

EL PODER JUDICIAL CHILENO Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

LAUTARO RÍOS ALVAREZ
Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Dercho y Ciencias Sociales
Universidad de Valparaíso

INTRODUCCION

Así como en la base de la vida civilizada está la potestad suprema de decisión de los conflictos jurídicos entregada al Poder Judicial del Estado, así también en la base de toda convivencia humana se encuentra la protección eficaz de los derechos fundamentales.

No se trata de dos requerimientos más o menos indispensables ni más o menos relacionados entre sí.

El despojo de la facultad de autotutela de los derechos de cada uno, que justifica el deber del Estado hacer justicia, requiere de jueces libérrimos, sometidos únicamente al derecho y a su recta conciencia y exige, asimismo, un desempeño imparcial de la magistratura, que no mire ni deba mirar a quién pide justicia ni a quién ella corresponde ni contra quién se pronuncia. A mi juicio, las bases fundamentales de la administración de justicia no son entre doce y dieciséis como señalan algunos tratados de derecho procesal; son solamente tres: la independencia, la imparcialidad y la responsabilidad de cada tribunal.

Sin independencia o sin imparcialidad no puede haber justicia. Sin aquélla, ésta se transforma en la consagración jurídica ritual del abuso o la arbitrariedad de un dominador externo. Sin imparcialidad, la justicia se transforma en la mayor abyección que sea concebible: la manipulación del derecho y el abuso del poder jurisdiccional con un propósito contrapuesto con los fines de ambos. Sin responsabilidad, la tarea de juzgar —como la de cualquier otro poder irresponsable— degenera en tiranía.

Jueces que no sean realmente imparciales, independientes y responsables no son compatibles con un Estado de Derecho.

Pero, también, jueces que no sean imparciales ni se sepan independientes, desfallecerán de impotencia frente a su más alta y delicada misión: la tutela de los derechos Humanos.

Porque, a diferencia de los asuntos judiciales que acaecen ordinariamente en la vida civil y que, en su inmensa mayoría, se suscitan entre particulares, la violación de los derechos humanos más fundamentales proviene —por lo general— de órganos de poder provistos de una autoridad irresistible para sus víctimas, que sólo un Poder Judicial auténtico —esto es, independiente, imparcial y consciente de sus responsabilidades— puede evitar o restablecer.

Hablar pues de la protección de los derechos humanos (DH) significa, sin duda, referirse a una conciencia social despierta acerca de la dignidad de la persona humana; significa también la voluntad sincera, de quienes ejercen el poder, de respetar tales derechos; pero significa —sobre todo— la toma de conciencia del Poder Judicial de ser, en definitiva, el único custodio eficaz, al mismo tiempo que el principal responsable de la vigencia o de la vulnerabilidad de los derechos humanos.

En este trabajo procuraremos levantar el catálogo de las inhibiciones que más frecuentemente han paralizado la acción de los tribunales de justicia de Chile en la protección de los derechos humanos. Naturalmente, las que podríamos denominar inhibiciones internas del sistema, se han visto sobrepasadas por las agudas presiones e impedimentos externos, provenientes del régimen autoritario implantado en Chile a partir del 11 de Septiembre de 1973.

Creemos que la casi totalidad de ambos tipos de factores debieran haber quedado desactivados a partir de 1990. Los primeros, en virtud de las reformas constitucionales; los segundos, por la reanudación del estado de derecho.

Pensamos que la principal tarea consiste en asumir los profundos cambios conceptuales contenidos en la Constitución de 1980 y en su reforma de 1989; los que por mucho tiempo quedaron delegados a una simple cobertura semántica que ahora puede emerger, en democracia, en toda su estatura y trascendencia.

De allí que la segunda parte de este trabajo esté especialmente destinada a destacar el nuevo marco constitucional del Poder Judicial, su deber de promoción de los derechos fundamentales y las herramientas formidables que pone en sus manos la Constitución para realizar en plenitud su misión dignificante de la condición humana.

I. COMPORTAMIENTO HISTORICO DEL PODER JUDICIAL CHILENO ANTE LOS DERECHOS HUMANOS (D. H.). SITUACION ACTUAL

1. El comportamiento histórico de la Judicatura frente a los DH ha estado condicionado —entre otros— por dos factores directamente determinantes: la conciencia cultural chilena prevaleciente en cada período de la vida nacional —“cultura jurídica externa”¹— y el instrumental jurídico puesto a disposición del Poder Judicial para hacer efectivo el postulado de su rol protector de los DH.²

2. Los DH como conciencia ética de cada pueblo, adquieren vigencia sólo en el momento de maduración de esa conciencia; es decir, cuando ella es asumida con generalidad y convicción. Así, durante todo el siglo pasado, se negó a la mujer sus derechos políticos. En las Actas de la Constitución Política de 1925 se siguió considerando peligroso e indignificante mezclar a la mujer en la lucha electoral³. Sólo el año 1934 se le permitió participar —equiparada a los extranjeros— en los comicios municipales⁴; y sólo en 1949 adquirió la plenitud de esos derechos⁵. Así —en otro aspecto substancial— la conciencia de la *dignidad humana*, sólo aflora en la cultura jurídica después de terminada la Segunda Guerra Mundial. Así —por el contrario— aún no se adquiere conciencia de la marginación brutal que se ejerce sobre todo ser humano a quien se niega el derecho al trabajo.

3. La consideración que antecede tiene importancia en cuanto *no es imputable* a los jueces la falta de gravitación cultural de determinados derechos, o del modo efectivo de protegerlos. En este segundo aspecto, formó parte —incluso de la “cultura jurídica interna”⁶— la convicción de que los derechos sociales —protección de la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo, a la seguridad social y a la vivienda, entre otros— no podrían ser dotados de una acción eficaz para exigirlos y es por eso que no se les ampara con el recurso de protección.

¹Ver Agustín Squella, “La Cultura Jurídica Chilena”, C. P. U., Stgo., 1988, 30.

²Este postulado tiene antigua vigencia constitucional. El art. 116 de la C. Pol. de 1823 decía: “El poder Judicial *protege los derechos individuales* conforme a los principios siguientes...”.

³Ver Guillermo Guerra: “La Constitución Política de 1925”, 81 ss. y 496 ss.

⁴Ley Nº 5.357 del año 1934.

⁵Ley Nº 9.292 de 1949.

⁶Ver nota 1.

4. En cambio, la Judicatura sí es responsable por la no utilización o por la utilización insuficiente e inadecuada de los instrumentos jurídicos puestos a su disposición para proteger los DH.

Entre estas deficiencias históricas destacan:

4.1. La falsa percepción de la atribución general de competencias del art. 5º del Código Orgánico de Tribunales (COT).

4.2. El carácter difuso y reticente con el que se asumen las facultades conservadoras atribuidas a los tribunales en el art. 3º del COT.

4.3. La creencia —que caracterizó a varias generaciones de magistrados— de que la Constitución es un programa y que es sólo la ley que la desarrolla la que vincula al juez. Esta creencia encuentra particular arraigo tratándose de los D. H., por la aparente falta de vinculación pasiva de los obligados a representarlos, especialmente si son órganos de poder⁷.

4.4. La interpretación inhibitoria dada al art. 4º del COT, en relación con los actos de otras autoridades.

4.5. La negativa —declarada en muchos casos judiciales— a conocer de los asuntos contencioso administrativos, por supuesta falta de competencia, aun cuando los actos impugnados vulneren los DH.

4.6. Su inclinación prevaleciente a favorecer los actos de autoridad sobre las garantías de los derechos constitucionales; posición que se torna crítica en los estados de excepción.

4.7. La falta o insuficiencia del control judicial sobre los actos discrecionales.

4.8. La falta de respeto —al interior de la Judicatura— por independencia subjetiva de los jueces.

4.9. La aceptación de la magistratura de organismos como la Dina y su sucesora, la CNI y de diversos órganos institucionales de las FF. AA. que —más allá de sus operaciones de Inteligencia— han practicado impúnemente funciones policiales y represivas y que, muchas veces, han negado abiertamente su cooperación a los tribunales de justicia en la investigación del atropello de los DH.

5. Competencia general del art. 5º inc. 1º del COT

Con respecto a este punto, algunos jueces tienen la falsa percepción de que “los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones” son sólo aquellos que se enumeran en el listado correspondiente a su categoría en los Títulos II al VI del Código Orgánico de Tribunales sin percatarse la cláusula general de

⁷Ver “La Cultura Jurídica... cit., 10ª hipótesis, 44.

competencia que a cada tribunal ordinario atribuye el art. 5º del Código Orgánico de Tribunales^{7bis}.

Esta prerrogativa general de conocer de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, se transforma en responsabilidad ministerial frente al derecho a la tutela judicial establecido en el art. 19 N° 3 de la Constitución Política, consistente en la seguridad que ésta otorga a todas las personas de “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”; protección encomendada al juez.

La falta de asunción de esta competencia general llevó en el pasado a fallar que “Es inaceptable admitir que de la disposición del artículo 5º se desprenda la competencia ilimitada de la justicia ordinaria para conocer de materias contencioso-administrativas. Ello, porque el legislador no empleó el concepto “orden temporal” como sinónimo de “orden patrimonial”, sino en el sentido propio que le atribuye el léxico, esto es, de “secular” o “profano en oposición a religioso, vale decir, lo civil o temporal en contraposición a la jurisdicción de la Iglesia”⁸. Lo que induce a pensar que una contienda contra la Administración no sólo estaría dentro de la competencia de los tribunales sino que sería equiparable a un asunto de la jurisdicción eclesiástica...

6. *El uso de las facultades consevadoras*

O estas facultades son prerrogativas que habilitan a los tribunales para tomar medidas efectivas —como, por lo demás, ocurre con el ejercicio de las facultades disciplinarias y económicas que también incluye el art. 3º del Código Orgánico de Tribunales— o carece de sentido referirse a ellas como una misión difusa que los tribunales a veces mencionan en sus fallos pero que adolecen de falta de fisonomía jurídica —como los “writs” o los “mandamus” del derecho anglosajón— y, por ende, de concreción real.

7. *La Constitución como ley aplicable*

En relación con este punto, un solo ejemplo resulta ilustrativo. El art. 20 de la Constitución de 1925 estableció con rango supremo el derecho a ser indemnizado por los perjuicios derivados en un procesamiento penal injusto. El legislador no dictó la ley de desarrollo del precepto pero el derecho subjetivo estaba expresa y

^{7bis}El art. 5º del COT, cuya redacción original provenía de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, ha sido modificado por la Ley N° 18.969 (D. O. del 10-III-1990).

⁸Ver C. Sup., 9-I-1964; R. D. J., t. 61, secc. 1ª, 7.

nítidamente consagrado en la Carta Fundamental. La Judicatura, en lugar de cumplir su trascendente rol de creadora del Derecho (no olvidemos el rol de la jurisprudencia creativa en el derecho anglosajón —al más alto nivel normativo— de un derecho público subjetivo, y en el principio de inexcusabilidad que *la obliga* a actuar su competencia aún a falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión⁹), prefirió ampararse en la improcedencia de la reclamación entretanto no se dictara la respectiva ley¹⁰.

8. Interpretación inhibitoria del art. 4º del COT

Por lo que concierne al efecto paralizante que en la judicatura ha producido el art. 4º del Código Orgánico de Tribunales y el lamentable uso de la expresión “mezclarse”, basta confrontar algunas sentencias judiciales con la percepción que ahora tenemos de las mismas materias después de la instauración del recurso de protección, que ha dotado a algunos derechos de una acción procesal que los ha situado en una nueva óptica, pero que ciertamente no ha vuelto al revés nuestro sistema jurídico sustantivo.

Se ha fallado que “no es admisible, en razón de una incompetencia absoluta, que el Poder Judicial se inmiscuya en la calificación de la legalidad o ilegalidad de los actos en los cuales la administración del Estado, ejercida por el Presidente de la República, obra en virtud de su poder de mando. Tales actos, de poder público o de autoridad, quedan *fuera del derecho común*”.

Que “si bien el Presidente de la República está obligado a someterse a las leyes en la ejecución de tales actos, de este solo principio constitucional no es posible colegir la facultad correlativa de los tribunales ordinarios para prever su ilegalidad y pronunciarse acerca de sus efectos, toda vez que la jurisdicción y la competencia son instituciones de derecho público cuyo reconocimiento requiere una ley expresa que los establezca y en esta materia no sólo no existe ley sobre el particular, (¿y el art. 4º - C Pol. 1925?) sino que, por el contrario, el art. 4º del Código Orgánico de Tribunales prohíbe dicha intervención”¹¹.

Se ha sentenciado, fundándose en el art. 4º COT que “La justicia ordinaria es incompetente para conocer de la legalidad o ilegalidad de un decreto

⁹Ver texto del art. 10 inc. 2 del C. O. T., que es idéntico al mismo precepto de la Ley de Org. y Atribuciones de los Tribunales de 1875.

¹⁰Ver sentencias C. S. de 3-VIII-1932, R. D. J. t. 30, s. 1ª, 549; de 27-X-1941, R. D. J. t. 39, s. 1ª, 501 y de 20-IV-1943, R. D. J. t. 40, s. 1ª, 516.

¹¹C. Sup. 9-I-1964; R. D. J. t. 61, s. 1ª, 7.

del Presidente de la República en el cual este funcionario, en uso de sus atribuciones especiales, declara cesante a un empleado público y para reponerlo en su puesto”¹².

Y se ha resuelto que “Los tribunales ordinarios son incompetentes en forma absoluta para conocer y decidir un asunto en que se demanda que se declare ilegal del decreto supremo que disuelve una sociedad cooperativa y designa una comisión de tres miembros, los cuales, en el carácter de mandatarios de dicha cooperativa, liquidarán el activo y pasivo de ésta”¹³.

Bajo la nueva perspectiva del citado recurso de protección, que el ordenamiento aparece dotando de defensa jurídica reforzada a los titulares de ciertos derechos, sea de donde sea que provenga el agravio, parece más claro advertir que, cuando un acto arbitrario o ilegal de la autoridad viola un derecho público subjetivo, es esa autoridad la que irrumpe en un campo vedado —el de la inviolabilidad de tales derechos o, lo que es lo mismo, el de su libre ejercicio legítimo— que al poder judicial incumbe custodiar.

Esta perspectiva estuvo siempre latente en la relación derechos subjetivos-activos violatorios de la autoridad. Fue la Judicatura chilena la que no logró establecerla como una posición generalmente aceptada. Y en este aserto, es pertinente la consideración de que el recurso de amparo argentino —equivalente a nuestro recurso de protección— fue obra de la jurisprudencia, antes de ser incorporado a la legislación.

9. *Supuesta incompetencia en materias contencioso-administrativas*

Con respecto a aquellos jueces que —no obstante reconocer la existencia de una materia contencioso-administrativa y la inexistencia de los tribunales especializados en su juzgamiento— se negaron a conocer de ellas bajo el pretexto de su incompetencia, existe aquí un caso manifiesto y generalizado de dimisión jurisdiccional cuyos perniciosos efectos —denegación de justicia, falta de jurisprudencia, ausencia de leyes en esa área— se han prolongado por más de seis décadas.

La tendencia positiva, encaminada a reconocer en estos asuntos, materias sometidas a la jurisdicción de los tribunales ordinarios¹⁴, no ha sido progresiva, sino que —por el contrario— acusa notorias regresiones. Así, por ejemplo, en 1981, la Corte Suprema ha declarado —contradiciendo su línea culminante en 1973¹⁵— que

¹²C. Sup. 8-VII-1919, R. D. J. t. 17 s. 1^a, 319.

¹³C. Sup. 9-I-1964, Fallos del Mes N^o 62, 309.

¹⁴C. Sup. 22-VII-1954, R. D. J. t. 51, s. 1^a, 387; 16-VI-1964: R. D. J., t. 61, s. 1^a, 358; 5-IX-1973: R. D. J., t. 70, s. 1^a, 66; y 31-X-1973: R. D. J., t. 70, s. 1^a, 78.

¹⁵Ver Discurso inaugural del Año Judicial del 1^o-III-1973 del Presidente de la Excma. Corte Suprema Dn. Enrique Urrutia M.

“el hecho de que los tribunales administrativos no existan, no autoriza a los tribunales ordinarios para avocarse al conocimiento de las causas contenciosas administrativas, toda vez que la propia Constitución Política prohíbe a toda magistratura arrogarse otra autoridad o derecho que los que expresamente le hayan conferido las leyes”¹⁶.

Con fecha 6 de marzo de 1989, la Excma. Corte, en sentencia de casación de forma y de fondo dictada en el proceso Rol N° 19.685, estableció que “En lo referente a la infracción del art. 5° del COT, debe estarse a lo considerado precedentemente (sólo excepcionalmente la ley otorga competencia contencioso-administrativa a la justicia ordinaria), toda vez que el ámbito jurisdiccional que él contempla se excluye la competencia en las materias denominadas contenciosas administrativas”. Ambas tesis están desarrolladas en los considerandos 7º, 8º, 12º y 13º del fallo, y reiteradas luego en el Considerando 16º.

10. *Desamparo de las libertades públicas frente a actos violatorios de la autoridad*

Puede afirmarse con certeza que un examen panorámico a la posición de los tribunales frente a los actos de autoridad que amagan las libertades públicas, reflejan el respaldo histórico del Poder Judicial a la autoridad del Ejecutivo, sin que en general se advierta una seria preocupación por someter a riguroso control judicial los elementos susceptibles de ilegalidad o de arbitrariedad de tales actos.

La renuncia a efectuar este control ha sido más evidente durante la vigencia del régimen militar. En este período se ha llegado a la adyacencia total del poder jurisdiccional —salvo honrosos votos disidentes y escasísimos fallos excepcionales— frente a la aceptación liberal de la Disposición Transitoria 24ª que estableció que las medidas que se adoptaran en virtud del estado excepcionalísimo del Ejecutivo, eran insusceptibles de recurso alguno.

En la generalidad de los casos en que se ha ejercitado el control judicial, tratándose de medidas adoptadas en los demás estados de excepción (en los que se vivió ininterrumpidamente al rededor de quince años), ese control ha sido formal y aparente, llegando a hacerse sacramental la fórmula utilizada para rechazar los respectivos recursos, “por tratarse de una medida autorizada por la ley, por haberse dictado durante un estado de excepción, por la autoridad competente y con las formalidades legales”. Acerca de la existencia de los motivos, de la proporcionalidad de medidas que a veces se han adoptado contra menores de edad o de su contenido violatorio de los DH, sólo se conocen sentencias excepcionales, casi

¹⁶C. Sup.: 16-VII-1981; Fallos del Mes N° 272. 287.

todas revocadas por la magistratura superior. En esta materia, la Corte hasta ha sufrido y tolerado la humillación de ver burlada su decisión suprema. En enero de 1984, la Corte acogió un recurso de amparo respecto de 25 personas expulsadas del país, ordenando que se dictara la resolución administrativa que autorizara su regreso y dando a la autoridad un plazo de tres meses para cumplir la medida. Llegando al término del plazo, el Gobierno dictó dos decretos: uno, autorizando el regreso y, el otro, reiterando la expulsión de los amparados en virtud del nuevo estado de excepción vigente...¹⁷.

La comunidad nacional ha asistido en estos últimos años a la desalentadora experiencia de comprobar que el Poder Judicial —en lugar de garante y supremo guardián de los DH— pudo convertirse en el cuerpo legitimador de su reiterado atropello por la autoridad gubernativa. Este desaliento ha llegado a ser motivo de escándalo cuando los escasos magistrados que tuvieron la entereza de otorgar la protección debida a tales derechos, vieron revocadas sus sentencias, a veces hasta por la vía de la queja, a veces por la unanimidad de los magistrados del tribunal superior, a menudo sin que se indicaron los fundamentos de la decisión revocatoria e incluso —en ocasiones dolorosas— a través de fallos escarnecedores.

11. Falta o debilidad del control de las potestades discrecionales

En lo tocante a la percepción de los llamados “actos discrecionales” que puedan agraviar los D. H., y a su posible control, existe la generalizada tendencia a creer que tales actos (malamente denominados así pues siempre existen en ellos elementos reglados susceptibles de fiscalización) se encontrarían excluidos de la vía judicial¹⁸.

No conocemos potestades discrecionales más amplias que las concedidas al Presidente de la República por la Disposición 24^a. Transitoria de la Constitución Política. Sin embargo, cuando a la Excm. Corte le pareció excesiva la arbitrariedad de la supresión de la Revista “Apsi”, en virtud de este precepto, aun cuando la medida no era susceptible de recurso alguno, sometió a control los motivos —que están reglados en la letra b) de la disposición— y estableció que “Apsi” no era una “nueva publicación”, y el contenido de la medida, que consistía en *prohibir* una publicación cuando el precepto habilitante sólo autorizaba a “restringirla”¹⁹.

¹⁷C. Sup.: 30-I-1984; Fallos del Mes N° 302. 882.

¹⁸Ver L. Ríos: “Los Poderes Discrecionales”, en la Revista de los Jueces, 1988 y también en “Revista de Ciencias Sociales”, N° 22, Edeval, 1983. Ver, también, “La Disposición 24^a. Transitoria y el Estado de Derecho”, en Rev. de Derecho, U. Católica de Valparaíso, Vol. VI, 1982. 255.

¹⁹C. Sup.: 5-I-1983; Fallos del Mes, N° 290. 255.

Esto demuestra que el Poder Judicial, cuando decide asumir su rol protector de los derechos humanos frente a los abusos de poder de la autoridad, es capaz de asumir el control de la discrecionalidad e —incluso— de remontar la virtual prohibición de conocer el asunto.

12. *Respecto a la independencia de los jueces*

Por cierto, existe una falla en la correcta apreciación de la jerarquía judicial, que atenta contra la independencia subjetiva de los jueces para seguir —en ésta y en otras materias— el dictado de su conciencia jurídica, que puede situarse en una línea concordante o en abierta y legítima discrepancia con la de los tribunales superiores.

Desde el punto de vista de su condición de magistrados, todos los jueces son *igualmente independientes e igualmente respetables*. A diferencia de la jerarquía administrativa, que implica mando del superior y obediencia del subordinado, cada juez sólo debe sometimiento a la ley y a su conciencia jurídica como intérprete en su aplicación; y ningún magistrado, por alta que sea su investidura está legitimado para influir en la decisión del inferior, ni para indicarle cómo debe fallar ni —muchísimo menos— para escarnecerle, al modificar o revocar su decisión, por su manera de entender la ley y de aplicarla.

Por otra parte, es absolutamente irregular que la línea jurisdiccional de un juez pueda ser un elemento de su calificación. En el antiguo Código Orgánico de Tribunales la calificación se hacía en base a tres factores: eficiencia, celo y moralidad²⁰. No nos corresponde enjuiciar los criterios en vigor, ni el carácter secreto de las calificaciones, ni la falta de fundamento con que se notifican las calificaciones desfavorables. Pero creemos, sobre la base de situaciones que no es preciso detallar, que la falta de respeto a la libertad e independencia subjetiva de los jueces —que conforman el núcleo de su dignidad de magistrados— les ha coartado, en numerosas ocasiones para asumir posiciones que hubieran considerado más justas y apropiadas frente a los Derechos Humanos, pero demasiado riesgosas para su futuro en la Carrera Judicial.

13. *Benevolencia hacia organismos infractores de los DH*

Acerca de las labores represivas de la Dina y la CNI y de organismos de inteligencia dependientes de las FF. AA. y de Orden, como el SIM o la DICOMCAR no es preciso extenderse.

²⁰Ver el art. 276 original del COT antes de las profusas modificaciones de la ley 17.590 de 1971 y de los DL 1.188, 1.682, 1.685, 2.416, 2.876, 3.637 y por la ley 18.299 de 1984.

Estos organismos, repudiados por la conciencia jurídica nacional e internacional por la práctica de la tortura y por su probada participación en asesinatos políticos dentro y fuera de país; por sus cuarteles e instrumental conocidamente dedicados a estas prácticas aberrantes, no habrían podido desarrollar sus tareas con la libertad y la impunidad con que lo hicieron si no fuera por la actitud débil y tolerante del Poder Judicial, no obstante la posición de desacato o desobediencia en que incurrieron en numerosas ocasiones frente a órdenes y a inspecciones judiciales frustradas por ellos, y pese al dictamen de inconstitucionalidad de estos organismos emitido por la Fiscalía de la Corte Suprema^{20bis}.

14. La visión sinóptica de la situación actual de los DH, que incumbe a la primera parte de nuestro trabajo no quedaría completa, sin alguna cuantificación de las violaciones a tales derechos, acaecida durante el régimen militar y sin la cualificación de la actitud asumida por la Judicatura frente a esta violación masiva, manifiesta y sistemática.

Para lo primero, agregamos el Apéndice I con una estadística que nos ha sido proporcionada por la Vicaría de la solidaridad, organismo dependiente del Arzobispado de Santiago.

Para lo segundo, agregamos como Apéndice II el texto de las resoluciones adoptadas por el Congreso Nacional del Colegio de Abogados de Chile —celebrado en Julio de 1986— en dos materias atinentes al tema: “Vigilancia y Protección de los Derechos Humanos” y “El Estado de Derecho y la Administración de Justicia”*.

Con todo, es pertinente recordar que las violaciones a los DH no se miden en el número de recursos o de procesos que se tramitan ante los tribunales. Los más generalizados atropellos a la condición humana no trasponen las puertas de los tribunales.

Mientras en Chile haya 5.000.000 de pobres, 36% de los cuales viven en condiciones de extrema miseria; mientras cerca de dos millones de nuestros hermanos padezcan el hambre y la desnutrición, mientras vivan hacinados y desprovistos de condiciones higiénicas mínimas, mientras muchas compatriotas nuestras deban practicar la prostitución para sobrevivir y sufran el riesgo de violaciones y malos tratos, no podemos decir que en nuestra Patria se resolvió el problema de los herechos humanos.

^{20bis} Ver Dictamen Nº 131 del 29-VII-1982 del Fiscal Dn. Gustavo Chamorro Garrido; recaído en el proceso Rol Nº 15.953 por inaplicabilidad.

*NR. Los Apéndices a que se hace referencia no han sido incluidos por el autor en los originales enviados a esta Revista.

II. BASES CONSTITUCIONALES PARA UN NUEVO COMPORTAMIENTO DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LA PROTECCION DE LOS D. H. PROPOSICIONES

15. En nuestro criterio personal, la protección judicial de los DH supone, básicamente, la existencia de dos requisitos condicionantes: la real vigencia de la igualdad ante la ley y la tutela judicial de esos derechos como un deber y una responsabilidad claramente atribuida a los tribunales de justicia.

Bajo la Carta de 1925 al Poder Judicial no incumbía ningún deber en la promoción de la igualdad jurídica; y la tutela judicial no estaba establecida expresamente, salvo en materia penal, a través de la posición activa del juez. Como luego veremos —aunque no se haya despertado conciencia del cambio— ahora cada tribunal tiene un deber expreso, constitucionalmente establecido, de promover la igualdad —entre otros derechos— y la obligación de prestar amparo a los derechos subjetivos.

16. La Carta de 1980 ha establecido un nuevo marco institucional al Poder Judicial y a sus prerrogativas, al ejercicio de los DH y —particularmente— a los deberes que vinculan a los órganos del Estado en general —y al Poder Judicial con acento específico— al *respecto y promoción* de los DH.

17. La Constitución ha elevado al supremo rango normativo, radicando *exclusivamente* en sus órganos, las tres fases del ejercicio de la jurisdicción; manteniendo —además— las garantías al principio de independencia establecidos en la C. Pol. de 1925. (Ver el Art. 73 inc. 1º C. Pol. 1980 en relación con el art. 1º COT). Lo mismo ha hecho con el principio de inexcusabilidad (Art. 73 inc. 2 - C. Pol., en relación con el Art. 10º inc. 2 COT). Y ha constitucionalizado el imperio de los tribunales en los inc. 3 y 4 del art. 73 (Art. 11 del COT).

18. En cuanto a su elaboración técnico-jurídica, ha sistematizado muy bien los derechos públicos subjetivos, sus garantías y las acciones protectoras directamente instituidas por la Constitución. Entre estos mecanismos destacan:

A) la cláusula general de garantía de la esencia irreductible de los derechos (art. 19 Nº 26), que debe entenderse incorporada en cada numerando del art. 19;

B) La regulación autónoma de la indemnización por error o arbitrariedad judicial, en material penal (art. 19 Nº 7 letra i); y

C) El nuevo recurso o acción constitucional de protección (art. 20).

19. Por lo que respecta a los *deberes de respeto y promoción* de los DH que la Constitución impone a los órganos del Estado —entienda la circunstancia que los tribunales de justicia son también órganos del Estado integrantes de un cuerpo orgánico que es el Poder judicial— importa destacar:

A. Que los deberes de reconocimiento, amparo, servicio y resguardo de la persona humana y de los grupos intermedios que la Constitución asigna al Estado, en su art. 1º, deben entenderse atribuidos a los órganos del Estado.

B. Que la Carta Fundamental establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como *limitación* el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (Art. 5º inc. 2, parte primera).

C. Que a esta declaración, amparada por la supremacía de la Constitución, la reciente reforma de la ley 18.825 ha agregado que “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (Art. 5º inc. 2, parte final), y

D. Que al disponer la Constitución, imperativamente que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” (art. 6º inc. 1º C. Pol.), está explícitamente ordenando a los tribunales de justicia que, al actuar sus competencias en el ejercicio de la función jurisdiccional, deben aplicar la Constitución y las normas dictadas *conforme* a ella; esto es, bajo el prisma de la triple superioridad jerárquica —normativa, interpretativa e integradora— que la Constitución tiene sobre el resto de las normas.

20. En lo que específicamente concierne al P. J., la nueva Constitución por vez primera ha instituido en Chile lo que en otros ordenamientos²¹ y en la doctrina²² se conoce como el derecho a la tutela jurisdiccional o tutela judicial de los derechos.

Ella consiste en que “La Constitución asegura a todas las personas: 3º: la *igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”.

Comentando esta disposición, el comisionado y Prof. Enrique Evans explica: “En consecuencia, si un derecho constitucional no está cautelado por el recurso de protección o su tutela no tiene procedimiento legalmente establecido, de todos modos el afectado puede accionar ante los tribunales. Conforme a las palabras de don Sergio Diez en esa sesión al proponer la constancia, “las personas que tengan conculcados sus derechos” pueden acogerse a los preceptos de la Constitución “directamente, sin que sea necesaria ley alguna” que lo reglamente”.

²¹Ver el art. 24.1 de la Constitución Política española.

²²Jesús González Pérez El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Civitas, Madrid (2ª Ed.), 1989.

“De manera que aquí hay una facultad a los tribunales para otorgar amparo a las personas que tengan sus derechos violados, “aunque no se establezca una competencia específica”, porque se establece un caso “de jurisdicción general de los tribunales de justicia y de obligación” de conocer esa violación”.

Recordemos —concluye Evans— que esta tesis la ratificó la Constitución al incorporar a su texto el principio de la “inexcusabilidad” en el art. 73 inc. 2²³.

La tutela judicial de los derechos cierra el circuito del monopolio de la jurisdicción por el Estado, de la necesaria judicialización de todos los asuntos civiles y penales que se suscitan en un Estado y de la inexcusabilidad de Poder Judicial para juzgarlos.

21. La reforma constitucional plebiscitada en Julio de 1989²⁴, al suprimir en el art. 38 inc. 2 la referencia a los tribunales “contencioso administrativos” —dejándola hecha a los tribunales ordinarios— y al eliminar la oración final del art. 79 inc. 1 que también aludía a los mismos tribunales, zanjó definitivamente una vieja y perniciosa querrela acerca de la pertenencia o exclusión de estos asuntos del ámbito de la jurisdicción ordinaria, cuestión sobre la cual no puede haber en adelante duda alguna.

De cualquiera cuestión o asunto judicial —de naturaleza civil o criminal en la más amplia acepción del universo de ambos términos— que se suscite en el orden temporal dentro del territorio de la República, corresponde conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado, en forma exclusiva, a los tribunales ordinarios de justicia; salvo que ella está expresamente atribuida a otro tribunal instituido legalmente y en funciones.

22. La inclusión natural de los asuntos contencioso administrativos en la jurisdicción ordinaria y, por ende, en la cláusula general de competencia de cada tribunal contenida en el art. 5º del COT, recibe con la Constitución de 1980 reformada, tres refuerzos formidables.

22.1. Cuando los tribunales decidían conocer de la impugnación de un acto de la Administración, a lo más lo privaban de efectos con relación a los derechos subjetivos conculcados, pero no se atrevían —aunque reconocieran su ilegalidad— a declararlo nulo, por entender que este era un efecto propio del

²³Enrique Evans de la Cuadra Los Derechos Constitucionales, Ed. Jurídica de Chile, Sgo., 1986, t. II, 26-27.

²⁴La reforma de la C. Pol. 80 contiene 54 modificaciones introducidas por la Ley 18.825 publicada en el D. O. N° 33.450 del 17-VIII-1989.

proceso contencioso administrativo cuyas cabales consecuencias se resistían a asumir.

Ahora no puede haber duda alguna que, eliminada del ordenamiento la categoría fantasmal de los tribunales contencioso-administrativos, las acciones de esta naturaleza que se ejerciten ante los tribunales ordinarios y las sentencias que se dicten en tales procesos podrán contener el efecto anulatorio y el indemnizatorio, entre otros efectos propios.

22.2. Otra consecuencia directa de la reforma —entendida más bien como la necesidad de los tribunales de revisar su comportamiento jurisdiccional del art. 7º inc. 3 de la Constitución, donde se dispone —precisamente— la *nulidad de derecho público* de los actos de los órganos del Estado que adolezcan de la falta de los requisitos de validez de los incisos precedentes.

Si se acepta que los actos del derecho público están protegidos —como señala unánimemente la doctrina— por una presunción de validez, habrá que convenir que la nulidad de tales actos debe ser declarada judicialmente; y esa declaración corresponde, en general, a los tribunales ordinarios, salvo que la Constitución o las leyes entreguen el conocimiento de la nulidad de ciertos actos a otra magistratura²⁵.

22.3. Por último, en este orden de ideas, está claramente establecido el derecho público subjetivo a la tutela judicial, esto es, el derecho de cada persona a requerir la intervención eficaz de los tribunales cada vez que esté comprometido un derecho o un interés legítimo del requirente (Art. 19 Nº 3 - C. Pol.).

Demás está recalcar que la intervención de los tribunales se impone con mayor fuerza cuando se trata de la violación o amenaza inminente de un derecho fundamental, no sólo por el rango constitucional de éstos sino también por el deber que la Constitución impone a los tribunales de justicia —como órganos del Estado— de respetarlos y promoverlos, como ya dejamos explicado (Art. 5º inc. 2 reformado).

23. Establecido el nuevo marco constitucional en que el Poder Judicial puede desplazarse, y que deja, más que superadas, caducas y obsoletas las antiguas discusiones sobre la unidad y la plenitud que caracterizan a la jurisdicción; establecida la competencia plena de los jueces no sólo en materias contencioso administrativas sino también en cualesquiera clase de actos que adolezcan de vicios de nulidad y sean reclamados por entes o personas provistas de legitimación activa; asegurada la potestad irrestricta de imperio que les incumbe y aclarado su deber de actuar siempre, en defensa de derechos subjetivos y, en especial, de derechos públicos subjetivos que le corresponde respetar y promover, sólo queda por

²⁵La declaración de inconstitucionalidad de un DFL o de un Decreto Supremo, en su caso, son ejemplos de nulidades encomendadas a otra magistratura: ver art. 83 C. Pol.

examinar si los Tribunales disponen de instrumentos eficaces para cumplir su rol de protección jurídica de tales derechos.

En esta línea de análisis, vamos a referirnos a la noción de la “esencia” de los DH; a los Estados de Excepción Constitucional (EEC) y sus garantías; al control de los motivos, entre otros aspectos controlables de los actos de autoridad que afecten derechos constitucionales y a la discrecionalidad y su control judicial.

24. En relación con el *contenido* de los DH, el art. 19 N° 26 establece la prohibición de “afectar los derechos (constitucionales) en su esencia”; y también prohíbe “imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Aunque esta disposición aparece dirigida al legislador, es indudable que hace comparecer la noción de la “esencia” de cada derecho, que es invulnerable y que puede ser utilizada y desarrollada por la jurisprudencia judicial. La esencia del derecho supone un contenido natural, más o menos amplio de cada derecho, susceptible de ser definido y delimitado por la ley. Dentro de ese contenido variable existe, en cambio, un núcleo irreductible que no puede ser tocado sin mutilar el derecho en su esencia²⁶.

Resultan ilustrativas las limitaciones inaceptables que, por vía de ejemplo, señala la Constitución al referirse a la imposición de condiciones, tributos o requisitos que “impidan el libre ejercicio” de tales derechos.

25. Aunque los EEC convocan inevitablemente la idea de una “vulneración legítima” de los DH, ello no es así y —por lo mismo— conviene recordar los aspectos garantistas que les rodean.

25.1. “El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado...” en los estados de excepción (art. 39 C. Pol.).

25.2. En estos E. E. C., sólo *algunos* derechos son susceptibles de *suspensión* o de *restricción*; los demás no expresamente afectables, continúan vigentes y siempre subsiste latente la esencia de todo los derechos²⁷.

25.3. Las medidas que se adopten durante los E. E. C. deben tener una duración determinada y, si no la tienen, no puede prolongarse más allá de la vigencia de tales estados (art. 41 N° 7 C. Pol.). La reforma constitucional eliminó la parte final del art. 41 N° 7 inc. 1, que exigía un acto de contrario imperio para dejar sin efecto, en plazos indeterminados, la expulsión del país o la prohibición de ingreso.

²⁶Sobre la esencia del derecho, ver nuestro trabajo “El Principio Constitucional de la Función Social de la Propiedad”, en R. D. J., t., 84, 1ª parte, 57, punto 3.6.

²⁷La reforma de la ley 18.825 suprimió el inciso 2 del art. 19 N° 26 que, a la no afectación de la esencia del derecho, exceptuaba las normas de los E. E. C.

26. Los recursos de amparo y protección, entre otras acciones que pudieran entablarse, *son perfectamente procedentes* en los EEC, contra medidas dictadas en virtud de ellos, conforme a la nueva redacción del art. 41 N° 3º reformado.

27. Los tribunales no pueden “entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución” (art. 41 N° 3).

Pero pueden y deben, precisamente en protección de los D. H. y del sentido estricto en que operan las facultades excepcionales,

a) Exigir a la autoridad la indicación de tales motivos que sí pueden controlar su existencia y aún su irrazonabilidad si ella es absurda e ingresa al campo de lo arbitrario, vedado a la autoridad;

b) Exigir que la indicación de los motivos del acto que se impugna, sea auténtica e imputable, es decir, que consistan en circunstancias de hecho reales y que provengan del sujeto a quien la medida se impone; y no aceptar que del estado de excepción decretado, o le sean inimputables, como comúnmente se hace o sean ajenas al sujeto cuyos derechos se agravan;

c) En caso de no existir los motivos o de no ser tales los expresados, el respectivo recurso debe ser necesariamente acogido si cumple los requisitos de admisión, pues no cabe imaginar siquiera que puedan vulnerarse los derechos fundamentales por actuaciones públicas carentes —real o procesalmente— de motivos; y

d) Pueden controlar el estricto cumplimiento de las garantías de los derechos afectados —v. gr. la intimación legal del arresto, en caso de detención *que pueden hallarse precisamente cubiertos por el respectivo recurso interpuesto en defensa de ellos.*

28. Con respecto al *ejercicio de potestades discrecionales* que, a menudo, se invoca por la autoridad, en procura de una exención o de una inhibición del control judicial, cabe tener presente:

A. No existen los actos discrecionales. Si bien existe, en todo acto de autoridad, un margen de discrecionalidad, en todo acto de derecho público existen *elementos reglados* susceptibles de control.

B. Entre tales elementos cabe destacar: —la competencia del órgano emisor y su investidura legal; —los motivos del acto, su legalidad y su razonabilidad; —el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley; —la finalidad del acto que debe ser coherente con los fines del órgano y con el propósito de bien público que le corresponde satisfacer (ver nota 18).

C. La potestad discrecional, además de enmarcarse en la ley, debe ejercerse razonable, justificadamente. No puede concebirse que los D H puedan ser violados caprichosa, arbitraria o irrazonablemente.

29. Nuevas acciones establecidas para garantizar la vigencia de los DH

Estas nuevas acciones son seis:

1. La acción contra el acto o resolución de la autoridad administrativa que prive a una persona de la nacionalidad chilena o se la desconozca; y que regula el art. 12 de la C. Pol.

2. El derecho a la tutela judicial del art. 19 N° 3 inc. 1 el cual —desde el punto de vista procesal— dota a cada uno de los derechos públicos subjetivos de la posibilidad de pedir amparo a los tribunales ordinarios cuando cualquiera de estos derechos sufra injusto detrimento.

3. La acción indemnizatoria de los daños patrimoniales y morales que una persona sufra por resolución judicial que la someta a proceso o que la condene en cualquiera instancia y que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria (art. 19 N° 7 letra i).

4. La acción reclamatoria de ilegalidad de un acto expropiatorio (art. 19 N° 24, inc. 3).

5. El recurso de protección del art. 20, con todo su amplio espectro garantista; y

6. El recurso de amparo, en cuanto extiende su ámbito a la perturbación o amenaza (amparo preventivo) de la libertad personal y la seguridad individual.

Lo que importa recalcar, con respecto a la actitud generalmente adoptada hasta ahora por la Judicatura, es la necesidad de un cambio de actitud frente a la violación de los DH. Una gran variedad de casos revisados deja la impresión de que al agraviado, además de probar fehacientemente el agravio, se le exige acreditar su inocencia frente al acto agravante teniendo que probar, además, la ilegalidad o la arbitrariedad del emisor de éste.

La naturaleza inviolable de los DH y el carácter garantista de tales acciones o recursos exige, en cambio que, una vez acreditada una violación e identificado el acto o la omisión que la produce, sea el autor de ellos el que deba justificar la legalidad y la razonabilidad de su conducta hasta tal punto que amerite de un modo indudable la mantención del acto u omisión agravante, si el recurso va a ser rechazado; y, aún en este caso, debe el tribunal, tratándose del rechazo del recurso de protección, dejar abierta la vía —y no clausurada, como a menudo sucede— para la discusión del derecho en un juicio de lato conocimiento que deja expresamente a salvo el art. 20 de la Constitución.

30. *La independencia orgánica del Poder Judicial y la independencia subjetiva de los jueces*

Aunque esta materia no dice relación con los mecanismos jurídicos utilizables en la protección de los DH, conforma, en verdad, el único clima propicio para que esa defensa pueda prosperar.

Atenta, a nuestro juicio, contra la independencia orgánica del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo —del cual proviene la mayor parte de las violaciones de los DH— la circunstancia de que ese poder sea el que prácticamente tenga la llave de la carrera judicial por su intervención decisiva en el nombramiento y el ascenso de los jueces.

Ha sido desalentador, en estos años, para muchos magistrados honestos y meritorios, comprobar que la fidelidad a su recta conciencia ha tenido que pasar por la dura prueba de su estancamiento en la carrera judicial.

31. Por otra parte, un juez no puede vivir sometido a la compulsión de la acogida que tengan sus fallos en el tribunal superior. Cuando este clima se generaliza, naufraga la dignidad del magistrado y el juez termina refugiándose en la posición defensiva del funcionario.

Corresponde principalmente a la Judicatura remover los factores que influyen en esa situación y, de manera específica, el que dice relación con el actual sistema de calificación de los jueces.

32. Es largo y áspero el camino que la magistratura deberá recorrer para recuperar la confianza en el Poder Judicial y hacer de éste la pieza vital que el Estado de Derecho necesita.

Pero tenemos la esperanza de que aquellos magistrados dignos y probos que han sabido resistir la presión y el halago del poder y han dado ejemplo de integridad y testimonio de un espíritu inquebrantable, no han arado en el mar y que, gracias a ellos y a quienes se nutren en su enseñanza, un día brotará la semilla sembrada por ellos y volverá a renacer en nuestra patria la Justicia.

Vaya a ellos el modesto homenaje de este trabajo.