4 disponía: "La medida de traslado deberá cumplirse en localidades urbanas".

Durante la vigencia del Acta N° 4 se interpusieron y acogieron recursos en que se representaba la carencia del carácter urbano de las localidades señaladas por la autoridad pública.

Ello explica que en el curso de los debates mantenidos en la Comisión Ortúzar, don Jaime Guzmán propuso establecer que, para considerar como urbana a una localidad, debiera ser una población de por lo menos mil habitantes, pero primó el criterio de dejar entregada a la ley la definición de ese requisito (Sesión 362 de 27 de abril de 1972, p. 2407).

26. Cuando el Tribunal Constitucional reconoció la facultad que compete a la justicia ordinaria en la apreciación de lo que debe entenderse por "suspender" o "restringir" una garantía al tiempo de aplicar las definiciones que de tales conceptos contiene el art. 12 de dicho cuerpo normativo:

"Entiéndese que se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado "de excepción constitucional".

“Asimismo entiéndese que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma”.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 7 de junio de 1985, estimó, entretanto, contraria a la Ley Fundamental la frase que se había propuesto añadir en el inciso primero del precepto recién transcrito, por la cual entendía también como suspensión cuando el derecho “se lo condiciona a la observancia de ciertas exigencias establecidas por la propia autoridad”.

Al inciso primero del art. 12 copiado se dio paso por el Tribunal Constitucional con el voto contrario de los Ministros Valenzuela y Maldonado, quienes formularon extensas argumentaciones destinadas a demostrar que el concepto de “suspensión” debería entenderse referido no sólo al *impedimento temporal total* del ejercicio de la garantía sino también a su *impedimento temporal parcial*, o sea, a la perturbación transitoria de cualquier aspecto comprendido en ella. Estimaron los disidentes que de ese modo, al no considerarse, según el texto, *suspensión* la prohibición temporal *parcial* del ejercicio de cualquier aspecto de una garantía, se introducía una ambigüedad, porque podría entenderse que la idea de *restricción* comprende incluso la suspensión transitoria parcial. El precepto podría en efecto, según el criterio de dichos magistrados, llevar a permitir que, en los estados de excepción en que se autoricen *restricciones*, se dispongan, asimismo, *impedimentos temporales* del ejercicio de *algunos aspectos* de la garantía, ya que esos impedimentos transitorios no cabrían en en la idea de “suspensión” de ella, puesto que este último concepto, en virtud de la letra del inc. 1º del art. 12, sólo existe cuando se impone el impedimento íntegro, total de ella.

La mayoría, por su parte, argumentando en contra de tal interpretación y para sostener la constitucionalidad del art. 12, expresó, en orden al enfoque de este trabajo:

“5º Que, por consiguiente, el problema que sobre la materia se plantea no es propiamente de constitucionalidad, sino más bien de simple interpretación de la norma en consonancia con la latitud de la medida que ha de examinarse en cada caso particular, dependiendo el calificativo de suspensión o de restricción según la amplitud que ella conlleve. Por consiguiente, siendo un asunto de casuística serán los tribunales los que en último término han de juzgar sobre la naturaleza de la medida que se aplique por disposición administrativa”.

Los ministros disidentes insistieron, entretanto, en el reparo: “vicio que, por cierto, no se subsana por el hecho de que serán los tribunales ordinarios de justicia a quienes les corresponderá resolver los eventuales problemas que surjan al respecto”.

27. Los arts. 17 a 21 de la ley 18.415 se refieren, finalmente, a las requisiciones y a las limitaciones al dominio que se dispongan durante los estados excepcionales, reglamentando el Nº 8 del art. 41 de la Ley Fundamental.

La ley 18.415 contempla la forma de convenir con el afectado el monto de los perjuicios (art. 19), pero omite señalar el procedimiento que ha de seguirse en caso de no llegarse a acuerdo sobre tal punto con quien sufre el daño.

Como la indemnización se genera cuando las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad importen “privación de alguno de los atributos o

facultades esenciales del dominio (art. 41 N° 8 de la Ley Fundamental), equivaliendo, entonces, las limitaciones a la expropiación (art. 19 N° 24), procedería, a nuestro juicio, ajustarse al procedimiento señalado para una expropiación cuando no se llega a acuerdo con el afectado por la limitación sobre el monto del daño.

28. En la decisión por la justicia de las cuestiones que surjan en torno de la esfera que les compete controlar cuando revisen las medidas decretadas en los estados excepcionales deben tomar en cuenta, en fin, los antecedentes de la génesis del N° 3 del art. 41.

En el Acta N° 4 de 1976 se disponía:

“Los recursos de protección y amparo establecidos en los arts. 2 y 3 del Acta Constitucional N° 3, sólo serán procedentes en la medida que sean integralmente compatibles con las disposiciones legales que rijan las referidas situaciones de emergencia”.

El Acta Constitucional N° 4 debía comenzar a regir, conforme a su artículo transitorio, 180 días después de publicada, que lo fue el 13 de septiembre de 1976.

Pues bien, el 31 de enero de 1977, o sea antes de su vigencia, ya que no habían transcurrido esos 180 días, se promulgó el Decreto Ley 1.684, del siguiente tenor:

“Derógase el art. 14 del Acta Constitucional N° 4 de 1976 y sustitúyese por el siguiente:

“El recurso de protección establecido en el N° 2 del Acta Constitucional N° 3 será *improcedente* en los *sistemas de emergencia*, sean en los contemplados en el Acta Constitucional N° 4 de 1976 o en otras normas constitucionales o legales”.

Los tribunales dieron alcances discrepantes al significado del D.L. 1.684: algunos estimaron que el recurso de protección no podía ni siquiera interponerse ni tramitarse; otros que era procedente si recaía en medida que afectara una garantía no comprendida entre las señaladas en el respectivo estado de excepción; otros, en fin, lo estimaban aceptable incluso si se relacionaba con las garantías comprometidas en la situación de restricción.

El profesor Eduardo Soto Kloss, en su denso estudio sobre la materia (“El recurso de protección”, Editorial Jurídica de Chile, 1982, págs. 57 a 66), hace el recuento de las vicisitudes de una jurisprudencia que tiene gran interés para nuestro tema, por cuanto en la misma época en que se debate el alcance del D.L. 1.684 se genera, en el seno de la Comisión Ortúzar, el que llegó a convertirse en el N° 3 del art. 41.

Con pleno conocimiento, pues, de las vacilaciones interpretativas surgidas en torno del Decreto Ley 1.684, la señora Luz Bulnes en la sesión 367 (pág. 2496) propuso la primera redacción:

“El recurso de amparo se suspenderá en los estados de asamblea y de sitio respecto de las medidas adoptadas en virtud de estos estados por las autoridades facultadas para detener o trasladar personas”.

La redacción propuesta por la señora Bulnes condujo posteriormente a la que en definitiva tuvo en sus dos primeros incisos, que hemos comentado, el N° 3 del art. 41 de la Constitución de 1980,

IV. LA CALIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS POR LOS TRIBUNALES

29. Si el constituyente y el legislador, al consagrar el régimen de los estados excepcionales, no han pretendido dar paso a facultades discrecionales, sino que sometidas a las normas que las encuadran, como clarísimamente dispone en los dos primeros incisos del N° 3 del art. 41, ¿cuál es entonces el sentido de la prohibición que contempla el inciso tercero del N° 3 del mismo art. 41, conforme a la cual en tales situaciones "los tribunales de justicia no podrán entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en ejercicio de sus facultades"?

Debe recordarse que ya durante el imperio de la Carta de 1925 se produjo amplio debate en torno de la posición que debía adoptar el Poder Judicial al fallar los recursos de amparo deducidos durante el estado de sitio, y que se conocieron vigorosas críticas a las sentencias que tendían a restringir el ámbito de la intervención de los tribunales.

En nuestro "Tratado de Derecho Constitucional" (t. II N° 346, págs. 330/1 Editorial Jurídica de Chile, 1963), luego de sostener la procedencia del amparo incluso durante los estados extraordinarios, agregábamos: "Sin embargo, estimamos que, en tales situaciones excepcionales, los tribunales, al resolver el recurso de amparo, no podrán juzgar el fundamento de hecho que ha tenido la autoridad política para dictar, invocando la atribución constitucional y legal, una medida restrictiva autorizada y debidamente dictada, intimada y cumplida".

Durante la sesión 369, celebrada el 10 de mayo de 1978 (vol. 10, p. 2554) se produjo en la Comisión Ortúzar el siguiente debate:

"El señor Guzmán, refiriéndose al recurso de amparo, se declara partidario de señalar que los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos que haya tenido el Presidente de la República para ordenar la detención, el traslado o la expulsión de una persona del territorio nacional, agregando también la limitación a la libertad de desplazamiento y para entrar al territorio nacional o salir de él.

"El señor Carmona dice preferir no señalar nada al respecto.

"El señor Ortúzar (Presidente) concuerda con el señor Carmona o, por lo menos, cambiar la redacción a la sugerencia del señor Guzmán. Dice que el recurso de amparo procede cuando la autoridad que decreta la suspensión de la libertad no es la facultada por la Constitución, o cuando no cumple con los requisitos establecidos en ella.

"El señor Carmona insiste en no decir nada al respecto, y agrega que la jurisprudencia ha sido clara.

"El señor Guzmán explica que el problema se presentó porque el Decreto Ley 81 exige que la expulsión sea ordenada por decreto fundado, y de ahí tomó pie la Corte Suprema para entrar a calificar los fundamentos mismos de la medida, de lo cual es contrario, y porque se sostuvo que las facultades discrecionales del Presidente de la República en el estado de sitio eran sólo las de detener o arrestar personas, apoyándose en que el texto constitucional y el Decreto Ley 527 decían que "Por la declaración del estado de sitio sólo podrá el Presidente de la República...".

"Señala la conveniencia de dejar expresamente establecido que la detención, el traslado y la expulsión de personas, y las limitaciones al desplazamiento

de personas y la prohibición para entrar al territorio o salir de él son medidas que el Presidente de la República aplica discrecionalmente, y que, al hacerlo, sólo está sometido a las formalidades que la ley establece”.

Sin duda tal es el origen de la prohibición impuesta a los tribunales en el inciso 3 del N° 3 del art. 41, la cual no figuraba en el Acta N° 4, sino que viene a aparecer en el proyecto Ortúzar y se mantiene en el informe del Consejo de Estado y en el texto sometido al plebiscito.

30. El criterio fundamental que ha de presidir la interpretación del inc. 3 del N° 3 del art. 41 de la Carta Fundamental ha de centrarse, a nuestro juicio, en el reconocimiento de su carácter excepcional, en cuanto restringe el llamado que ella misma formula, sin duda, específicamente, sobre todo a los propios tribunales, de admitir en los estados excepcionales sólo a medidas adoptadas “por la autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley”, como expresa respecto del recurso de amparo, o “con sujeción a la Constitución o a la ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rigen dichos estados, han podido suspenderse o restringirse”, como dispone en cuanto al recurso de protección.

Contempla, pues, la regla en análisis una excepción que como tal ha de sujetarse a su letra restrictivamente.

El régimen de los estados de excepción concede facultades claramente regladas; la excepción es, pues, la discrecionalidad que ha de limitarse a la esfera en que ha sido consagrada por el precepto en examen.

31. La prohibición se refiere a “entrar a calificar los fundamentos de hecho” de la medida administrativa.

La prohibición no se extiende evidentemente a la determinación de la efectividad del *hecho mismo* que sirve de fundamento al acto de autoridad, puesto que, si en verdad tal hecho no ha existido en su realidad y circunstancias determinantes, los tribunales, al desconocer la juridicidad de la medida, no se exceden de su función propia, sino que se limitan precisamente a realizarla. La calificación que los tribunales deben respetar, y no pueden modificar, es la que haya efectuado la autoridad en el supuesto de la realidad y características de los hechos que le sirven de base. Si el hecho no ha sucedido, o ha ocurrido de modo totalmente diverso a como la autoridad lo conoce o describe, o ha intervenido en él persona distinta a la que sufre la medida, ésta carece de valor jurídico.

La interpretación que sostenemos concuerda con la que propugna el profesor Soto Kloss en el profundo estudio ya citado.

Citemos algunas de sus afirmaciones coincidentes con las nuestras:

“Podrá también el tribunal determinar . . . además, si existe o no el hecho invocado como fundamento del acto, pues tal hecho es el que va a llevar a actuar a la autoridad y adoptar una determinada medida . . . Si existen tales hechos o no, si posee motivo el acto o no es algo que no ha sido excluido de la revisión judicial por el constituyente; pretender excluir ello de la referida revisión habría sido no sólo insensato sino irracional, pues significaría pretender otorgar juridicidad al puro capricho arbitrario, o aun irracionalidad de la voluntad del jerarca, quien podría dictar así medidas sin que existan los hechos que le sirven de fundamento” (p. 443).

32. El N° 7 del mismo artículo 41 dispone:

“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 N° 3 de este artículo”.

¿Qué alcance tiene la frase final del precepto transcrito?

Para comprenderlo hay que tener presente que el N° 3 del mismo art. 41 en sus dos primeros incisos contiene un llamado a que las medidas se mantengan en el marco constitucional, en tanto que en su inciso tercero se consigna la prohibición de calificar que estudiamos.

La referencia ha de entenderse, pues, hecha a los dos primeros incisos y con el laudable objetivo de ratificar ese presupuesto de juridicidad, al cual ahora añade el marco del tiempo y el de la necesidad.

La referencia del N° 7 al N° 3 no puede aludir, si se mantiene la claridad conceptual, a la regla de excepción contenida en su inc. 3°. Si así hubiera querido disponerse habría debido remitirse directamente sólo al inciso 3°. En el terreno de la lógica no hay contradicción, por otra parte, entre la prohibición de calificar consignada en el inc. 3° y la voluntad constitucional de exigir que las medidas rijan dentro de la vigencia de los estados y se apliquen sólo “en cuanto sean realmente necesarias” y de modo que si la referencia se hubiera dispuesto en cuanto al inc. 3° la redacción propia no sería la de “sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 3”.

33. El constituyente, después de haber prohibido a los tribunales que califiquen el fundamento de hecho de las medidas administrativas, en el inciso tercero del N° 3 del art. 41, les ordena, en el N° 7 del mismo art. 41, que las confirmen sólo si se hayan dispuesto “en cuanto sean realmente necesarias”.

¿Necesarias en relación a qué?

Sin duda, en orden al objetivo por el cual las permite el constituyente consagrado en el fundamento de la declaración del respectivo estado excepcional.

Si la medida aparece, por ejemplo, inspirada en motivos de interés privado o aun de interés público totalmente ajeno a la causa de la declaratoria del estado excepcional, no podrían aceptar los tribunales que la autoridad administrativa la haya considerado “realmente necesaria” en el ejercicio de su facultad.

Nos es grato coincidir una vez más con el profesor Soto Kloss.

Procede sustentar que el requisito de ajustarse la medida al objetivo que persigue de manera de justificarla sólo si es realmente necesaria debe ser controlado por los tribunales sin estimarse que por ello entra a calificar los fundamentos de hecho que ha tenido la autoridad.

“La proporcionalidad del objeto indica más bien —según opina concordantemente el profesor Soto Kloss en la obra indicada— la razonabilidad de la medida en cuanto proporcionada como medio apto, necesario, para obtener el fin previsto, esto es adecuación de medio a fin”. “Sólo se aplicarán en cuanto sean realmente necesarias” dice el texto aludido, vale decir, en cuanto tales medidas conduzcan como instrumento apto para conseguir el objeto que el Derecho les ha asignado... Aún si se admitiera que esa razonabilidad o proporcionalidad del objeto entrare en los “fundamentos de hecho”... ocurre que de igual modo puede controlarse judicialmente el acto que adoleciere de desproporción en cuanto al objeto, ya que si bien no cabe al juez entrar a calificar

los fundamentos de hecho del acto, sí le cabe conocer su juridicidad respecto al fin (que no le ha sido vedado) y obviamente respecto de la competencia" (págs. 445-446).

34. *La norma 24ª transitoria*

Durante el período que la Constitución de 1980 define como transitorio, según su regla 13ª de ese carácter, en virtud de la que lleva el N° 24 de esa misma índole, y "sin perjuicio de lo establecido en los dos artículos 39 y siguientes sobre estados de excepción...", permite al Presidente de la República declarar que se han producido 'actos de violencia destinados a alterar el orden público' o hubiere peligro de perturbación de la paz interior".

Formulando tal declaración el Presidente tiene, por seis meses renovables, las facultades que menciona, las cuales "ejercerá mediante decreto supremo firmado por el Ministro de Interior, bajo la fórmula Por orden del Presidente. 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".

Se ha pretendido deducir del precepto que acaba de transcribirse que, en relación con los actos de autoridad dispuestos sobre la base de la declaración de perturbación o peligro, formulada conforme a la regla 24ª transitoria, no podrían deducirse los recursos de amparo o protección que procedieren según la índole de la garantía afectada.

Deducir que, conforme al texto, al no ser las medidas susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la propia autoridad que las ha dispuesto, quedarían prohibidos los recursos de amparo o protección, equivaldría a entender que el constituyente autoriza la más completa arbitrariedad en el uso de las facultades otorgadas al Jefe del Estado.

Cabe recordar, desde luego, que, conforme al artículo final de la Carta, "la presente Constitución entrará en vigencia seis meses después de ser aprobada mediante plebiscito", con excepción de las disposiciones que indica, entre las cuales no se encuentran los arts. 20 y 21 que establecen los recursos de amparo y protección, y que no figura tampoco entre las reglas transitorias norma alguna que quite expresa vigencia a la consagración permanente de tales recursos.

Debe observarse, en seguida, que las medidas que no serían susceptibles de recurso alguno, salvo de reconsideración ante quien las dicta, son las que se adopten *en virtud* de esta disposición.

¿Podría sostenerse que el control de juridicidad, relativo a si la medida ha sido adoptada "en virtud" de la norma, queda librado a la apreciación exclusiva y excluyente de la propia autoridad que la ha dictado?

La respuesta afirmativa importaría sustentar que no se contempla ningún control de juridicidad del acto administrativo. Debe éste respetar sin duda, a nuestro juicio, tanto las bases de la institucionalidad contenidas en el capítulo 1 de la Carta como todas las demás reglas generales a que debe ceñirse y las especiales que representan los supuestos específicos indicados respecto de la institución concreta autorizante de la medida.

Obsérvese, en relación con los requisitos impuestos por la misma regla 24ª transitoria, que es posible plantear el debate judicial, por ejemplo, sobre si la declaración de peligro o perturbación se ha dictado; si ella emanó del Presidente de la República, a través de una decisión de pleno valor jurídico; si está

vigente el plazo constitucional; si la medida ha sido dictada con la formalidad exigida por el constituyente; si compromete alguna de las libertades comprendidas en el marco del estado excepcional, etc.

¿Es concebible impedir el conocimiento y decisión por los tribunales de tales cuestiones?

Por otra parte, si la norma 24ª transitoria se explica cuando se han producido actos de violencia o destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interna, ¿sería concebible que la justicia estuviera impedida de desconocer valor a una medida que claramente pareciera inspirada en razón de interés privado o de interés público completamente ajena a esos valores colectivos?

Se dirá que el texto constitucional es categórico para no aceptar otro recurso que el de reconsideración ante la misma autoridad administrativa.

En el afán de armonizar el texto con la voluntad de no consagrar la total arbitrariedad a través de él, puede contestarse que, desde el punto de vista doctrinario, los llamados "recursos" de amparo o de protección, a pesar de su mención con tal calidad, no revisten propiamente ese carácter, sino el de acciones destinadas al resguardo de las libertades que garantizaban, ya que el concepto de "recurso" supone un procedimiento en que es parte quien lo formula, en tanto que los llamados recursos de amparo o protección tienen cabida al margen de todo proceso y aun, sobre todo el de protección, incluso sin que se mencione o conozca legítimo contradictor.

La armonía que es necesario encontrar en el contexto de una Ley Fundamental —y que se impone buscar cuando se pretende deducir de la letra de un precepto una conclusión incompatible con la subsistencia del Estado de Derecho que ella tiene por razón imponer— se halla, a nuestro juicio, en entender que lo que la cuestionada regla transitoria niega es todo recurso de carácter administrativo, salvo el de reconsideración ante la autoridad que dictó la medida, o sea, prohíbe a todo otro órgano modificarla o revocarla.

La regla 24ª transitoria no puede interpretarse como que prohíbe a la magistratura judicial el control de juridicidad de la medida misma que le permita tan sólo desconocer su valor por no ajustarse al marco en que está reglada o es permitida su discrecionalidad.

La interpretación propugnada es la que se debe ir imponiendo en la jurisprudencia de nuestros tribunales, porque nos parece ser la única compatible con la misión del Poder Judicial.