

LA CONSAGRACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCION CHILENA DE 1980

por DIETER BLUMENWITZ*

La documentación sobre “Los derechos humanos en Chile”, editada por el “Hauptabteilung Politik” (Departamento principal de política) de la CDU, en uno de sus ocho capítulos trata “La situación de derecho constitucional” (pág. 11 y sigs.). Esta parte de la publicación no sólo exige una crítica científica, sino que tampoco consigue convencer por los objetivos políticos que persigue (¡el fin supuestamente bueno justifica las pésimas investigaciones!).

Como única referencia de la situación de derecho constitucional de Chile, los editores indican la siguiente fuente: “Este párrafo está extractado de: N. Wühler, R. Mayorga Lorca, Die neue chilenische Verfassung von 1980, en: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1981, 41/4, págs. 825-858”. El lector desprevenido deduce de esta indicación bibliográfica que las exposiciones de derecho constitucional se basan en la autoridad científica de los especialistas nombrados y, posiblemente, en la del departamento de derecho público extranjero y derecho internacional del Instituto Max Planck. Pero en realidad el anónimo autor del estudio del CDU se limita a desmenuzar este ensayo científico, tal como se hace con un automóvil en las desarmaduras de coches usados: más de treinta páginas impresas se reducen a una vigésima parte. Sin ningún sentido de equidad, que debería caracterizar a una exposición de derecho constitucional, se hilan en forma subjetiva y parcial fragmentos que no sirven ni a la información política, ni tampoco pueden proporcionar una base comparativa de derecho constitucional.

El párrafo “Situación de derecho constitucional” del estudio parece partir de la errada conclusión de que, para garantizar los derechos humanos, lo más importante es que los textos constitucionales presenten las más amplias y más bellas formulaciones. En cambio, se pasan totalmente por alto las interrelaciones estructurales encargadas de proteger efectivamente los derechos humanos y la Constitución. El observador sólo podrá comprender estas interrelaciones al conocer en profundidad las relaciones históricas y de derecho comparativo (y ante todo el desarrollo de las Constituciones en el Tercer Mundo).

Así, pues, hay que preguntarse si a los maquinadores políticos que se ocultan tras la documentación de la CDU, les interesa realmente que exista un “mejor” fundamento de los derechos humanos en la Constitución chilena en 1980. Quien observe el actual desarrollo de política interna en Chile, más

*DIETER BLUMENWITZ: Profesor Catedrático de Derecho internacional público, Teoría fundamental del Estado, Derecho político alemán y de Baviera y Ciencias políticas en la Universidad Bávara Julio-Maximiliano de Würzburg, Alemania Federal.

bien deberá sospechar que tras la crítica constitucionalista se esconde un ataque frontal a la Constitución de 1980, aprobada por plebiscito por una mayoría de 2/3 del voto popular. Incluso más que el Partido Socialista, el ala izquierdista de los antiguos demócratacristianos del ex Presidente Frei, se levanta como principal adversaria de una reconciliación de la población chilena sobre la base del ordenamiento constitucional de 1980. Sin embargo, ellos no han podido ofrecer una alternativa (el frecuentemente citado "Acuerdo Nacional" no es más que una colección de compromisos formulistas interpretados en forma extremadamente divergente). La CDU estaría mejor aconsejada si no limitara sus interlocutores e informantes chilenos sólo a los demócratacristianos izquierdistas. Con ellos no tiene concordancia en su concepción del mundo y práctica política, sino únicamente una denominación común de partido. Sería, pues, conveniente que también mantuviera contacto con los "auténticos" demócratacristianos (como por ejemplo el ex ministro del Trabajo bajo Eduardo Frei, William Thayer, y el ex ministro de Defensa bajo Frei, Juan de Dios Carmona).

I

1. Tal como lo concede la documentación de la CDU en otra parte (1), poco antes del derrocamiento del gobierno de Allende la situación había llegado al inminente estallido de una guerra civil. El gobierno toleraba ocupaciones ilegales de campos y demostraciones sangrientas (2). En repetidas oportunidades ignoró resoluciones de la mayoría parlamentaria. Ni siquiera el acuerdo de ilegalidad aprobado por la Cámara de Diputados el 22 y 23 de agosto de 1973 pudo hacer cambiar nada (3). La situación era comparable a la de España a mediados de la década del 30, poco antes de estallar la Guerra Civil Española. El cambio de mando en 1973 se operó sobre la base del derecho a resistencia contra una autoridad que actuaba en forma ilegal. Así, en la declaración del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile (4) hay una referencia a una frase del antiguo derecho real español: "Rey serás si fecieres derecho, e si no fecieres derecho, no serás rey". Esto significa en otras palabras que la autoridad se torna ilegítima cuando desprecia las leyes existentes y excede sus competencias. Este caso (5) otorga a los ciudadanos el derecho de ofrecer resistencia, cuando están dadas las demás condiciones previas (insurrección como último recurso. Según una estimación razonable, la insurrección no producirá sufrimiento más grande a la comunidad que el mal existente. Desde el punto de vista moral debe tener una perspectiva razonable de éxito. La nueva autoridad debe ofrecer garantías suficientes de que servirá al bien común) (6).

(1) Pág. 7 y sigs., especialmente pág. 8.

(2) Op. cit., pág. 8.

(3) Blumenwitz: Die Verfassungsentwicklung in der Dritten Welt. Munich 1983, Nota 9, 10 con otros nombres.

(4) Hanns-Seidel-Stiftung (ed.): Politische Studien, Cuaderno especial 1/1978, Chile - ein schwieriger Weg, pág. 95 sigs.

(5) La doctrina tomista habla del "Tyrannus regimines", es decir, la autoridad originalmente legítima se convierte en ilegítima por su actuación (a diferencia del "tyrannus usurpationes").

(6) Véase sobre esto a Blumenwitz, op. cit., pág. 12/13, como también pág. 43 y sigs.

Las condiciones para ejercer el derecho de resistencia existían en 1973 en Chile según la opinión predominante —incluso de los demócratacristianos—. También la Ley Fundamental (RFA) prevé expresamente un derecho de resistencia de esta clase en el Artículo 20 IV.

2. Sólo ante este telón de fondo histórico es posible evaluar la Constitución chilena de 1980.

Esta Constitución aprobada por plebiscito con una mayoría de 2/3 de los votos se caracteriza por su tendencia a impedir el retroceso a la situación que condujo a la destrucción de la democracia antes de 1973 (7). Según el concepto chileno, sirve a este objetivo —además de elementos de democracia militante, fortalecimiento del Ejecutivo y otros elementos de una así llamada “nueva institucionalidad”, que no comentaremos aquí en más detalle— (8) ante todo una casuística que por su amplitud y detallismo de reglamentaciones en el propio documento constitucional excede por mucho la medida obligatoria que se suele encontrar en otras Constituciones democráticas. Las decisiones de principio político-sociales se convierten así en “partes permanentes” de la Constitución y se sustraen a la intervención del legislador. Con esto también se pretende prevenir la “reinterpretación” en el sentido de una alteración tácita de la Constitución, tal como el gobierno de Allende trató de efectuarla, incluso contra *rationem legis* (9).

En este cuadro de conjunto debemos situar la siguiente exposición sobre la garantía de los derechos humanos en la Constitución de 1980.

II

1. Es un punto de vista cómodo pero reductor —tal como ocurre en el estudio de la CDU— aceptar en la representación de los derechos de libertad, exclusivamente la relativización (por una Constitución de emergencia y reserva de ley) y de despertar en el lector desconocedor de los hechos, la impresión de que en este caso se trataría de una especialidad constitucional de la nueva Constitución chilena. Con esta interpretación se pasa por alto totalmente que en los Artículos 1-9 (bajo el título de “Bases de la institucionalidad”) se establecen barreras adicionales y fundamentales a la conculcación de los derechos fundamentales. Así, el Artículo 1, comparable al Artículo 1 de nuestra Ley Fundamental (de la RFA) destaca el respeto a la dignidad humana como fundamento de toda actuación estatal. El Artículo 5 II establece expresamente los derechos humanos como límite inalienable de toda actuación estatal. Este afianzamiento de los derechos fundamentales sobrepasa la disposición del Artículo 19 número 26, que exceptúa las normas relativas a los estados de excepción (10). El Artículo 5 II rige expresamente toda acción del Estado, es decir, también en caso de estados de excepción.

(7) Véase la fundamentación del Proyecto de Constitución, especialmente números 10 y sigs.

(8) Blumenwitz, op. cit., págs. 16, 17.

(9) Blumenwitz, op. cit., nota 10.

(10) Pero incluso entonces sólo para los casos expresamente reglamentados en la Constitución de emergencia.

Esto resulta aún más evidente al observar las disposiciones del Artículo 5 II en conjunto con las disposiciones subsiguientes (Art. 6 y Art. 7) que obligan a todos los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y la ley y *expressis verbis* prohíben la infracción de la ley por invocación de la figura jurídica de “circunstancias extraordinarias” (11).

Las disposiciones recién mencionadas también son válidas para el período de disposiciones transitorias. Su importancia para una interpretación global queda evidente, entre otras cosas, por su concordancia con el catálogo de principios que, según la voluntad reconocible de sus autores, habrá de regular los fundamentos de la vida estatal. Con esta escala y no por la tan criticada reserva de ley simple se deben medir las garantías de los derechos humanos.

También debemos mencionar brevemente las normas globales del derecho de ciudadanía (Arts. 10 a 12). Por su alcance, son nuevas en una Constitución latinoamericana y se deben examinar sobre el trasfondo histórico en vista de la práctica frecuentemente arbitraria que se acostumbra en Latinoamérica, de privación de la ciudadanía después de revoluciones. También aquí se demuestra la intención de prevenir actos arbitrarios por medio de antecedentes legales justiciables y garantías de protección jurídica.

2. El catálogo de derechos fundamentales de la nueva Constitución chilena –tanto en lo que se refiere al número de derechos protegidos, como también en su reglamentación detallada– sobrepasa en medida importante las disposiciones pertinentes de la Constitución chilena de 1925.

Se repite la parte de derechos fundamentales de la Constitución de 1925, ya bastante voluminosa. En este caso, las siguientes garantías constitucionales de 1925 fueron ampliadas o complementadas:

- Igualdad ante la ley
- Igual repartición de los tributos
- Derecho a la libertad y seguridad individual
- Prohibición de aplicar el castigo de expropiación de capital
- Derecho a indemnización en caso de error judicial
- Derecho de reunión
- Derecho de petición
- Libertad de asociación
- Libertad de opinión e información
- Libertad de enseñanza
- Derecho de propiedad
- Propiedad minera
- Propiedad de aguas
- Derecho a la protección de la salud
- Derecho de seguridad social
- Derecho de formar asociaciones gremiales

(11) Compárese Art. 20 III de la Ley Fundamental. También la Constitución de emergencia, inusualmente detallada, está destinada a inhibir justamente estas tendencias –que se deben entender ante el trasfondo de la tradición latinoamericana de golpes de Estado que se remiten a casos verdaderamente graves.

Las siguientes garantías de derechos fundamentales se agregan como nuevas:

- Derecho a la vida
- Igualdad de la salvaguardia de los derechos
- El derecho a la honra
- El derecho a la educación
- La libre iniciativa privada para el ejercicio de cualquier actividad económica
- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica
- El derecho de propiedad
- El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación

Con esto quedan enumerados y garantizados en forma expresa todos los derechos clásicos de libertad.

3. Los siguientes detalles merecen mención especial:

Artículo 19 número 1 —el derecho a la vida e integridad física—, que en lo esencial corresponde al Artículo 2 II de la Ley Fundamental de la RFA, abarca —y su formulación es diferente a la de nuestra Ley Fundamental *expressis verbis*— la vida en gestación (“la ley protege la vida del que está por nacer”). El hecho de que sea posible la pena de muerte por ley con quórum calificado no contraviene la protección de los derechos humanos en la Constitución chilena (12). También en países como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña y Francia, para nombrar sólo algunos ejemplos, la pena de muerte es un castigo legalmente aceptado, sin que por ese motivo pueda negárseles a los países arriba nombrados un ordenamiento jurídico-estatal consciente de la protección de los derechos humanos. La abolición de la pena de muerte podría ser deseable por diferentes motivos. El que generalmente sea incompatible con los derechos humanos en ningún caso constituye una opinión compartida por todos, ni siquiera por la mayoría de los Estados. Tampoco los pactos pertinentes de la Organización de las Naciones Unidas prohíben la pena de muerte (13).

La prohibición expresa de la tortura, cuya ausencia se critica en la documentación, según todas las reglas de la doctrina constitucional e interpretación sistemática, no sólo es innecesaria, sino también superflua, ya que la protección de los derechos humanos está garantizada en el Artículo 1, 5 II como principio supremo de la acción del Estado y el Artículo 19 número 1 vuelve a precisar este concepto al referirse al derecho a la vida y a la integridad física. No requiere de ninguna explicación más el que la tortura de cualquier índole sea contraria a estos principios y, *eo ipso*, es anticonstitu-

(12) Pero así lo hace la documentación de la CDU, pág. 11.

(13) Compárese Artículo 6 párrafos 2 y 5 del Pacto internacional sobre derechos ciudadanos y políticos del 19-12-66, que también es obligatorio para Chile (*Yearbook of the United Nations* 1966, pág. 419). La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a la cual no se le puede negar su compromiso con los derechos humanos y ciudadanos, ha resuelto, como es sabido, que la pena de muerte, bajo determinadas circunstancias legales (fair trial, normas claras sobre antecedentes jurídicos, etc.), no es un “castigo cruel e inhumano” y con ello no viola el mandamiento del respeto a la dignidad humana.

cional. Por otra parte, el mismo reproche también se les podría hacer a los padres de la Ley Fundamental de la RFA: tampoco la Ley Fundamental prescribe expresamente en parte alguna la prohibición de la tortura, justamente porque esta prohibición se desprende obligatoriamente del Artículo 1 y Artículo 2 II de la Ley Fundamental (14).

Tal como la propia documentación debe conceder, por lo demás, los derechos fundamentales clásicos están garantizados en su totalidad en esta Constitución (15).

En cuanto a la crítica a la reserva de ley en algunos derechos fundamentales, (16) se debe observar que incluso las restricciones de los derechos fundamentales resultan de la naturaleza de la cosa, es decir, de la reglamentación —y de la necesidad de reglamentación— de la convivencia humana. Así también nuestra Ley Fundamental conoce esta restricción en el Artículo 2 I (“...en cuanto no...”). En la ciencia de derecho constitucional es incontrovertible que una barrera a esta clase es necesaria para la protección de todos, porque en otro caso, en lugar de libertad, reinaría la anarquía. Así, por ejemplo, la ciencia de derecho constitucional alemana conoce la institución de las “barreras inmanentes”. Esto significa que tampoco los derechos fundamentales que no se encuentran expresamente bajo reserva de ley se deben ejercer en forma indiscriminada, es decir, a costa de otros y de sus derechos fundamentales. También en los derechos fundamentales se debe observar el principio de derecho general que prohíbe abusar del legítimo ejercicio del derecho, en vista de que los derechos fundamentales sólo tienen sentido en el contexto social de la comunidad humana.

Esto no tiene nada que ver con “más” o “menos” protección de los derechos humanos. Una reserva de ley consiste en proteger los derechos fundamentales ante restricciones arbitrarias por interpretación en la práctica de parte de las autoridades, etc. y de permitirlos solamente mediante una reglamentación legal clara, que por su parte debe corresponder a las exigencias de la Constitución, especialmente a la garantía del contenido esencial.

Desde este punto de vista es injustificado el reproche a la reserva de ley en este asunto.

Se deben comprender, sobre la base de la política interna chilena antes de 1973, las prohibiciones de combinación personal de actividades políticas partidistas con las de organizaciones sociales o sindicales, como también la separación estricta de sus correspondientes campos de actividades (17). Con esto se pretende fomentar cierta despolitización de los grupos sociales y, por otra parte, se quiere impedir la formación de un “Estado de partidos”.

(14) En este punto se demuestra claramente que con “anotaciones” sacadas fuera de contexto y consignas espectaculares todo es “demostrable”. También se pasa por alto que Chile, igual que la RFA, está obligado por el Artículo 7 de los pactos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos (compárese nota 13) y que ha convertido esta disposición en derecho intraestatal: “Ninguna persona podrá ser sometida a tortura, ni a tratamiento o castigo cruel, inhumano o denigrante”.

(15) Véase pág. 11.

(16) Véase también lo dicho anteriormente bajo B I I.

(17) Los partidos se circunscriben al ámbito puramente político, los sindicatos, a la representación directa de los empleados u obreros. Véase detalles en Blumenwitz, op. cit., págs. 20, 21.

Dado que también en la RFA está de actualidad la discusión sobre el “Estado de partidos” (como lema negativo) y el poder de los sindicatos (que va en aumento y que en parte inhabilita al propio individuo), esto no se debe valorar en forma tan unilateralmente negativa como lo hace la documentación. Una limitación de esta especie en la proliferación de intereses antagonistas organizados puede crear más espacios de libertad para el individuo.

La Constitución económica muestra una tendencia a la “desestatización”. Las amplias garantías de libertad económica —seguramente únicas en una Constitución del Tercer Mundo— deberían haber merecido mención honrosa en un estudio de la CDU, como asimismo la adopción de derechos fundamentales sociales que corresponden aproximadamente a la obligación del estado social del Artículo 20 I de la Ley Fundamental de la RFA.

4. Las disposiciones de emergencia presentan en su totalidad una mezcla de facultades generales y sociales. Se debe juzgar en forma positiva la voluntad de crear normas claras de intervención (18), que respetan el principio de la relatividad de los medios (Art. 41 número 7). Según la gravedad del estado de peligro, se crean posibilidades de intervención en los derechos fundamentales con diferentes grados de severidad.

En lo particular, existen los siguientes estados de excepción constitucionales: (19).

- El estado de guerra (Artículo 40 número 1, también Artículo 41 número 1), que puede ser declarado por el Presidente con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional en caso de guerra externa. Durante el estado de guerra pueden ser suspendidas o restringidas la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de información y de opinión, como también la libertad de trabajo. Además pueden ser limitados el derecho de asociación y de sindicación, el derecho de propiedad, como también imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones (Artículo 41, número 1).
- El estado de sitio (Artículo 40 número 2 y Artículo 41 número 2) en caso de guerra interna o conmoción interior puede ser declarado por el Presidente con acuerdo del Congreso. Durante el estado de sitio pueden ser restringidas o también suspendidas la libertad de asociación, de opinión y de información. También se puede ordenar censura de correspondencia (no confiscación). La libertad personal puede ser restringida por relegación temporal y detención en lugares que no sean cárceles. Se restringe la libertad de locomoción y se puede prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio. Además, es posible la expulsión de las personas del territorio nacional. El estado de sitio tiene una duración máxima de 90 días. Es posible su prórroga.

(18) Con esto se quiere excluir, no en último término, la invocación del estado de emergencia supralegal.

(19) Compárese detalles en Salvador Mohor, Estado de sitio y Estado de emergencia, en: *Boletín de Derecho Público* (Santiago de Chile) 1980, Nº 10. A esto se agrega el “estado de peligro de perturbación de la paz interior”, que está reglamentado en la disposición transitoria XXIV.

- El estado de emergencia (Artículo 40 número 3, Artículo 41 número 4) que el Presidente puede declarar con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional en casos graves de alteración del orden público, sea por causa de origen interno o externo. En el caso de estado de emergencia están permitidas las medidas del estado de sitio, con excepción de la detención, relegación, expulsión y restricción del derecho de asociación. En este caso sólo pueden ser restringidas las libertades de opinión y de información. El estado de emergencia tiene una duración máxima de 90 días y se puede prorrogar.
- El caso de estado de catástrofe (Artículo 40 número 4 y Artículo 41 número 5), que puede ser declarado por el Presidente con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional para la región afectada en caso de una calamidad pública. El Presidente puede restringir la circulación de las personas y el transporte de mercaderías y limitar las libertades de trabajo, de reunión y de opinión, además de disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad. Puede intervenir en el curso normal de la administración. Las requisiciones están sujetas a la obligación de indemnización (Artículo 41 número 8).
El Artículo 41 número 9 crea —semejante a la Constitución alemana de la República de Weimar— la posibilidad de una amplia legislación de emergencia.

En comparación con la Constitución de 1925, hay una ampliación considerable de los estados de excepción en general —son nuevos los casos de emergencia y de catástrofe (20)— pero con esto también se introduce una diferenciación. Sobrepasan la Constitución de 1925 ante todo las facultades estipuladas para la duración del estado de sitio, para el cual aquella Constitución sólo conocía la detención transitoria (Artículo 72 número 17). Las facultades de limitación de los derechos fundamentales (con excepción de la expulsión del país) corresponden a disposiciones como también estaban contenidas, por ejemplo, en el Artículo 48 inciso II de la Constitución de la República de Weimar.

Generalmente, los críticos del “régimen de emergencia”, en Chile, ocultan premeditadamente que, aún antes de 1970, sólo se podía gobernar recurriendo a medidas de emergencia (en aquel entonces, es verdad, casi siempre sin fundamento constitucional suficiente y con recursos a las así llamadas circunstancias extraordinarias); que la situación de miseria en muchos países del Tercer Mundo exige suspender instituciones jurídico-estatales y democráticas por lo menos temporalmente; que todas las Constituciones socialistas no son otra cosa sino “constituciones de emergencia” y por último —lo que es de importancia vital para esta investigación— que todas las convenciones de derechos humanos respetan el estado de emer-

(20) En el período de transición se agrega, además, el “estado de peligro”. Ciertamente, corresponden en amplia medida a la práctica constitucional que se ha acostumbrado en Chile ya en las décadas del 50 y 60 por recurso al “estado de emergencia suprallegal” (por circunstancias extraordinarias). Compárese en este conjunto la Ley de Seguridad del Estado N° 12.927 del año 1958.

gencia y la restricción obligatoria de la protección de los derechos humanos necesariamente relacionada con ello (20a).

5. Al contrario de la Constitución de 1925 (pero análogamente a la Ley Fundamental de la RFA, por ejemplo) la Constitución chilena contiene elementos de una democracia militante bajo el lema de “no habrá libertad para los enemigos de la libertad”. Como reacción a las penosas experiencias del período de 1970 a 1973 se quiere prevenir el abuso de derechos constitucionalmente garantizados con el fin de readaptarlos o destruir el ordenamiento libertario.

El Artículo 8 párrafo I declara punible la propagación de pensamientos o ideologías anticonstitucionales —ante todo el totalitarismo y la lucha de clases—. Como sanción adicional con efecto retroactivo, el Artículo 8 párrafo IV prohíbe la actuación en el ámbito público y político a aquellas personas que hayan infringido el Artículo 8 párrafo I (21). El segundo párrafo del Artículo 8 constituye, en forma análoga al Artículo 21 párrafo II de la Ley Fundamental de la RFA, una prohibición de ciertos partidos políticos. El tribunal competente en cada caso es el Tribunal Constitucional, esto es, también aquí hay un proceso de forma judicial para la protección del inculpaado. En este caso es de importancia decisiva la gravedad del comportamiento, es decir, el verdadero peligro en que se ha puesto el orden constitucional. En el Artículo 18 de la Ley Fundamental de la RFA (“Quien abusa de la libertad... para luchar contra el ordenamiento fundamental democrático libertario”) con el solo concepto de “lucha” se aclara que no cualquier crítica a los fundamentos existentes de la Constitución cumple con las severas condiciones de pérdida de los derechos. El Artículo 8 de la Constitución chilena en este punto está redactado en forma más amplia (“Todo acto... que atente contra...”). De todos modos, esta disposición también presenta elementos típicos constitutivos (propugnar la violencia o una concepción del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario), que indican una tendencia semejante a la de la Ley Fundamental alemana.

A diferencia de la disposición del Artículo 18 de la Ley Fundamental alemana, la Constitución chilena no conoce la pérdida de derechos fundamentales en su sentido propiamente tal, sino solamente una inhabilidad para ejercer cargos públicos durante diez años y una prohibición profesional en el sector de la educación y de las comunicaciones, como también de las actuaciones en organizaciones políticas y sindicales, además de una suspensión del derecho a voto.

(20a) El Artículo 4 párrafo I de los pactos de Derechos humanos de las Naciones Unidas (op. cit. nota 13), que obliga tanto a Chile como también a la RFA, dice así: “En caso de un estado de emergencia pública que amenace la vida de la Nación y que se haya declarado oficialmente, los Estados signatarios del pacto pueden tomar medidas que suspendan sus obligaciones bajo este pacto en el grado que la situación exija imperativamente, siempre y cuando estas medidas no contraríen sus demás obligaciones jurídico-internacionales y no contemplen discriminaciones exclusivamente por la raza, el color de la piel, el sexo, la lengua, la religión u otras”.

(21) Con esto se produce cierta tensión entre el Artículo 8 párrafo IV y el Artículo 19 número 3 frase 7 —prohibición de la retroactividad de figuras de delito. Aquí se debe tomar en cuenta que —al calificar la norma en forma “jurídico-penal”— se debería aplicar la prohibición de retroactividad jurídico-penal que persiste en estados de emergencia (compárese Art. 4 párrafo II con Artículo 15 I de los Pactos de derechos humanos de las Naciones Unidas).

El Artículo 9 declara delito común a la actividad terrorista como tal. A los efectos del Artículo 8, se agrega la pérdida de los derechos cívicos. También en este caso se instituye un proceso judicial regular (Artículo 9 párrafo II) que asegura los derechos del acusado (el proyecto del Consejo de Estado preveía, además, un proceso ante los tribunales militares), de modo que permanecen protegidos tanto los intereses del individuo como la seguridad del Estado. Pero evidentemente es problemática la privación de la ciudadanía como “pena contra la vida” difícilmente reversible.

III

1. Las garantías de los derechos humanos en el documento de la Constitución no son de por sí —como lo ha demostrado la experiencia— una garantía para su cumplimiento en la realidad. Una protección prácticamente efectiva para el individuo afectado presupone, por tal motivo, una protección jurídica real. Así, pues, es tanto más laudable, justamente por el aspecto de la protección práctica de los derechos humanos, que la Constitución chilena de 1980 también contenga garantías de protección jurídica:

- Derecho a un juez legal (Artículo 19 número III) (22)
- *Nulla poena sine lege* (Ningún castigo sin ley) (dito)
- Obligatoriedad de procedimiento jurídico-estatal (23)
- Igualdad ante la ley
- Garantía de un abogado defensor y asesoramiento jurídico.

Estas últimas disposiciones demuestran claramente que la igualdad ante la ley no es una frase hueca y sin sentido, sino que habrá de beneficiar a todos los ciudadanos sin diferencias de reputación de la persona, sus ingresos, su educación, etc.

2. Estas garantías procesales son complementadas por la garantía institucional de un poder judicial independiente y que tiene el solo compromiso de cumplir con la ley (Artículo 73 y sigs.).

Al contrario de las facultades del Parlamento, la Constitución asegura a la Justicia una función de control bastante amplia y, unido a esto, gran independencia (24). El punto gravitante del control del Ejecutivo es conscientemente traspasado del Parlamento a la Justicia. Además de los tribunales ordinarios, según el Artículo 38 —una novedad en Latinoamérica— se ha previsto una judicatura contenciosa administrativa con el objeto expreso de imponer la protección jurídica al individuo contra el poder público (25).

(22) Corresponde al Artículo 103 II de la Ley Fundamental de la RFA.

(23) Reglamentado en detalle en el Artículo 19 número 7 bajo el rubro de “libertad personal”, que casi constituye un código de procedimiento penal en miniatura.

(24) Wühler/Mayorga Lorca ven un posible peligro para la independencia en el Artículo 77 párrafo I frase 1, en que está prevista la destitución de la magistratura en caso de vulneración del deber. Compárese, sin embargo, la evaluación positiva de la judicatura chilena en Jaime del Valle: *Die richterliche Gewalt am Beispiel der neuen chilenischen Verfassung*, en: *Freiheit und Autorität als Grundlage der modernen Demokratie*, Lothar Bossle et al., 1982.

(25) A diferencia del proyecto constitucional del Consejo de Estado, que quería hacer obligatoria la introducción de una jurisdicción contencioso-administrativa por medio de una ley orgánica constitucional, el Artículo 38 párrafo II permanece sólo como declaración programática.

El Artículo 73 fija el monopolio de decisión de los tribunales en todas las contiendas judiciales y prohíbe tanto al Presidente como al Congreso cualquier intervención. Además, los tribunales están dotados de poder directivo frente a los órganos estatales, en la medida en que esto sea necesario para el cumplimiento de su cometido. El Artículo 74 obliga al legislador a tomar todas las providencias necesarias para garantizar una administración de justicia amplia. El Artículo 75 regula el nombramiento de los jueces (a base de una terna que el tribunal competente presenta al Presidente); el Artículo 77 garantiza la independencia judicial por la inamovilidad de los jueces. Sólo la Corte Suprema puede relevar de su cargo a un juez.

3. En comparación con la garantía de la vía jurídico-procesal del sistema jurídico alemán, se puede precisar lo siguiente:

- El Artículo 21 de la Constitución chilena (Recurso de amparo) corresponde aproximadamente al Artículo 104 de la Ley Fundamental de la RFA y a las garantías jurídicas allí reglamentadas en caso de privación de libertad (“habeas corpus”).
- El así llamado “Recurso de protección” (fundamento legal: Artículo 20 de la Constitución) por una parte es más estrecho que la cláusula general jurídico-administrativa del párrafo 40 del VwGO (Ley orgánica del Poder Ejecutivo) porque sólo se aplica en caso de violación de los derechos fundamentales enumerados. Por otra parte, sin embargo, es más amplio porque —en el fondo esto es contrario al sistema— también es válido en el “derecho fundamental del medio ambiente” (26) y también se puede invocar para intervenciones de particulares (27). En Chile, como en la RFA, existe la posibilidad de la protección jurídica provisoria.
- Con respecto al control de normas, la diferencia esencial consiste en que en la RFA, de acuerdo al Artículo 100 I de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal resuelve “erga omnes”, mientras que la Corte Suprema solamente declara la norma conflictiva como “inaplicable” (“inter pares”) (28).

Desde un punto de vista comparativo de derecho constitucional, podríamos aún expresar muchos pensamientos con respecto al desarrollo constitucional en Latinoamérica y en Chile. En una estimación concluyente del proyecto constitucional chileno de 1980, sin embargo, no se debe dejar sin considerar una circunstancia decisiva por motivos de equidad: si se apreciara el nuevo desarrollo constitucional chileno sólo por la norma de una democracia parlamentaria, tal como aún es válida en la RFA, Inglaterra o los EE.UU. a pesar de todas sus crisis, seguramente no se le haría justicia en igual forma como se procedería frente a otras naciones en una situación de dificultad comparable. Además, hoy día en la ciencia del derecho constitu-

(26) En caso de violación de declaraciones programáticas de índole social, en la RFA no existe el recurso de reclamación.

(27) En Alemania, jurisdicción ordinaria. La diferencia se fundamenta en que la jurisdicción contencioso-administrativa prevista en el Artículo 38 de la Constitución chilena aún no existe.

(28) Esto corresponde a la tradición jurídica chilena.

cional se pone en duda, cada vez más, que el modelo constitucional liberal democrático de Occidente constituya el único patrón válido y correcto para el mundo extraeuropeo. La moderación basada en el reconocimiento mutuo del desarrollo constitucional independiente, ante todo en las relaciones internacionales y en la colaboración entre los países, parece recomendable en las organizaciones internacionales.

En el caso de Chile, la Organización de las Naciones Unidas y muchos Estados del Este y del Oeste no han tomado en cuenta satisfactoriamente este principio (29). Durante ya más de una década que se realizan constantes actividades con respecto al caso de Chile, jamás se ha planteado la cuestión objetiva de quién se ha beneficiado con todo esto. El criterio de que el procedimiento de la ONU y otros Estados extranjeros en contra de Chile efectivamente les haya llevado y les lleve ayuda y mejoría a los chilenos —lo que para una política sería de derechos humanos es el único criterio legítimo— en los últimos años ha tenido mucho menor importancia que los intereses nacionales e ideológicos. Muchos países que han tratado a Chile con las críticas más duras, sólo pueden haber esperado con ello desviar la atención de sus propios problemas internos. Muchos Estados no están dispuestos a dejarse evaluar por los standards que ellos quieren aplicar a Chile. Así, la política de los derechos humanos ha sido empleada muchas veces como palanca para sobrepasar la limitación tradicional del derecho internacional público, en las relaciones interestatales, y para poder perseguir estrategias políticas bajo una apariencia jurídico-moral.

La pretensión de las Naciones Unidas de actuar como vigilante imparcial sobre la observancia de los derechos humanos, oculta que algunos Estados en los organismos de las Naciones Unidas se erigen en jueces de otros Estados. Con esto, al mismo tiempo se destruye un elemento central del principio de igual soberanía, es decir, el mandamiento “par in parem non habet iudicium”. En vista de las monótonas discusiones que frecuentemente juzgan en forma emocional y desacertada el desarrollo de la Constitución de Chile en la publicidad mundial, es deseable que el trabajo de la ONU, pero también la documentación de la CDU, regresen a un sentido de la realidad orientado en los progresos posibles: al evaluar el desarrollo de la Constitución en Chile se trata en primer lugar de su voluntad a mejorar el estado de cosas, ya que ni en derecho constitucional ni tampoco en el ordenamiento del derecho internacional público “pragmático” existe un rigor que pudiera concentrarse en una sola frase: “Lo malo no debe ceder el paso a lo mejor porque lo óptimo era inalcanzable” (Tribunal Constitucional Federal 4, 157 sigs. [169]).

(29) Compárense por ejemplo los informes de la Comisión de derechos humanos de enero de 1981 (UN-Doc. E/CN.4/1428) —y con relación a esto, Blumenwitz, op. cit. págs. 60 sigs., además de las “Conclusiones finales y recomendaciones” del informe del Consejo Económico y Social de la ONU sobre los derechos humanos en Chile (1985), adoptadas a través de una mala traducción al alemán en la Documentación de la CDU (págs. 45 y sigs.). Si los tribunales chilenos pesquisarán y condenarán con métodos tan deficientes como la ONU, la prensa mundial reaccionará con un grito —ahora justificado— de indignación!

Véase también “La campaña internacional contra Chile”, tirada aparte de la revista *Diplomacia* Nº 29 (1985); además: Moskowitz: *The roots and reaches of United Nations decisions* (1980), págs. 82 sigs.