

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

REVISTA DE
DERECHO

AÑO XLIV — Nº 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCIÓN — CHILE

AVANCE CONSTITUCIONAL. RETROCESO INTERPRETATIVO *

GUSTAVO FIAMMA OLIVARES
Profesor Escuela de Derecho
Universidad de Chile. Santiago

SUMARIO: Introducción. I. Recurso de protección. II. Libertad provisional.
III. Conclusiones.

INTRODUCCION

El sistema constitucional chileno ha comenzado a experimentar profundos avances, al menos desde el punto de vista institucional, a partir de la dictación de las Actas Constitucionales.

Pero, pareciera que hay fallas extra-institucionales que atentan contra la férrea voluntad del constituyente de colocar al país a la cabeza de los ordenamientos fundamentales más justos del mundo.

Tales fallas extra-constitucionales se manifiestan claramente en dos instituciones que en la primera y segunda parte de este trabajo abordaremos, no con el objeto de estudiarlas como tales, sino más bien, con el propósito de poner de manifiesto, que no obstante el avance logrado en el orden jurídico constitucional chileno, por causas interpretativas diversas, en un caso interpretativa judicial, en el otro, interpretativa legislativa, esos logros no se reflejan en la realidad con la claridad que fluye de los textos constitucionales respectivos.

Y que, en consecuencia, si no se repara en esas fallas extra-institucionales, otras instituciones se encuentran expuestas al mismo infortunio. De allí que este trabajo busca un fin mucho más modesto que el abordar el estudio de las instituciones que se analizarán. Sólo las hemos tomado de pretexto para tratar de dejar al descubierto esos males que amenazan con corroer la nueva institucionalidad. Sobre la base de lo ocurrido con estas instituciones y para que nadie piense que las consideraciones finales son meras elucubraciones teóricas, sino que son fruto de la misma experiencia que empieza a señalar que algo fundamental falló y está fallando en los juristas chilenos, y que hace que el Derecho no sea esa realidad de lo justo a que todos aspiramos, provocándose con ello el fracaso, la torcida aplicación o simplemente el retroceso de las instituciones llamadas únicamente a servir al hombre.

Nuestros esfuerzos se sentirían plenamente logrados si este trabajo sirviera simplemente de motivación para que otros y con mejores razones que las nuestras, y siguiendo el mismo impulso que nos anima, puedan contribuir, sea en sus publicaciones, sea en la clase, sea en sus actuaciones, sea en el foro, a poner en evidencia este problema tan elemental, pero tremendamente importante cual es que no basta que un Estado sea de Derecho, sino también es necesario que ese Derecho sea justo, y no basta que ese Derecho sea justo, sino que también se aplique

* Notas al final del tema.

justicieramente tanto por jueces como por administradores, tanto por abogados como por ciudadanos, tanto por gobernantes como por gobernados.

I. RECURSO DE PROTECCION. (1)

El establecimiento del recurso de protección (2) en el Acta Constitucional N° 3 constituye un avance en la protección de los Derechos Fundamentales de los habitantes de nuestro país, que pocos países han logrado. Muchos elogios se podrían hacer de él, mas para quienes conocemos la inspiración filosófica cristiana y humanista que preside por esta época a Chile, no viene a ser más que fruto obligado de la aplicación práctica de tales principios.

El hombre posee derechos anteriores y superiores a la organización política, que es una de las sociedades en que el hombre se perfecciona, en cuanto ser social, pero el hombre es mucho más que un ser social y contingente, el hombre tiene un fin trascendente; el Estado no puede impedir el ejercicio de las potencialidades del ser humano que lo acercan a su fin superior. Por el contrario, toda la actividad del Estado debe estar dirigida en apoyo de esos fines. El Estado sólo se justifica por la naturaleza social del hombre, hay fines que no se pueden obtener aisladamente. Así, el Estado es un instrumento de perfección para el mismo hombre, de ahí que su misión jamás podrá atentar contra el propio hombre; donde así ocurra el Estado pierde su razón de ser.

Si tal es la misión del Estado, obvio resulta que el Estado no puede desconocer los derechos del hombre que por naturaleza le corresponden, y no como algunos pretenden entender como meras liberalidades del poder.

Tales derechos deben ser reconocidos y respetados por el Estado. Del reconocimiento resultan los derechos constitucionales. De su respeto las garantías.

En la Constitución de 1925 las garantías directas se reducían prácticamente a una, el recurso de amparo. Había otros medios indirectos que tendían a la protección de los derechos, como el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que los protegía frente al acto legislativo conculcatorio de los mismos. Pero no había ninguna protección genérica de los derechos que eran susceptibles de ser amparados.

Hay un avance en relación a lo que había en la institucionalidad, sólo consecuencia, no avance, en cuanto a la aplicación de los principios humanistas y cristianos de quienes dicen profesarlos.

Ese es el marco doctrinario en el cual es lícito comprender el recurso de protección.

Fundamento Jurídico del recurso de protección.

Si todos obrasen rectamente, todos tendrían garantidos sus derechos; el hombre no es perfecto, ni ninguna institución que crea, y no sería necesario el derecho positivo. De esa imperfección surgen las interferencias de los derechos. El Derecho viene a ordenar, a colocar a cada cual en su lugar y dar a cada uno lo que le corresponde; no viene a dar o quitar según su arbitrio, viene a dar o quitar lo que corresponde o no por naturaleza o por justo título al hombre.

Frente a las perturbaciones actuales o inminentes de los derechos constitucionales, sean ocasionados por particulares o por el Estado, es misión del Estado evitar que se produzcan o disponer su restablecimiento, en su caso, puesto que el fin del Estado es el bien común, es decir, el bien de todos y cada uno de los habitantes; luego, si el bien (derechos) de un ciudadano se encuentra amagado, es deber del Estado tutelar ese bien que es parte del bien común.

El nacimiento de esta institución tiene por finalidad precisa, entonces, superar los obstáculos actuales o inminentes para el ejercicio de un derecho constitucional. Toda vez que de algún modo se encuentre amagado alguno de los derechos protegidos por el recurso de protección, es procedente recurrir a la instancia judicial que corresponda para que se dé la debida protección a tales derechos.

Aplicación del recurso: retroceso.

Pero hasta ahí el avance fue impecable. Notable el sentido de justicia de la Comisión de Reforma Constitucional. Hermosa normación. ¿Qué ha pasado en la práctica?

Meses pasaron antes que se dictara el autoacordado (3), que vendría a regular el modo de ejercitarse. Esa dilación en ser dictado parecía que era el preámbulo de lo que iría a ocurrir más tarde cuando se le diera cabal aplicación a tan bien concebida disposición.

No pasó mucho tiempo y después de un fallo (4) en que se acoge por primera vez en la historia de Chile un recurso de protección, hemos vuelto al mismo punto de partida.

En efecto, con anterioridad a dicho fallo se dictó el D.L. 1684 (31-1-77), decreto ley en el cual no participó la distinguida Comisión de Reforma Constitucional, que señala que durante la vigencia de cualquier régimen de emergencia no es procedente el recurso de protección.

Tan sorprendente fue su dictación que algunos miembros de la Comisión Constituyente se apresuraron a declarar que ellos no habían participado en la dictación del referido decreto ley.

No se había perdido todo, sin embargo, porque, como se sostenía en un Editorial de Gaceta Jurídica (5), la improcedencia del recurso de protección durante algún régimen de emergencia no era total, sino que sólo se refería respecto de la protección de los derechos constitucionales susceptibles de ser limitados o restringidos por la emergencia. Ese criterio fue el sostenido también por ese fallo que, repetimos, es posterior a la dictación del mencionado D.L. 1684. Criterio que no compartimos del todo, pero que era un buen intento interpretativo para dejar al menos en parte subsistente el recurso de protección.

Esta situación no alcanzó a durar un par de meses y todo ha vuelto a cero al menos durante la vigencia del régimen de emergencia; alzado éste el recurso cobra pleno vigor, si no se sigue la huella del D.L. 1684 y se acaba con la institución, porque se ha dictado un nuevo fallo (6) en virtud del cual se hace aplicación del citado D.L., declarándose improcedente el recurso de protección durante la vigencia de la emergencia, con lo cual se marca el retroceso. (7)

Incongruencia entre el D.L. 1684 y el Estado de Derecho.

El recurso de protección está concebido para dar protección a los derechos asegurados por el Acta Constitucional Nº 3, que sean afectados (privación, perturbación, amenaza) por actos u omisiones arbitrarios o ilegales.

De manera que es preciso la ocurrencia de un acto u omisión arbitrario o ilegal. No puede ser de otro modo en un Estado de Derecho, es decir, un Estado en que impera el principio de la legalidad, del actuar de los órganos estatales, en donde, por consecuencia, está excluida la arbitrariedad y la ilegalidad. O sea que todo derecho, toda facultad, toda potestad deriva de la ley y el uso de ese derecho, de esa facultad, de esa potestad se deberá sujetar necesariamente a la misma.

Significa ello algo muy preciso, allí donde impera la arbitrariedad o la ilegalidad no hay Estado de Derecho, o sea allí donde no es posible obtener el encuadramiento del autor del acto ilegal o arbitrario a la ley. Esa es la misión del recurso de protección, garantizar frente a la arbitrariedad y a la ilegalidad. Nótese cómo ha progresado nuestro Estado de Derecho con la inclusión de esta protección.

Así los derechos constitucionales pueden ser afectados por actos arbitrarios o ilegales, pero encuentran la debida tutela.

Pero los derechos constitucionales pueden ser afectados, además, durante la vigencia de alguna situación de emergencia. Para la filosofía de los regímenes de emergencia nos remitimos a la parte considerativa del Acta Nº 4 en que se encuentra magistralmente expuesta. Allí donde no hay seguridad nacional, no hay bien común, o sea no hay bien de todos y cada uno de los habitantes, y como todos están ordenados al bien común, todos deben contribuir a la seguridad nacional. Producto de esta contribución resultan las limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, en determinadas circunstancias en que se encuentra en peligro esa seguridad, pero tales restricciones o limitaciones deben ser proporcionales a la gravedad de la situación.

Cuántos principios hay encerrados en esas pocas frases. Lo que interesa es dejar muy en claro que las situaciones de emergencia amagan algunos derechos constitucionales legítimamente, porque el bien de la comunidad, siendo el bien de todos y cada uno, es superior al bien particular, como el todo es mayor a la parte. Y que las medidas para salvaguardar el bien del todo, el bien de la comunidad deben ser proporcionadas a la magnitud del peligro. O sea hay una relación directa entre el hecho que provoca la emergencia y las medidas a adoptar. Esto fija, en consecuencia, la legitimidad de las medidas, pues éstas necesariamente deberán ser las idóneas, ni más, ni menos, la precisa, la que tenga la virtud de afrontar exitosamente la situación, sin afectar los derechos más allá de lo necesario.

Las medidas de emergencia no están fuera del Estado de Derecho, están dentro. Son justas y necesarias cuando son utilizadas rectamente para la satisfacción de sus fines, o sea preservar la seguridad nacional. Si están dentro del Estado de Derecho no deben ser arbitrarias o ilegales. Hasta antes del D.L. 1684, el recurso de protección, aun en estos casos, podía ser utilizado porque la emergencia no justifica ni la arbitrariedad ni la ilegalidad.

AVANCE CONSTITUCIONAL. RÉTROCESO INTERPRETATIVO

213

Toda una construcción jurídica perfecta del Estado de Derecho. Por un lado, se reconoce un conjunto de derechos constitucionales, por otro, se establecen los mecanismos tutelares que pueden ser intentados ante una instancia jurisdiccional independiente en contra del autor de un acto que pueda ser estimado como arbitrario o ilegal, que afecte a tales derechos.

El D.L. 1684 viene a truncar esa magnífica construcción del Estado de Derecho, porque en el orden constitucional viene a impedir la defensa frente al acto arbitrario o ilegal de los derechos constitucionales. En el fondo se viene a institucionalizar en este mismo orden y bajo la vigencia de algún régimen de emergencia la posibilidad de que se dicten actos arbitrarios o ilegales, al cerrarse el acceso a la instancia judicial, a través de una vía expedita y eficaz.

¿Qué se busca con el D.L. 1684?, ¿acaso el recurso de protección constituye un menoscabo para la seguridad nacional?, ¿o es necesario para los regímenes de emergencia la dictación de actos sin control?, ¿o tal vez eliminar el control jurisdiccional para que ello posibilite la dictación de actos ilegales o arbitrarios para hacer frente a la emergencia?

Ninguna de estas interrogantes recibe una respuesta afirmativa a la luz de los principios que sirven de fundamento a la nueva institucionalidad. Sólo pueden ser suspendidos o restringidos los derechos que la Constitución, las Actas Constitucionales o la ley permiten y en la forma que ellas prescriben. Y la finalidad que ellas prescriben es precisamente la salvaguardia de la seguridad nacional, de manera tal que los derechos pueden ser afectados sólo en la medida que ello satisfaga las necesidades de la seguridad nacional.

Las potestades públicas sólo pueden ser utilizadas para el fin por el cual fueron estatuidas, usarlas más allá o para un fin distinto constituye abuso o desviación de poder. Es actividad incompetente y nula.

La incompetencia, la nulidad, la arbitrariedad, la ilegalidad, el abuso o desviación de poder requieren ser pronunciados por el órgano de control preventivo o represivo. En relación al control preventivo nos remitimos a nuestro trabajo (8) sobre este tema, en que sostenemos que dicho control no es tal por la forma como se realiza respecto de actos que requieren determinados supuestos de hecho, que Contraloría deja su apreciación en exclusividad al órgano ejecutivo. Sólo queda el control represivo que en Chile nunca tuvo cabida de forma expedita y amplia. El recurso de protección venía a permitir tal control. Con la dictación del D.L. 1684 tal control ahora se torna incierto, abriéndose una vez más en la historia de nuestro Derecho la puerta para la ilegalidad y la arbitrariedad al no haber un órgano de control que realmente fiscalice el cumplimiento del principio de legalidad, pilar del Estado de Derecho.

Eso es lo que ocurre con los actos del poder, pero no sólo los actos del poder pueden lesionar los derechos de los ciudadanos garantidos por la Constitución (AC. Nº 3), los particulares también pueden lesionar, impedir, coartar esos derechos. Tales actos nada tendrían que ver con el cuidado de la seguridad nacional. Si esos actos no propenden a tal objeto, ¿cómo podría pensarse siquiera que la interposición del recurso de protección en contra de ellos afectaría a la seguridad nacional?, ¿cómo soste-

ner que bajo ninguna circunstancia durante la emergencia es posible recurrir al recurso de protección? Sólo son legítimas las privaciones o restricciones de los derechos durante la vigencia de un régimen de emergencia en la medida que ellas permitan afianzar la seguridad nacional. Los actos de los particulares que afecten derechos constitucionales no tienen ese objeto. No puede sostenerse que la emergencia ampare tales violaciones. Menos puede negarse el recurso de protección que permitiría el pronto restablecimiento del derecho afectado.

Sin embargo, por aplicación literal del D.L. 1684, frente a los actos del poder y de particulares que se estimen arbitrarios o ilegales estaría excluido el recurso de protección durante la vigencia de la emergencia.

Ahora bien, si el fundamento de los regímenes de emergencia es la seguridad nacional y la emergencia está dentro del Estado de Derecho, Estado de Derecho que permite la adopción de medidas muy concretas que afectan los derechos constitucionales en defensa de la seguridad nacional, y por otro lado el recurso de protección tiene su fundamento en la defensa de los derechos constitucionales frente al acto ilegal o arbitrario, no se justifica la improcedencia del recurso de protección durante la vigencia de regímenes de emergencia, por cuanto sus fundamentos, su fines son distintos. El régimen de emergencia para mantener la seguridad nacional, el recurso de protección para restablecer el imperio del Derecho. Sólo el desconocimiento de principios elementales del Derecho y del Derecho Público pudo haber permitido la dictación del D.L. 1684, que más vale fuese ignorado para que la ignorancia no se personifique.

No interesa, en todo caso, el desconocimiento de los principios de Derecho Público que haya habido (que es técnica), lo que sí interesa destacar, aun cuando una cosa va unida con la otra la más de las veces, es que detrás del D.L. 1684, como en la aplicación que de él se ha hecho, no hay el menor sentido de lo que es justo (que es humanidad). Si los derechos constitucionales son justos, ya que corresponden al hombre por naturaleza o sirven para el cumplimiento de sus fines de forma directa o indirecta, los actos ilegales o arbitrarios que los afectaren serían injustos; luego, si se permite o facilita la dictación de actos contra lo que es justo o impide los medios para restablecer lo justo, no se ha obrado con justicia.

Basta de censurar las instituciones, ha llegado la hora de censurar al hombre, ¿qué se obtiene con mejorar la institucionalidad, si luego viene el mismo hombre y la deshace o la utiliza según su antojo? Más vale que mejoremos al hombre, antes de mejorar las instituciones que necesitan de la justicia del hombre para su creación, modificación, sustitución y aplicación. Si queremos tener instituciones justas, primero tenemos que formar hombres justos.

II. LIBERTAD PROVISIONAL

La libertad provisional, o excarcelación como se le denomina en el ambiente nacional, se encontraba reconocida en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, y su regulación en el Código de Procedimiento Penal.

Con la dictación del Acta Constitucional N° 3, dicha disposición fue sustituida por la que se establece en su artículo 1°, N° 6, letra d).

Sin embargo la regulación del ejercicio de ese derecho (ahora lo es) quedó entregada a la ley, ley que todavía no ha sido dictada, pero que podría dictarse en cualquier momento, con lo cual se solucionaría el problema suscitado en torno a la aplicación de dicho precepto constitucional. Por eso cualquier interpretación que se sostenga sobre esta materia será válida, si es compatible con el AC. N° 3, mientras no sea dictada la ley complementaria.

No es nuestro propósito intervenir en la ya larga polémica sobre este punto, aun cuando nos vamos a referir tangencialmente en nota a las interpretaciones que se han dado (9), sino el de poner de manifiesto que desde el punto de vista de la institucionalidad se ha avanzado notablemente en esta materia, al igual que ha ocurrido con la creación del recurso de protección, pero cómo, ese avance, se detendría por las vías más distintas: en el recurso de protección, por la vía legislativa e interpretativa judicial; en el caso de la libertad provisional, por la vía interpretativa judicial. Para concluir, en definitiva, que esos retrocesos tienen su causa no en las instituciones, sino en el hombre mismo que las utiliza —sea el juez, sea el legislador, en fin los ciudadanos— sin el sentido de lo que es justo, con lo cual se desvirtúa cualquier institución por más perfecta que fuere, y en consecuencia todo avance institucional es casi imposible.

Fundamento de la libertad provisional: Contradicciones antigua regulación.

La libertad provisional, como hemos dicho, se encontraba reconocida en el artículo 19 de la Constitución. El fundamento de esta institución se encuentra en la libertad misma del hombre que la propia Constitución aseguraba en su artículo 10.

Las privaciones a la libertad son ilegítimas cuando de ella no se ha hecho mal uso, o sea un uso contra el Derecho. Precisamente ese mal uso de este bien, que es la libertad, legitima su disminución o pérdida. Quien con el uso de su libertad ofende es indigno de ser libre. La libertad es para los hombres de bien. El hombre está encaminado hacia el bien, luego todos sus atributos, todas sus potencialidades también lo están. Así, la libertad debe ser utilizada para el bien, de lo contrario, la libertad se volvería contra el propio hombre. Cuando ésta se vuelve contra éste, la sociedad —que tiene por objeto procurar el bien de todos y cada uno— debe adoptar las medidas que eviten ese actuar maligno, y como la causa de ese actuar maligno está en la libertad, ella debe ser afectada.

Sin embargo, lo que es bueno y es malo, conceptos objetivos, en cuanto a su determinación, no está entregado al capricho humano, sino que es la misma ley —regla o medida de la razón— la que se encarga de establecer lo que es conveniente o no a la naturaleza del hombre.

Pero no sólo basta esa determinación porque no todos están dispuestos a caminar por la línea del Derecho, y es entonces necesario el establecimiento de algunas medidas destinadas a lograr el acatamiento del Derecho.

Esas medidas sólo pueden afectar a los que verdaderamente hayan traspuesto con su conducta los límites previsibles por el Derecho.

Para establecer quiénes verdaderamente han traspuesto esos límites, la prudencia ha indicado que es conveniente la existencia de una sucesión de actos encaminados a la comprobación de si el presunto infractor lo es.

De allí que frente a la ley no hay culpabilidad mientras no se haya agotado el último trámite destinado a demostrarla.

Mientras tanto el inculpado (sin culpa) frente a la ley es inocente. Por cierto, esto es una ficción jurídica, el inculpado realmente podría ser el hechor de un atentado a la ley, frente a la realidad social, culpable; en cambio, frente a la ley, inocente. Esta ficción muchas veces provoca reacciones airadas en la ciudadanía, porque a veces los atentados son de público y notorio conocimiento, pero frente al Derecho mientras no haya prueba de la culpabilidad hay inocencia, o porque la falta de prueba permite el crimen sin castigo.

Si no existiera un proceso encaminado a tal demostración de culpabilidad se correría otro riesgo: el castigo sin crimen, la condena del inocente.

He ahí el dilema, crimen sin castigo, o castigo sin crimen.

Ninguno de los dos extremos es aceptable. El temor al castigo sin crimen ha aconsejado establecer rigurosos procedimientos destinados a garantizar los mismos derechos de la persona. No obstante todas esas seguridades, el hombre no es perfecto, muchas veces se ha condenado a inocentes y muchísimas más se ha absuelto a culpables. Para los simpatizantes ello se debe por culpa de las instituciones, pero no es así las más de las veces. Es el hombre —juez, abogado, testigo, detective— culpable de que eso ocurra. Es el hombre el que tiene que aprender a respetar su inocencia. Es el hombre el que tiene que luchar para evitar la condena del inocente. Que no sea la mala voluntad, el recargo de trabajo, el cansancio, la venganza, una mala paga, el temor, la comodidad, el buscar lo más fácil, el buscar lo más sencillo, el buscar lo más simple, la presión, el capricho, la indisposición hacia alguien, el dinero, porque el bien de un hombre es el bien de todos.

Sólo un alto sentido de la justicia puede hacer que a cada cual se dé lo suyo. Quien no respeta la libertad, no respeta el Derecho; si quien no respeta el Derecho es la autoridad, deja de serlo. Quien no respeta la libertad conculca uno de los derechos garantidos por la Constitución, y ello en nuestro ordenamiento penal es un delito (C. Penal, Libro II, títulos III y V).

Sólo una concepción cristiana y humanista puede tener un concepto tan alto de los derechos de la persona humana. Consecuente con esta posición, la Comisión de Reforma Constitucional estableció como uno de los derechos del hombre, el derecho a la libertad provisional. Hay en esta materia un avance en relación a lo que había en la Constitución, mas sólo consecuencia en cuanto a la aplicación de los principios cristianos y humanistas, al igual como ha sucedido con el recurso de protección.

Hay un avance, por cuanto la Constitución de 1925 no lo reconocía como un derecho de todos y cada uno, sino que sólo estaba asegurada para los que no fueran presuntos responsables (y no responsables como allí se indica) de delitos que merecieran penas aflictivas.

Tal reconocimiento contenía una contradicción de fondo. Si hay inocencia mientras no se compruebe la culpabilidad, resulta que en tanto ello no ocurra, quien fuere inocente no puede ser afectado en sus derechos. La Constitución distinguía entre presuntos autores de delitos que merecieran penas aflictivas o no. De manera tal que la libertad provisional era tan sólo un derecho del detenido o procesado en caso de que el delito que se le imputare no mereciese pena aflictiva. Pero si tan inocente era el presunto autor de uno u otro delito, no había fundamento para establecerla como un derecho en un caso y en otro no. Significaba tal situación la negación de uno de los derechos fundamentales de la persona, como lo es la libertad.

Consagración de la libertad provisional como un derecho: Avance. (10)

Consecuente con el respeto que merecen los derechos inherentes a la persona humana, la Comisión de Reforma Constitucional estableció la libertad provisional como un derecho del detenido o de quien se encuentra sujeto a prisión preventiva, no de algunos detenidos o presos, sino de todos. Se acaba, con ello, la distinción de la libertad provisional fundada en la gravedad del delito, distinción que negaba tal derecho para quienes fueren presuntivamente responsables de delito que merecieran pena aflictiva, porque el principio básico del sistema penal chileno es el de la culpabilidad comprobada, de manera tal que mientras ésta no esté en tal estado, no la hay; es más, hay inocencia, no hay infracción a la ley. Es decir, frente a la ley no hay mal uso de la libertad. Si frente a la ley no hay incorrección en el actuar, ninguna limitación a la libertad se justifica, sólo son legítimas aquellas que se funden en el mal obrar.

No habiendo mal obrar, los derechos de la persona, en consecuencia la libertad, están a salvo. El poder público no debería afectarla, salvo en el caso de los regímenes de emergencia como lo hemos explicado cuando nos referimos al recurso de protección. Con toda lógica la Comisión ha reconocido el derecho a la libertad provisional para todos los detenidos o procesados presos.

Pero hemos dicho que la culpabilidad necesita ser demostrada. Demostración que, reconocida como una garantía más de los derechos (puesto que sin ella, o sea, la condenación a priori, puede llevar a la condena sin crimen), exige para su realización la contribución de todos los ciudadanos que estén en situación de expresar todo aquello que se relacione con la investigación que se sustancia para tales efectos. Tal contribución se funda en el mismo bien común, puesto que siendo ése el fin del Estado, su promoción exige el respeto de los derechos de todos y cada uno de los habitantes. Y es en función de ese respeto que el poder público puede exigir legítimamente (existiendo, en consecuencia, el deber moral de acatar) tales contribuciones a dichos habitantes, poder que, por cierto, no podría exigir una contribución más allá de lo necesario, porque de lo contrario ocurriría que potestades que arrancan de la necesidad misma de procurar el bien común, serían utilizadas para conculcar los derechos de la persona, con lo cual el uso de dichas po-

testades se tornaría ilegítimo, pues no tenderían al bien de todos y cada uno de los habitantes. Y frente a los poderes ilegítimos no hay obligación de obedecer si la desobediencia es razonable y prudente.

La detención, la citación de testigos, la exhibición de documentos, el reconocimiento de especies, la obligación de denunciar la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, etc., son típicas contribuciones que pueden ser exigidas por el poder público, por cuanto podrían ser necesarias para la demostración de culpabilidad. Quien no contribuye de buena manera o niega su contribución, niega su contribución al bien común, que es su propio bien y el bien de todos, o sea, infringe la finalidad del Estado y como la finalidad del Estado es desarrollada por el Derecho, éste podrá establecer los medios coactivos necesarios y suficientes para lograr esa colaboración.

Así la detención y la prisión preventiva son formas de contribución al bien común, y no sanción o pena. Tal contribución es legítima en la medida que ella permita tal objetivo. Sólo se puede detener o sujetar a prisión preventiva a aquellas personas que de un modo cierto puedan contribuir a la determinación de culpabilidad y por el tiempo que sea estrictamente necesario para el mismo objetivo. Todo ello sin perjuicio que tales restricciones puedan constituir medidas de seguridad para el presunto ofendido, medidas que también se podrán adoptar con legitimidad por cuanto redundarán en beneficio de la comunidad toda, cuando por las especiales circunstancias de peligrosidad del presunto responsable la sana prudencia así lo aconseje.

Quien está en mejor posición para tal cooperación es precisamente aquel que se indica como presunto autor de una acción reprochable jurídicamente. Esa detención o prisión es justa porque se funda en el bien común, y necesaria porque permitirá obtener información acerca del culpable que se busca. Mas no significa tal detención o prisión culpabilidad. El detenido o preso debe ser tratado como inocente, de allí que su derecho a la libertad siempre debe ser respetado. Así lo entendió el constituyente y la estatuyó como un derecho del detenido o preso preventivamente, que procede siempre, salvo que ella sea estrictamente necesaria para la investigación del sumario, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

Aquí nos enfrentamos con tres excepciones que pueden hacer ilusorio el derecho si son aplicadas abusivamente. El constituyente ha dejado al juez la determinación de lo que sea estrictamente necesario para la investigación, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Tal determinación, en ningún caso podría ser arbitraria. Estas potestades contienen lo que se ha venido en denominar por la doctrina conceptos jurídicos indeterminados, cuya determinación no debe ser arbitraria, o sea, no está por sobre o fuera del Derecho: el juez tiene que efectuar tal determinación ciñéndose rigurosamente a los principios generales del Derecho, a la equidad, a los hechos del proceso, al fin de la ley, en definitiva, a lo que es justo, en cada caso. Determinación que en caso alguno puede quedar exenta del control de la instancia superior, la cual debe conocer y puede corregir. El juez que abusa de estas excepciones comete abuso de poder y atenta contra uno de los derechos garantidos por la Constitución.

La nueva normativa de la libertad provisional constituye un notable avance; sin embargo, para que tal avance sea efectivo será necesari-

rio que el juez comprenda el valor de la libertad de la persona y sea capaz de dar efectivamente, en cada caso, lo que corresponde. Si el juez hace aplicación mecánica de tal disposición, lo más seguro será que ese avance constitucional no se reflejará efectivamente en la tutela de los derechos ciudadanos. Esto es una prueba más de que por muy perfecta que sea una institución, si no existen hombres dotados de sentido de justicia, tales instituciones se vuelven contra el propio hombre que las ha creado.

Eso es lo que podría ocurrir con esta institución, puesto que aún no ha sido aplicada por los Tribunales. Veamos por qué no ha sido aplicada.

Aplicación del derecho a la libertad provisional: Retroceso.

El Acta Constitucional Nº 3 dispone que la ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. Esta remisión a la ley es lo que ha permitido a los Tribunales seguir aplicando la antigua regulación. Viene aquí el recuerdo de las llamadas disposiciones constitucionales programáticas. Se ha sostenido que estas disposiciones no se aplicarían mientras no sea dictada la ley complementaria, pero al margen de que esa afirmación es insostenible no vendría al caso, aun cuando algunos en ella se han pretendido asilar.

En efecto, el Acta Constitucional Nº 3 derogó expresamente el artículo 19 de la Constitución de 1925 que establecía la normativa de la libertad provisional. Normativa que como vimos precedentemente distinguía entre delitos sancionados con pena aflictiva y delitos no sancionados con tales penas. Respecto de estos últimos estaba asegurado el derecho a la libertad provisional. Fundada en esa distinción, su regulación complementaria estableció diversas modalidades para la concesión de la libertad provisional que iba desde la improcedencia absoluta hasta la procedencia obligatoria. Esas modalidades se encontraban en el Código de Procedimiento Penal, modalidades que eran perfectamente compatibles con la Constitución que al efectuar tal distinción permitía la del Código de Procedimiento.

Sin embargo, dicha regulación complementaria, con la derogación del artículo 19 de la Constitución y la dictación de su nueva normativa por el Acta Constitucional Nº 3, no se aviene con la referida nueva normativa precisamente en todo aquello que importa la privación del derecho a la libertad provisional en atención a la gravedad del delito, porque tal supuesto ya no existe. Ahora la libertad provisional procede siempre, salvo las excepciones anotadas, no importando la gravedad del delito; merezca éste o no pena aflictiva el Derecho procede.

Si el artículo 19 de la Constitución ha sido derogado expresamente, si además el actual constituyente (AC. Nº 3) ha dictado una nueva normativa de la libertad provisional que viene a cambiar sustancialmente la amplitud de su procedencia, necesariamente todas las regulaciones complementarias que sean incompatibles con el AC. Nº 3 han quedado tácitamente derogadas, de manera tal que los artículos del Código de Procedimiento Penal que establecen distinciones en función a la gravedad del delito han quedado derogados.

Toda vez que se aplicaren dichas disposiciones se estaría aplicando disposiciones derogadas (11), o sea se estaría actuando al margen del Derecho, y ese actuar, en consecuencia, sería nulo (AC. N° 2, art. 6). Quién sabe si sería necesario indagar cuántos procesados en prisión preventiva habrá actualmente, por aplicación de un razonamiento obviamente contrario a las propias normas constitucionales vigentes.

Así el avance constitucional resulta ilusorio. El progreso institucional no ha sido comprendido por los hombres encargados de hacerlo realidad. No basta hacer leyes justas, es necesario formar hombres justos.

III. CONCLUSION

En esta última parte trataremos de explicar, a través de un planteamiento general, la causa de estos retrocesos institucionales.

Se ha dicho con repetida frecuencia que las estructuras institucionales chilenas han fracasado. No se repara, sin embargo, que esas mismas instituciones han sido servidas por hombres. Falso es, por lo demás, que sean las instituciones las que corrompen a los hombres, sino que, por el contrario, son los hombres los que se sirven de las instituciones para satisfacer anhelos particulares, de grupo, clase o partido, y no para la satisfacción del bien común para y por lo cual fueron creadas.

Nada más fácil que hablar de cambios estructurales, basta sólo la dictación de una ley. Mas los males continúan.

Eso es lo que ha ocurrido con la Constitución de 1925. Es muy fácil hacer leña del árbol caído y soslayar el problema de fondo. La crisis institucional chilena hay que decirlo sin ambages fue una crisis de hombres, producto de una educación amoral. Allí donde el hombre pierde el sentido del bien y del mal, en que todo es posible por consecuencia, las instituciones pueden ser utilizadas con cualquier objeto porque su finalidad deja de ser objetiva para pasar a ser una finalidad subjetiva, relativa.

El Derecho sin valores objetivos pasa a ser la voluntad del Estado, el arbitrio estatal. La actividad del Estado no tiene límites.

Sin embargo el Estado, la sociedad civil perfecta, es creación puramente natural, como consecuencia de la sociabilidad misma de la naturaleza humana. De manera tal que éste se encuentra inserto dentro de un ordenamiento jurídico natural, ordenamiento que tiene por objeto la satisfacción del bien común. Ese es el fundamento, la causa y el fin del Estado. Y ese ordenamiento jurídico natural no viene a ser sino la naturaleza misma del hombre. O sea que ese ordenamiento existe por el hombre y para el hombre. Positivizado el Estado por el Derecho se transforma en el productor de la juricidad, adquiriendo éste la coactividad necesaria, mas ello no importa una atribución normativa ilimitada, puesto que la naturaleza del hombre siempre va a ser el fundamento y el límite de la actividad del Estado. Quienes por uno u otro camino niegan estas verdades y privan con ello al hombre de los derechos que son inherentes a su propia naturaleza, determinando con ello que los derechos del hombre no son más que meras concesiones del Estado, a título precario, son directamente los causantes de esta crisis.

Pues así el Derecho no tiene más fundamento que la pura razón, la razón del Estado. Con ello, toda norma va a depender más bien de fines prácticos, que de fines inmanentes a la naturaleza del hombre. El rompimiento del cordón umbilical entre la naturaleza del hombre y el Derecho es y será la causa de todas las crisis institucionales.

Hemos hecho esta reflexión final porque ya con mucha majadería se está sosteniendo que la solución para dicha crisis depende del mero cambio de la institucionalidad. No estamos planteando un quietismo institucional ni mucho menos, simplemente dejando en evidencia que la causa principal de la crisis institucional está en el hombre mismo, en la concepción del Derecho que en Chile ha imperado.

De lo que se trata, es de advertir que si no se cambia el modo de concebir el Derecho, ningún avance institucional podrá ser verdadero. Mientras no se conciba al Derecho como un instrumento para la realización de la justicia, cualquier institucionalidad ya está fracasada. Jamás se podrá siquiera insinuar que se falló en Derecho si ese fallo no es justo. Ninguna ley puede serlo si no es justa. Ningún acto administrativo será si no es justo. Ningún acto jurídico podrá serlo si tampoco es justo. El Derecho es si es justo. El objeto de la justicia es el Derecho, luego el límite de éste está en ella, lo que no es justo no es Derecho. El fin del Derecho es la justicia y no otro. Buscar la finalidad de la ley es buscar la justicia, y buscar la justicia es tarea de hombre y de los hombres. Cobarde el que se asila en el Derecho para frustrar la justicia.

Quien utiliza el Derecho para otros fines que no sea la justicia no aplica Derecho, quien no aplica Derecho no tiene autoridad, quien no tiene autoridad es un tirano. Tirano el juez, tirano el administrador, tirano el legislador, tirano el empresario, tirano el particular. Tirano no hagas a los demás lo que a ti no te gustaría que te hicieren. ¿Quién busca la justicia? ¿Quién enseña lo que es justo? ¿Todos los días acaso no hay un funcionario público o un particular que asesina a la justicia?

Las instituciones son para realizar la justicia. Toda crisis institucional deriva precisamente de esa disociación entre institucionalidad y justicia. Sin perjuicio de que la institucionalidad haya devenido inoperante por el cumplimiento de las necesidades o el cambio de éstas.

En Chile esa disociación entre institucionalidad y justicia provocó la crisis. El Derecho fue utilizado para empobrecer ilegítimamente a unos y enriquecer del mismo modo a otros. Ello posibilitó la expansión del socialismo, que de su muy particular punto de vista de la "justicia" quiso remediar el entuerto privando ilegítimamente, injustamente a unos para darlos al Estado, como si el estatismo fuera la justicia. Cuando no el Derecho fue utilizado para la obtención de fines de grupo, movimientos o partidos, y así pasó a ser "justo" todo aquello que favoreciera los fines perseguidos por esas agrupaciones, o sea, el Derecho al servicio de un sector ciudadano, el Derecho utilizado sin más razón que la diferencia del pensamiento.

En ambos casos, que son de fácil comprobación, el Derecho no estuvo al servicio del bien común, es decir, del bien de todos y cada uno de los habitantes de Chile, sino el Derecho al servicio de sectores parcia-

lizados, cuando no minoritarios de la población. Algunos más moderados plantearon la "justicia" del término medio, lo que era bueno para una mayoría, era bueno para el país. Falso, lo que es bueno para todos y cada uno de los chilenos es bueno para el país, esa justicia del término medio no es justicia.

Esa fue la crisis chilena, crisis que por lo ocurrido con estas dos instituciones que se han analizado pareciera que persiste, crisis que tiene su fundamento en los chilenos mismos que no fueron capaces de obrar justamente. Buscar las causas en la institucionalidad misma es perder el tiempo. El remedio está en la educación, la tarea actual es formar chilenos con sentido de la justicia, la justicia no es privativa de los hombres públicos, es privativa de los hombres. Formad hombres justos y reinará la justicia.

(1) Sobre el recurso de protección véase E. Soto Kloss, Amparo Judicial y recurso de protección, Revista de Derecho Público Nº 19-20 (1976), 155-189; y Recurso de protección, ¿una acción incomprensible?, en el Mercurio (Santiago), 19-6-77, p. 2. También puede verse Miguel Otero Lathrop, El recurso de protección: fines, requisitos y naturaleza jurídica. Revista de Derecho Público Nº 20-21 (1977), 219-231. Las Actas Constitucionales totalmente actualizadas pueden consultarse en Actas Constitucionales, Antecedentes y textos, Ed. Jurídica de Chile, 1977.

(2) Para el estudio del recurso de protección deben consultarse Las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesiones 213, 214, 215, 216 y 241. En esta nota hemos incluido sistematizadamente gran parte de esas sesiones. Para facilidad del lector dividiremos por letra el contenido de esta nota.

(a) Antecedentes del recurso de protección.

El recurso de protección tuvo como antecedente directo un proyecto presentado al Senado de la República en 1973 por los entonces Senadores Srs. Sergio Onofre Jarpa y Sergio Diez Urzúa, y anteriormente y en iguales términos por los Diputados Srs. Arnello, Lorca y Undurraga, y cuyo texto era el siguiente:

"Artículo 1º.—Agréguese al art. 11 de la Constitución Política el siguiente inciso:

Quienes por procedimientos, actos u omisiones arbitrarias o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quienquiera, sea perturbado o privado del legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, trabajo o derechos garantizados por la Constitución y las leyes, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes. La Corte Suprema acordará lo necesario para la rapidez y eficacia de este procedimiento y del señalado en el art. 16, los que estarán exentos de todo tributo".

A decir del comisionado Sr. Lorca, el proyecto de ampliación del recurso de amparo antes transcrito fue presentado porque "en la época en que aquélla fue concebida se estaban conculcando en forma seria y grave las garantías constitucionales. El ciudadano se veía ante el problema clarísimo de que no tenía prácticamente dónde concurrir para que se le repusiera de manera rápida en su anterior situación, en cuanto a su derecho, a su libertad personal y a sus derechos constitucionales en general. Eso fue lo que ocurrió, en el fondo, durante todo el proceso de la Unidad Popular". (Sesión 214, p. 7).

(b) Denominación del recurso.

Este instrumento de tutela de los derechos constitucionales fue denominado recurso de protección por el Comisionado Sr. Evans, como se desprende de la siguiente intervención: "Cree en la necesidad de una ampliación del recurso de amparo, pero como un recurso diferente de éste, que llamaría "recurso de protección" (Sesión 214, p. 9). Por lo demás existe reconocimiento, en cuanto a que el Sr. Evans habría denominado de este modo al recurso como se desprende de las siguientes intervenciones del Sr. Ortúzar: "Le parece que perfectamente pueden

coexistir ambos preceptos: el de carácter general, que desde luego va a tener aplicación en todos aquellos casos en que no pueda jugar este "recurso de protección", como lo ha llamado el señor Evans" (Sesión 214, p. 12-13); "Corresponde seguir ocupándose en la ampliación del recurso de amparo, que provisionalmente se ha llamado "recurso de protección", de acuerdo con la terminología propuesta por el señor Evans". (Sesión 215, p. 2).

Si bien de lo anterior se desprende de un modo inequívoco que quien denominó derechamente a esta institución fue el Sr. Evans, debemos dejar constancia de que el Comisionado Sr. Lorca fue el primero en utilizar las expresiones recurso de protección como se observa en las siguientes intervenciones que profirió en la Comisión de Estudios Constitucionales: "En todo caso hay que darle la oportunidad que debe tener el precepto, como un recurso de protección de esos derechos". (Sesión 214, p. 8); "pero piensa también que este recurso de amparo ampliado o de protección". (Sesión 214, p. 8).

(c) Fundamentos que se tuvieron en vista para crear el recurso de protección.

En esta letra reproduciremos parte de las intervenciones más esclarecedoras por orden cronológico:

El Sr. Ortúzar: "Le parece muy conveniente una ampliación del recurso de amparo, porque no ve en principio una razón que justifique este derecho de hábeas corpus sólo respecto de la libertad personal. Hay otros derechos y garantías, hay otros derechos básicos que son tanto o más importantes inclusive, en un momento dado, que la libertad personal. De manera que, en principio, filosófica y conceptualmente, le parece que se justifica buscar las herramientas que puedan hacer eficaz la protección de los derechos humanos". (Sesión 214, p. 5-6).

El Sr. Lorca: "Cree que todo el trabajo que se ha hecho con relación a las garantías constitucionales va a ser visto precisamente en razón de la protección que el constituyente les va a dar a estas garantías. Es evidente que el recurso de amparo hoy día es un recurso restringido, y como se ha dado a las garantías constitucionales una proyección tan extraordinariamente importante, por el trabajo que se ha hecho acá, es absolutamente necesario que se otorgue la verdadera garantía que precisa todo este cúmulo de derechos y de libertades que se otorgan a los ciudadanos. Si no se entrega un instrumento útil, práctico y ágil, en el fondo no se está dando más que una ilusión, una teoría, y ésa fue la idea que tuvieron los redactores de la disposición que se ha citado como antecedente de este precepto sobre recurso de amparo". (Sesión 214, p. 7).

"Todo el sistema de garantías constitucionales esté resguardado por disposiciones ágiles que permitan al ciudadano en el momento en que se sienta frustrado en sus derechos ciudadanos recurrir al mecanismo que el constituyente cree". (Sesión 214, p. 8).

"Cree que se debe partir, de la base de que este recurso debe ser considerado, porque se infundirá confianza en la opinión pública en la medida en que realmente se garantice en forma muy eficaz todos o los más importantes derechos y libertades consagrados en el Capítulo de Garantías Constitucionales". (Sesión 214, p. 8).

(d) Naturaleza procesal de la institución: ¿Recursos o Acción?

Aquí queremos consignar que, a diferencia de como lo ha hecho la doctrina, la Comisión de Estudios Constitucionales calificó a este mecanismo de protección como recurso y no como acción. Sobre el particular no emitiremos ninguna opinión, pues ello excedería el marco de este trabajo, por lo demás ello no influye para nada en la aplicación de la disposición.

Para este efecto se deben tener en cuenta las intervenciones de los Srs. Guzmán y Evans. El Sr. Guzmán pregunta: "Si no sería conveniente o más correcto, donde dice "sin perjuicio de las acciones que procedan", expresar "sin perjuicio de las demás acciones que procedan", a lo cual el Sr. Evans contestó: "No procede esa modificación, porque esto no es una acción, sino un recurso, y cree que hay una diferencia procesal entre una acción y un recurso. En su concepto, aquí se está usando un recurso por el cual se solicita la solución de un problema inmediato, y las acciones vendrían después". (Sesión 215, p. 8). Más adelante el Sr. Guzmán recordando la intervención del Sr. Evans puntualizó: "Y por eso entendió, en la sesión anterior, incluso —aunque se le dijo que técnicamente no era lo más correcto, porque el recurso no era propiamente una acción". (Sesión 216, p. 4).

(e) Objetivo del recurso de protección.

El objetivo del recurso de protección se colige de diversas intervenciones como vgs. la de los Srs. Ortúzar: "Este es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado". (Sesión 214, p. 6); y Guzmán. La intervención de este último deja muy en claro que los objetivos directos que se persiguen con la interposición del recurso son dos: 1) Dar la debida protección a quien se sienta amenazado en sus derechos; y 2) Restablecer el imperio del Derecho si éstos fueran afectados; "le parece evidente que en el caso de que haya una amenaza sólo se podrá asegurar "la debida protección del afectado" y no se aplica la oración "que se restablezca el imperio del Derecho", pues éste no ha sido menoscabado". (Sesión 215, p. 9).

(f) Beneficiario del recurso: "El que". Personas naturales y jurídicas. Ente individual o colectivo.

Quedó claramente establecido que el sujeto activo del recurso de protección puede ser cualquier persona afectada, de algún modo, en sus derechos, sea natural o jurídica como se desprende de las siguientes intervenciones:

El Sr. Silva Bascuñán: "Dice que, desde luego, entiende que las palabras "El que..." se refieren a cualquier persona natural o jurídica".

El Sr. Ortúzar coincide con el Sr. Silva B. en que, naturalmente, se trata de toda persona...

El Sr. Silva Bascuñán: "Estima conveniente dejar constancia en el Acta de esta interpretación".

El Sr. Guzmán: "Pregunta si en el precepto sólo se comprenden las personas jurídicas y no las morales que no tiene personalidad jurídica. Explica que se refiere, por ejemplo, al derecho de reunión, que puede ser invocado por un grupo que carece de personalidad jurídica". (Sesión 215, p. 5).

Agrega que le ha surgido la inquietud de que, a la luz del planteamiento del señor Silva Bascuñán de restringir esto a las personas naturales o jurídicas, no quedarían comprendidos aquellos grupos o personas morales, llamadas genéricamente así, que carecen de personalidad jurídica. Piensa que es cierto que están formadas por personas naturales, pero cuando un grupo que no tiene personalidad jurídica, pero que existe como persona moral, ejerce un derecho, no cabe entender a su juicio que se trata simplemente de una suma inorgánica de ejercicio de muchos derechos individuales por cada una de las personas naturales que lo integran.

Opina que el Derecho, por ejemplo, que se ha reconocido a la autonomía de los grupos intermedios, se extiende no sólo a las personas jurídicas, sino también a las personas morales, a los grupos en general, y destaca el hecho de que en otras partes de la Constitución se ha hablado de "grupos", sin que esto suponga necesariamente la personalidad jurídica, lo que da titularidad a ciertos derechos en el orden, principalmente civil, pero derechos más genéricamente entendidos en el campo del orden constitucional o del derecho público los tienen todos los grupos intermedios, y por ese motivo hacia la salvedad. (Sesión 215, p. 6).

El Sr. Ortúzar: "Cree que, en los términos indicados por el Sr. Guzmán, no hay inconveniente alguno en dejar constancia en el Acta de su alcance o interpretación, porque es evidente que el precepto favorece o resguarda los derechos no sólo de una persona natural, sino también de un grupo de personas naturales, y si es de un grupo de personas naturales, es de una persona moral". (Sesión 215, p. 6-7).

El Sr. Silva Bascuñán estima que la recta interpretación "para su constancia en el Acta, de que se refiere a todo ente individual o colectivo, que tenga un derecho en la Constitución... etc.". (Sesión 215, p. 7).

El Sr. Guzmán, más adelante, a propósito de una intervención del Sr. Silva señaló que: "Hay un punto al que no sigue bien el Sr. Silva, porque entiende que él está planteando algo que en la Comisión concuerda plenamente, que es que el beneficiario debe estar directamente precisado por el constituyente, y, en seguida, que las circunstancias hacen radicar ese derecho en un titular perfectamente determinado, que es el que se ha denominado con la expresión "El que", es decir, aquella persona natural o grupo, aquella persona moral, aquella entidad que se crea afectada por esto. Considera que es evidente, entonces, que nadie

puede reclamar de este derecho genéricamente, por simple amor al derecho mismo, sino que tiene que sufrir un menoscabo o una amenaza alguna persona determinada".

A lo cual el Sr. Evans "concuera con esta observación del señor Guzmán". (Sesión 215, p. 24-25).

(g) Sujeto pasivo. Autoridad política o administrativa, juez, legislador, persona natural o quienquiera.

Entre las primeras intervenciones que se formularon hay una que es rectora en la idea final recogida en relación con el autor de la perturbación o amenaza del derecho, cual es la efectuada por el Sr. Ortúzar: "Le parece conveniente que la disposición sea amplia y no sólo comprenda los actos u omisiones arbitrarios de la autoridad política o administrativa, sino de quienquiera, como expresa el proyecto. Y al decir de quienquiera, entiende que no sólo comprende a los particulares sino que incluso podría comprender el día de mañana al Congreso, a una rama del Parlamento que, actuando fuera de la esfera de los mecanismos de generación de la ley, para cuyo efecto hay otros procedimientos, atentara contra ciertos derechos básicos de las personas. Un acuerdo de la Cámara de Diputados que dispone la detención de un funcionario del Congreso, para señalar un caso cualquiera, sería lisa y llanamente susceptible de recurso. Del mismo modo, un juez que sin que se haya incoado un proceso, donde naturalmente pueden tener lugar los recursos que la ley establece, lisa y llanamente atenta contra el derecho de propiedad dictando una resolución abusiva, violando el domicilio de un ciudadano cualquiera. ¿Por qué no va a poder ejercerse este recurso? No cabría ejercer otro porque no hay ni siquiera un procedimiento incoado". (Sesión 214, p. 6).

Más adelante se fija de modo definitivo el sentido de las siguientes intervenciones:

Sr. Ortúzar: "Parece que también hubiera consenso en el sentido de que este recurso de amparo puede ejercerse respecto de cualquier acto u omisión, arbitrario o ilegal, sea de autoridad política o administrativa o de quienquiera".

Sr. Evans: "Expresa que no hay necesidad de decirlo. Toda persona puede ser perturbada en legítimo ejercicio de los derechos tales y cuales ¿por quién? la Constitución no dice nada, porque el perturbador puede ser cualquiera autoridad u otro particular".

Sr. Ortúzar: "Si no se dice nada, se entiende que naturalmente puede tener lugar cualquiera que sea el origen de la perturbación o de la prohibición". (Sesión 214, p. 19-20).

(h) Derechos protegidos por el recurso de protección.

En realidad no todos los derechos constitucionales se encuentran protegidos por este recurso. La razón que se tuvo para determinar cuáles debían ser incluidos en esta disposición fluye de diversas intervenciones, todas coincidentes, como la del Sr. Guzmán que transcribiremos a continuación: "Sin lugar a dudas que, si ése es el sentido, por la naturaleza propia de los derechos llamados "sociales", aquellos que dependen de la capacidad económica del Estado o de la acción gubernativa general del Estado, no pueden entenderse cubiertos por esta disposición por su naturaleza propia.

Por lo tanto, el precepto está concebido para el otro género de derechos, aquel que puede ser obstaculizado por una acción o una omisión culpable de un tercero o de una autoridad, omisión que sea fácilmente subsanable, removiendo simplemente un obstáculo". (Sesión 214, p. 20).

O, la del Sr. Evans quien: "Es absoluto enemigo —añade— de establecer un recurso de protección amplio, porque el día de mañana se puede llegar a pretender que ciertos derechos, que se realizan mediante prestaciones del Estado, pueden ser exigibles por la vía de un recurso de esta naturaleza.

Por esta razón, desea que determinados derechos que reúnen las características que señaló en la última sesión —derechos de carácter personal, que se ejercen de manera permanente y en cuyo ejercicio habitual estén todos insertos— sean los que queden comprendidos en esta protección y no otros". (Sesión 215, p. 7-8).

Respecto a los derechos incluidos algunos dieron origen a discusión, otros simplemente fueron incluidos. Dentro de los que dieron lugar a debate están los siguientes:

Derecho de Asociación: Las razones que se dieron para incluirlo están contenidas en las siguientes intervenciones:

Sr. Evans: "En esta materia hay ocasiones en que puede necesitarse una resolución rápida, como por ejemplo, si a alguien se le pretende obligar a pertenecer a una asociación, lo que expresamente está prohibido por la Constitución".

Sr. Guzmán: "Cree que también sucedería si se niega la personalidad jurídica". (Sesión 215, p. 10).

Derecho a la salud: "Las personas podrán elegir el sistema estatal de salud o el de atención privada...".

Sr. Silva Bascañán: "Estima que si le impiden ver al médico que desca consultar, tiene el recurso de amparo...".

Sr. Lorca: "Hace presente que nada depende allí del Estado...".

Sr. Ortúzar: "Considera que, en realidad, debía mediar un acto de autoridad en este caso, que obligara a los particulares, porque si éstos tienen la libertad de elegir, un particular no puede enervarlos y, desde luego, no puede perturbarlos".

Sr. Guzmán anota: "Podría haber instituciones que lo coartaran para sus miembros". (Sesión 215, p. 14-15).

No se podrá exigir la afiliación a una organización sindical como requisito para desempeñar una determinada actividad o trabajo:

Sr. Evans: "Pues, si se hace tal exigencia, la persona se puede morir de hambre mientras se tramita una acción de otra naturaleza". (Sesión 215, p. 16).

Libertad de trabajo y a su libre elección:

Sr. Ortúzar: "Considera que esto podría tener trascendencia sólo en el caso de que el día de mañana se obligara a una persona a ejecutar un trabajo determinado o se le impidiera ejercer su libertad de trabajo".

Sr. Evans: "Con el objeto de que a nadie se le imponga, por ejemplo, un trabajo esclavizado". (Sesión 215, p. 16).

Inexcusabilidad del Tribunal:

Sr. Ortúzar: "Es muy importante..., porque, precisamente, un tribunal puede negarse a actuar". (Sesión 215, p. 19).

(i) **El recurso de protección en relación a las demás acciones tutelares: "Sin perjuicio de los demás derechos".**

Sobre el particular quedó muy en claro cuál es el papel del recurso de protección en relación a los demás derechos, acciones, peticiones, procedimientos que se puedan intentar. Así vgr. se comprueba en las siguientes intervenciones:

Sr. Ortúzar: "No le hace fuerza el argumento de que este signifique o pueda significar destruir el ordenamiento jurídico y los procedimientos que actualmente establece la Constitución o las leyes, porque expresamente el proyecto dice que el recurso es sin perjuicio de las acciones que procedan ante los tribunales competentes. De manera que éste es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado". (Sesión 214, p. 6).

Sr. Lorca: "Estima muy atendible lo expresado por el Sr. Silva Bascañán, en cuanto a impedir que este recurso de amparo tan amplio que se pretende crear interfiera con aquellos estatutos legales que establecen o señalan algunos procedimientos que garantizan otros derechos o libertades, y de esa manera evitar la creación de sistemas paralelos. Más que un recurso de amparo es un sistema tan distinto, tan diferente, tiene una finalidad tan concreta y precisa que no cree que interfiera con otros sistemas creados". (Sesión 214, p. 8).

Respecto al punto relativo a los tribunales contencioso administrativo... Estima que ahí podría existir interferencia de legislaciones, porque si una autoridad administrativa dicta una resolución y ella es objeto de recurso ante el tribunal de lo contencioso-administrativo, éste tendrá que resolver en derecho qué ocurre con este acto ilegal o arbitrario de esa autoridad administrativa. Piensa que estos tribunales van a tener un procedimiento muy específico, y todas las legislaciones que los han creado así lo han establecido; pero es un proceso de lato conocimiento en el sentido de que se tramita como en la justicia ordinaria, con ciertas limitaciones, naturalmente. Por ello, pudiera haber ciertas interferencias entre estas legislaciones, pero piensa también que este recurso de amparo ampliado o de protección tendrá una tramitación mucho más rápida, y dará al ciudadano afectado la posibilidad de verse repuesto de inmediato en los derechos de que ha sido privado". (Sesión 214, p. 8).

Sr. Evans: "¿Por qué tiene importancia la frase final de este proyecto de los ex Senadores señores Díez y Jarpa que se está tratando? Porque dice, "sin per-

juicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes", y esto incide en lo que se ha aprobado. Se ha dicho, estableciendo un sistema general, que "toda persona puede ocurrir a los tribunales de justicia y ningún derecho consagrado en la Constitución o en las leyes que aparezca conculcado puede quedar sin protección judicial". Lo que se está estableciendo ahora, es un recurso de protección especial, de acción y resolución inmediata en caso de conculcación de ciertas garantías, distinto de la otra acción corriente de quien se crea afectado en el disfrute legítimo de otros derechos".

Quedan otras garantías constitucionales que pueden ser amparadas, por tanto, por otros medios, a través de otros procedimientos, por ejemplo, en los tribunales de lo contencioso administrativo... Ahí opera el precepto general que se ha establecido, pero, en materia de garantías constitucionales, debe existir un sistema especial, escueto, de protección que dé a los tribunales amplitud para operar frente a las situaciones más inimaginables que pueden presentarse respecto de tales garantías.

Si se obra así, no se interfiere para nada el funcionamiento de los tribunales en lo contencioso-administrativo, porque éstos tendrán jurisdicción cuando alguien vaya a reclamar después de ser protegido —por eso se llama recurso de protección—, solicitando que se sancione a la autoridad política o administrativa que excedió y fue arbitraria al ordenar un allanamiento o violar correspondencia o efectos personales. "Se podrá recurrir a la jurisdicción penal; en caso de que deba aplicarse una sanción administrativa, estarán los tribunales administrativos; si se trata de pedir una indemnización, estarán los tribunales civiles o los administrativos, pero será un procedimiento de lato conocimiento".

"Supongamos que el día de mañana se instala en la oficina de alguien un individuo con orden de la autoridad política para revisar correspondencia y papeles personales, lo que primero interesa es que salga de la oficina. Después se verá cómo actuar en contra del Intendente, el Gobernador, el Ministro, el Director General de un servicio o quien haya sido el que procedió en forma arbitraria y se exigirán sanciones, indemnizaciones y prestaciones ante las correspondientes competencias jurisdiccionales. Pero, antes, interesa que la protección sea inmediata". (Sesión 214, p. 10-11).

Sr. Ortúzar: "Y este otro recurso, que tiene por objeto restablecer de inmediato el imperio del derecho, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva después de incoado el procedimiento correspondiente". (Sesión 214, p. 13).

Sr. Silva Bascuñán: "Le parece muy bien que se diga "sin perjuicio de las acciones que procedan ante los tribunales correspondientes" por la interpretación que se ha dado al recurso de amparo, que se sostiene que no corresponde, según el legislador, cuando se ha interpuesto otra acción". (Sesión 216, p. 3).

Es muy interesante la respuesta del Sr. Schweitzer frente a la siguiente pregunta del Sr. Evans: "Si al cautelarse la libertad personal el constituyente nunca estimó necesario hablar de que el recurso de amparo procedía y ello no obstaba ni obstaculizaba el ejercicio de las demás acciones, ¿por qué tienen que decirlo ahora?, ¿qué necesidad hay de expresarlo?, ¿por qué se va a suponer que un recurso de protección como el que se está estableciendo va a extinguir los demás derechos y acciones que tenga el afectado por la acción u omisión arbitraria de que se trate? La respuesta del Sr. Ministro de Justicia fue la siguiente: "Hace presente que no obstante lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución la ley dijo otra cosa. Y no es inconstitucional, porque no está prohibiendo ni está negando el hecho. Es así como el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal planteó el problema sobre la base del texto del artículo 16 de la Carta Fundamental. Sin embargo, ese artículo dijo que este recurso, que es el de amparo, no procedía si se habían interpuesto otros recursos legales".

"Agrega que comprende que con la redacción propuesta la situación sería a la inversa, ya que lo que no procedería serían los otros recursos o acciones, excepto el de protección si ya se ha interpuesto, pero se corre el riesgo que la ley, como en el caso del recurso de amparo, diga otra cosa. Por ello cree necesario colocar la frase "sin perjuicio de las acciones que procedan", porque en tal caso sería la propia Constitución la que estaría salvando el eventual problema". (Sesión 216, p. 45).

El Sr. Silva Bascuñán: "Concuerda con el Sr. Ministro, ya que si se quiere que precisamente no haya obstáculo para que este recurso sea efectivo, cualesquiera que sean los demás caminos de protección que se adopten dentro del ordenamiento jurídico, hay que decirlo claramente. Porque ya tienen el precedente del recurso de amparo en que por no haberlo dicho en forma expresa

el constituyente, el legislador consideró que no podía ejercerse el recurso de amparo si se habían adoptado dentro del ordenamiento otros caminos para salvar la situación". (Sesión 216, p. 5).

Por último debemos dejar constancia que la expresión "acciones" se cambió por "demás derechos", porque se consideró que la expresión "acción" era demasiado restrictiva y no comprendía otras vías de protección. En cambio, en la expresión "derechos", a decir, del Comisionado Sr. Evans: "Está incluido el derecho de petición, acciones, gestiones, etcétera". (Sesión 216, p. 5).

(j) Tramitación del recurso: Autoacordado. Breve y sumaria.

En realidad ignoramos la época en que fue agregado el inciso final de esta disposición en virtud de la cual se mandó a la Corte Suprema regular la tramitación de este recurso. En nuestra investigación solo hemos tenido acceso hasta la sesión 245, de manera tal que es probable que en alguna posterior se haya acordado incluirla.

Con todo, nos parece extraordinariamente importante, dada la amplitud que se da a la Corte Suprema, especialmente para la fijación de plazos, dejar muy en claro el espíritu de la Comisión en esta tan importante materia. Ese espíritu se desprende de las siguientes intervenciones: Sr. Ortúzar: "Explica el señor Ortúzar que la indicación de la Mesa suprimió la referencia a la facultad de la Corte Suprema para arbitrar lo necesario con el objeto de hacer rápido y eficaz el procedimiento, porque tiene esa facultad". (Sesión 215, p. 2).

"Además —agrega—, la Corte Suprema tiene facultades para dictar el autoacordado que estime conveniente, a fin de hacer más eficaz y rápida la tramitación del procedimiento". (Sesión 215, p. 26).

(k) Atribuciones del Juez: Amplias.

Con la inclusión de este recurso se coloca al Poder Judicial en una situación privilegiada, en relación a los otros Poderes, en la defensa y protección de los derechos constitucionales, que nadie podría negar so pretexto del respeto a la división de poderes. Esta fue la razón por la cual se entregó el conocimiento de este recurso a las Cortes de Apelaciones. Así puede comprobarse en las siguientes intervenciones:

Sr. Ortúzar: "Si éste es un recurso muy importante y trascendente, que da una facultad demasiado amplia al tribunal, lo mejor es que esté radicado en un tribunal de mayor jerarquía". (Sesión 215, p. 25).

Sr. Evans: "Aquí se está dando a la jurisdicción tal amplitud de facultades, que se la está autorizando para adoptar las providencias que juzgue necesarias. De manera que es un recurso que prefiere que lo conozcan, por lo menos, tres magistrados, y no uno solo". (Sesión 215, p. 25).

(2) El recurso de protección y las llamadas disposiciones constitucionales programáticas.

Esto se ilustra muy bien con las siguientes intervenciones:

El Sr. Silva Bascuñán "cree que, según las opiniones que ha escuchado, se va a poder interponer el recurso de protección incluso cuando no exista una reglamentación legal que precise el beneficiario en los casos en que la Constitución está entregando al legislador esa misión".

El Sr. Ortúzar contestó lo siguiente: "Considera que eso es evidente, pues precisamente lo que se quiere es que los derechos garantizados por la Constitución reciban siempre protección y amparo, y que no pueda dejar de prestarse esa protección a pretexto de que no existe una ley que reglamente la situación". (Sesión 215, p. 24).

(3) Auto Acordado del 29-3-77, publicado en el D. Of. de 2-4-77 (Gaceta Jurídica N° 8, 19-20). Sobre comentario crítico del mismo véase Maximiano Errázuriz, ¿Auto Acordado vs. Seguridad Nacional? en la Tercera de la Hora de Santiago, 12-4-77, p. 3.

(4) Fallo C. Suprema, Rol 12.513, de 20-4-77, más conocido como fallo Hexagón. (Gaceta Jurídica N° 8, 25).

(5) Gaceta Jurídica N° 7, p. 3. En el mismo sentido véase comentario de D. Hernández E. al fallo Hexagón citado en Gaceta Jurídica N° 8, 19-20.

(6) Fallo C. Suprema, Rol 12.588, de 1-6-77. Véase en Gaceta Jurídica N° 10, 17.

(7) Esa era la situación jurisdiccional al momento de realizar este trabajo; actualmente la jurisprudencia tiende a seguir la línea del fallo Hexágono, línea que ojalá termine por imponerse para que así el Derecho Chileno avance verdaderamente. Pueden verse los fallos C. Suprema Rol 12.622 de 4-7-77 y 12.643 de 19-7-77.

(8) ¿Apreciación de los hechos o interpretación del Derecho? (reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa), en La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional (1927-1977). Ed. Revista de Derecho Público, 1977. 191-202.

(9) Por razones de espacio no podremos referirnos a esas interpretaciones. Sin embargo, de la lectura de este trabajo se podrán advertir algunas diferencias. Véase sobre tales interpretaciones a Mario Verdugo Marinkovic, La Libertad Provisional en el Acta Constitucional N° 3, Gaceta Jurídica N° 1, 29-30; Francisco Grisolia Corbatón, La Excarcelación Conforme al Acta Constitucional N° 3 (Tres fallos y un comentario), en Separata de la Revista de Ciencias Penales, Tomo XLIV. Con todo, existe unanimidad en cuanto a la vigencia del art. 1° N° 6, letra d) del AC 3. Jurisprudencia sobre esta materia puede consultarse en Francisco Grisolia, trabajo citado.

(10) Para el estudio de la historia del establecimiento de la libertad provisional deben consultarse Las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesiones 114, 116 y 118.

Al igual como lo hemos hecho con la nota 2 dividiremos la presente por letras para los efectos de abordar sistemáticamente la historia del establecimiento de la libertad provisional.

(a) Antecedentes preliminares a la redacción de la nueva preceptiva sobre libertad provisional.

Los primeros antecedentes que la Comisión de Estudios Constitucionales tuvo en vista para la sustitución del art. 19 de la Constitución Política de la República, por el establecido en el art. 1° N° 6 letra d) del Acta Constitucional N° 3 fueron básicamente tres: 1) El art. 11 de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por el peso que esta disposición tuvo en el ánimo de los Comisionados, y muy especialmente en el Presidente de la Comisión Sr. Ortuzar, quien por lo demás la trajo a colación la citaremos textualmente: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". 2) El artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 3) Y un proyecto del ex Senador don Francisco Bulnes Sanfuentes, sobre modificación del art. 19 de la Constitución presentado por éste al Senado de la República. El referido proyecto establecía dos modificaciones. La primera de ellas tendía a perfeccionar la redacción de dicha disposición mediante la sustitución de las expresiones "sea responsable" por "sindicado". Razón tenía el Senador Bulnes, al proponer tal modificación puesto que la Constitución empleó mal el término, ya que de acuerdo al sistema penal chileno no hay responsabilidad penal mientras no se concluyan todos los trámites del procedimiento penal. La segunda era de orden más sustancial —y que seguramente influyó de modo más decisivo en la redacción de la nueva preceptiva de la libertad provisional—, pues con ella se quería eliminar la existencia de delitos inexcusables. El texto de dicha disposición era el siguiente: "La ley determinará los casos y condiciones en que podrá otorgarse la libertad provisional a las personas sindicadas de delitos que están sancionados con pena atlictiva. Para este efecto, podrá la ley disponer que se considerarán las circunstancias personales del reo y la alarma pública causada por el delito, pero no podrá prohibir que se otorgue la libertad provisional con respecto a determinada especie de delitos".

El Senador Bulnes en apoyo de su proyecto señaló que "en la época en que se dictó la actual Constitución no existía ningún delito inexcusable. Luego se introdujo la inexcusabilidad del delito de incendio y posteriormente ésta se extendió a un gran número de delitos de tipo económico, que son sumamente técnicos y relativos, y aun a la violación de meras instrucciones del Banco Central que carecen de publicidad. Ello ha traído como consecuencia que sea cada vez más frecuente que los presuntos autores de estos delitos estén mucho más tiempo sometidos a prisión preventiva que el que posteriormente se les señala en la condena".

A continuación el señor Bulnes expresó que, a juicio de él, "la inexcusabilidad del delito hace ilusorias todas las garantías otorgadas en los artículos anteriores", y agregó "además, un Seminario organizado por las Naciones Unidas sobre la materia llegó precisamente a la misma conclusión que no puede haber especies de delitos inexcusables". (Sesión 116, p. 2-3).

(b) El porqué de la libertad provisional como Derecho.

Sobre este punto se registró un arduo debate acerca de la amplitud que la institución iba a tener. Diríamos que las posiciones se radicalizaron entre aquellos Comisionados que sostenían que la libertad provisional era un derecho de todos los procesados y aquellos otros que sostenían que solamente lo era de aquellos que no estuvieran siéndolo por delito que mereciese pena aflictiva. Esta última posición era la que consagraba el art. 19 de la Constitución por lo cual no constituía innovación alguna. En cambio, la primera es la posición innovadora y la que en definitiva se impuso. Por esta razón sólo consideraremos, en esta parte, las opiniones abiertamente favorables a la ampliación de la libertad provisional a todos los procesados. Los Comisionados que estuvieron abiertamente en esta posición fueron los Srs. Ortúzar y Evans. Veamos las opiniones de estos Comisionados.

El Sr. Evans: "Debe establecerse que la libertad provisional es un derecho, con lo cual se incorpora la tesis de don Francisco Bulnes, que fue sustentada por el Ministerio de Justicia en 1966, de impedir la inexcusabilidad de ciertos delitos".

La existencia de leyes que establecen la inexcusabilidad "puede conducir a una persona, que en definitiva puede resultar inocente..., a un encarcelamiento absolutamente injustificado".

Por lo tanto, "debe establecerse constitucionalmente el principio: el derecho a la libertad provisional... porque si la Constitución establece que es un derecho el obtener la excarcelación —el salir en libertad provisional—, no podría el legislador, a pretexto de regular, impedir por cierto el ejercicio de este derecho". (Sesión 116, p. 5).

Nótese la fuerza con que el Sr. Evans defiende la amplitud del derecho a la libertad provisional, para demostrar lo absurdo de la otra posición que sostiene que sólo sería derecho en algunos casos, cuando el delito no mereciese pena aflictiva, al replicar a otro Comisionado, contrario a la buena doctrina, "según el señor Ovalle, el otorgamiento de la libertad provisional es un derecho humano cuando no se trata de un delito que merezca pena aflictiva, por lo que se deduce que cuando tal delito merece pena aflictiva deja de ser derecho humano. Es decir, tres años y un día es derecho humano; tres años y dos días no lo es". (Sesión 116, p. 15).

El siguiente párrafo da más la idea de la razón de establecer la libertad provisional como Derecho: "Con lo cual si el día de mañana se vulnera el derecho en su esencia... se podrá recurrir de inaplicabilidad a la Corte Suprema". (Sesión 116, p. 19).

"Hay un elemento en que estuvo de acuerdo la comisión, que no puede ni podrá desprenderse de la proposición del señor Ovalle, y es de que no haya delitos que, por su naturaleza, sean inexcusables". (Sesión 117, p. 12).

Sr. Ortúzar: "En razón de la naturaleza o de la gravedad del delito, sería demasiado establecer el principio de que un delito no es excarcelable. Un delito puede ser muy grave, puede tener gran trascendencia, pero no hay ninguna seguridad de que quien aparece como inculgado realmente lo haya cometido. Entonces se pregunta, ¿por qué se le va a castigar, extemporáneamente, por un delito respecto del cual en definitiva puede resultar inocente?". (Sesión 116, p. 13).

"No le merece duda de que es un derecho humano, porque es evidente que no se ganaría nada con establecer la garantía de la libertad personal si a renglón seguido se va a permitir que a una persona se le prive de ella por la vía de un proceso o de una decisión en la cual todavía no se ha establecido su responsabilidad. De manera que, como derecho humano, cree que se le debe establecer en la Constitución". (Sesión 116, p. 20).

"Considera que la libertad provisional es un derecho humano que debe ser consagrado siempre en la Constitución y en forma amplia. Estima que la distinción de si el delito merece o no pena aflictiva es un poco artificial y que no cree que haya razón para privar a una persona de la libertad provisional por el solo hecho de que el delito merezca pena aflictiva y que la ley establezca pena aflictiva para ese delito, si en definitiva esa persona resulta inocente y se le ha causado, por tanto, un daño irreparable, tanto material como moral". (Sesión 117, p. 16).

AVANCE CONSTITUCIONAL. RETRÓCESO INTERPRETATIVO

231

"Es necesario pronunciarse, en primer término, respecto de si se acepta o no reconocer este derecho en términos amplios, o bien, en los términos restrictivos en que la Constitución lo establece actualmente. Esto es básico para poder ver después en qué forma se va a establecer, en definitiva, el precepto..."

"¿Qué razón hay para no otorgarla en el caso de que la ley le asigne una pena aflictiva a un delito, si, en definitiva, el individuo es inocente? ¿Por qué se le va a privar de la libertad provisional? ¿Qué razón hay para ello? Esto es lo primero que se debe resolver: se acepta establecer la disposición en términos amplios, o se consagra el derecho constitucional sólo respecto de los delitos que no merecen pena aflictiva". (Sesión 117, p. 18).

"Señala que desde el punto de vista filosófico, y desde un punto de vista lógico, ha llegado a la conclusión, y no ve argumento alguno en contra, de que la libertad provisional debe ser un derecho que se reconozca en la Constitución en forma amplia. Comprende que la regulación por el legislador no puede llegar hasta desconocer este derecho en el caso de los delitos que no merecen pena aflictiva...". (Sesión 117, p. 20).

"Sin ser especialista en la materia, para él, el ideal habría sido reconocer el derecho en términos amplios". (Sesión 117, p. 21).

"Señala que hay unanimidad para establecer el precepto en términos amplios". Aprobado. (Sesión 117, p. 24).

"Consagrar el derecho a la libertad provisional como un derecho humano, cualquiera que sea la pena que la ley asigne al delito. Es un derecho, porque mientras no existe una sentencia que señale la culpabilidad del afectado, no hay razón para presumirlo culpable y, en consecuencia, debe disfrutar de este derecho". (Sesión 118, p. 13).

Hemos querido recoger en gran parte las intervenciones formuladas por los Srs. Ortúzar y Evans en relación a este aspecto porque ellas fueron decisivas en la consagración de la libertad provisional en términos amplios, lográndose con ello un notorio avance. Puede observarse cómo el espíritu del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, antes citada, fue tenido muy en cuenta, a lo largo del debate. De no haber sido por la firmeza de estos dos Comisionados seguramente el art. 19 habría sido reproducido con ligeras correcciones formales.

(c) Discusión en relación al beneficiario de la libertad provisional. Preso, procesado, detenido, reo.

En relación a quién iba a ser el sujeto del derecho a la libertad provisional, también se suscitó gran debate. El Sr. Evans sostuvo que el beneficiario debía ser solamente quien se encontrare sometido a proceso (Sesión 116, p. 4). En cambio, el señor Ovalle fue partidario de mantener la referencia constitucional no sólo al procesado, sino también al detenido, tal cual lo establecía el artículo 19 (Sesión 116, p. 7). Sin embargo, lo más significativo es la discusión que se produce más tarde entre el Sr. Evans y el Sr. Schweitzer (M. de Justicia) acerca del sentido de las expresiones detenido o preso empleadas en la proposición presentada por el Sr. Ministro y los Srs. Ovalle y Martín. Sobre el particular transcribiremos las opiniones más relevantes:

Sr. Evans: "La expresión "preso", ...no coincide con el concepto de "preso" que se ha utilizado en el texto constitucional, porque en toda nomenclatura y en todo articulado relativo a la libertad personal, la expresión "preso" se ha utilizado para hacerlo sinónimo de aquel que se encuentra condenado por sentencia judicial ejecutoriada y se ha distinguido entre "detenido", "procesado" y "preso". De manera que aquí es obvio que se está refiriendo al procesado y no al preso, que es otra cosa según la terminología constitucional". (Sesión 118, p. 2).

Sr. Schweitzer: "Si éste es el criterio que se ha seguido en todas las demás normas, agregó, es obvio que debe mantenerse el mismo criterio para que no haya discrepancias, empleando las mismas palabras con distinto significado".

"La connotación que para los profesores tiene, en el ámbito procesal-penal, el preso, en oposición al detenido, es para significar que el detenido es el que es objeto de una medida de detención, es decir, de privación de libertad que no excede de cinco días, o de diez en el delito de incendio; y el preso es el que está sujeto a la medida de prisión preventiva, que es la secuela, cuando la detención se convierte en prisión preventiva y entonces el detenido pasa a ser preso".

"El procesado puede no estar preso. Es decir, puede no estar privado de libertad". (Sesión 118, p. 3).

"En técnica penal el término es genérico. Preso es el que está privado de libertad, y esta privación de la libertad puede ser originada, incluso, por arresto, que es una medida meramente compulsiva. El arresto puede ser por desobediencia, por ejemplo, cuando el sujeto no comparece al tribunal, a pesar de que lo citaron. Es decir, lo trasladan compulsivamente, lo llevan privado de su libertad hasta que preste su declaración; y prestada su declaración, queda en libertad de inmediato sin ningún otro requisito.

El "detenido", agrega, es otra cosa. Tiene lugar cuando se expide una orden de detención que imparte el Juez de la causa o la autoridad que corresponda y que tenga facultades para detener. Además, agrega, la policía y cualquiera del pueblo puede detener al que sorprenda en delito flagrante para el solo efecto de ser conducido ante el tribunal competente, y obviamente puede hacerlo, el Juez de la causa, cuando un hecho aparece revestido de los caracteres de delito y hay sospechas fundadas de participación como autor, cómplice o encubridor. Esta detención, prosigue el señor Ministro, dentro de las limitaciones procesales chilenas, es de cinco días, con la sola excepción de los procesos por incendio en que es de diez días. Al cabo de estos cinco o diez días el Juez necesariamente tiene que pronunciarse o por la libertad incondicional, porque no hay méritos suficientes para convertir la detención en prisión preventiva, o se convierte la detención en prisión preventiva, porque el Juez lo declara reo, ya que hay méritos suficientes porque está justificada la existencia del delito y las sospechas iniciales se han transformado en presunciones fundadas. Entonces el sujeto pasa a ser preso preventivamente. La detención se convierte en prisión preventiva. Naturalmente, que el sujeto estando "preso" sigue detenido porque no queda en libertad. Sin embargo en cualquiera de estas situaciones, el Juez puede ordenar la libertad provisional del individuo preso. Desea señalar que la expresión "procesado" no basta para entender lo que se quiere expresar. Así lo demuestran diversos casos del Código Penal en que la pena señalada al delito no es la privación de libertad, no es una pena corporal: es una de multa, pecuniaria, o es una pena restrictiva de derechos o privativa de derechos. Por ejemplo, en alguna forma de malversación de fondos la pena es inhabilitación o la suspensión de derechos. Sin embargo, el sujeto es declarado reo, es procesado, pero no le afecta a su libertad personal; no procede la prisión preventiva. El sujeto está procesado, pero en libertad". (Sesión 118, p. 4-5).

Al final salvó la redacción el Sr. A. Silva Bascuñán, quien indicó que "le parece muy grave cambiar los conceptos si no es estrictamente necesario, tanto más cuanto considera que la disposición en debate con los esclarecimientos tan evidentes y muy bien fundados por el señor Ministro puede perfectamente recogerse y decir que: "La libertad provisional es un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva por disposición del Juez, porque con esta redacción ya no cabe duda de ninguna especie de la procedencia del beneficio y está perfectamente dentro del Derecho Penal especializado y de la Constitución". (Sesión 118, p. 7).

Sin embargo, después el Sr. Evans vuelve atrás reiterando una proposición que ya antes había hecho el Sr. Guzmán, en el sentido de utilizar la expresión "reo" en vez del que está sujeto a prisión preventiva (Sesión 118, p. 20). Proposición que no tuvo éxito, pero que consignamos por la precisión que a continuación efectuó el Sr. Ministro de Justicia "dice que en tal caso, la redacción no sería exacta. Hay una serie de casos en que la encargatoria de reo no lleva aparejada la prisión preventiva. El sujeto es reo pero no está preso preventivamente... La prisión preventiva es una medida que agrava la situación del inculcado, pero éste puede ser declarado reo por delito que merezca pena de multa y estar en libertad sin haberla perdido nunca.

En consecuencia, se puede hablar de reo, concepto en el cual se está considerando indistintamente al que está o puede estar sujeto a prisión preventiva y al que nunca lo va a estar, salvo situación de excepción que el propio legislador procesal señala. Lo que se pretende es que el beneficio lo pueda impetrar quien efectivamente esté sujeto a la medida de prisión preventiva". (Sesión 118, p. 20).

De manera tal que en definitiva el titular del derecho a la libertad provisional es el detenido o sujeto a prisión preventiva. En cambio, no son titulares de este derecho como muy bien lo señaló el M. de Justicia, Sr. Schweitzer, los reos rematados: "Un sujeto puede estar condenado a una pena por sentencia ejecutoriada y estar privado de su libertad, pero ya no en calidad de detenido o preso preventivo, sino que en la de reo rematado". "Esa persona, agrega, no tiene derecho a la libertad provisional. Tiene otros derechos, como a cumplir su pena privativa de libertad en libertad, siempre que se ajuste a determinadas pautas o cánones señalados por la ley". (Sesión 118, p. 22).

AVANCE CONSTITUCIONAL. RETROCESO INTERPRETATIVO

233

(d) **Precisión de los Comisionados relativa al alcance de la expresión "detención".**

La indicación del Sr. Ministro y de los señores Ovalle y Martín que sirvió de modelo para la discusión señalaba que la detención era fruto de la disposición del Juez de la causa. El señor Ovalle, posteriormente fue partidario de suprimir toda mención al Juez de la causa por considerarla innecesaria (Sesión 118, p. 22). Como, en definitiva, se suprimieron las menciones fue necesario dejar en claro el sentido de la supresión, en relación a qué clase de detención se refiere el precepto. Veamos lo que aclararon los Comisionados:

Sr. Ortúzar: "Es evidente que la libertad provisional no procede en el caso del detenido por la autoridad administrativa dentro del plazo en que puede mantenerse en calidad de tal". (Sesión 118, p. 22).

"Esa era la razón que tenía el señor Ministro denantes para insistir en la frase "por disposición del Juez de la causa", a fin de que no fuera a entenderse que podría invocarse el derecho a la libertad provisional cuando la detención no emanaba del Juez de la causa". (Sesión 118, p. 22).

El señor Ministro de Justicia agregó que "pensaba, además, en las detenciones que puede efectuar un particular cualquiera o la autoridad policial, para poner a disposición del Juez. Pero cuando se refiere a la detención o prisión preventiva está pensando exclusivamente en las facultades judiciales". (Sesión 118, p. 22-23).

Para que no quedase duda alguna el Sr. Ortúzar aclaró que: "La excepción a menos que sea estrictamente necesaria para la investigación del sumario supone necesariamente que hay un Juez de la causa que está conociendo del proceso". (Sesión 118, p. 23).

(e) **Excepciones al derecho a la libertad provisional. Seguridad del ofendido y de la sociedad.**

Como se desprende del art. 1° N° 6 letra d) el derecho a la libertad provisional procederá siempre, a menos que el Juez lo considere estrictamente indispensable para las investigaciones del sumario, la seguridad del ofendido y de la sociedad.

No hay antecedentes acerca de lo que debe entenderse como estrictamente necesario para las investigaciones del sumario, pero sí en relación a la seguridad del ofendido y de la sociedad.

A. Seguridad de la Sociedad.—La palabra sociedad fue incluida por indicación del Sr. Guzmán. Para fundamentar su indicación señaló lo siguiente:

"Le parece que hay casos en que es la seguridad de la sociedad la que exige que una persona que está siendo sometida a proceso, sea privada de su libertad. O sea, que no se le conceda la excarcelabilidad. Por ejemplo, un delito de terrorismo o que causa un grave impacto público como puede ser un homicidio en que no exista duda alguna sobre la presunta culpabilidad del autor. En estos casos hay una situación clara de convicción de la sociedad de que ese hombre es delincuente y el hecho de que a los muy pocos días tal persona salga en libertad y entre a disfrutar de ella, es una situación que erosiona la moral social. La gente de menores conocimientos jurídicos ve que el sujeto que delinquirió a los pocos días está en libertad; siendo, a su juicio, de extraordinaria gravedad que así ocurriera si el delito es muy grave y ha causado un gran impacto público". (Sesión 118, p. 14).

"El concepto de "la seguridad del ofendido"; esto es de que está solamente afectada a una persona o hay una víctima en la comisión de un delito, es un concepto, a su juicio, sobrepasado. Cree que hoy día se han hecho habituales formas delictivas que realmente afectan a la sociedad entera".

"El concepto mismo de la seguridad del Estado se ha ido desarrollando en las últimas décadas en donde ciertos delitos, como los de terrorismo, son enteramente nuevos trascendiendo el problema del ofendido. Estima que remitirse sólo a la seguridad del ofendido sería limitarse a una nomenclatura o a una concepción que ha sido sobrepasada por los acontecimientos. Hoy día el cuerpo social y el Estado se ven afectados gravemente por cierto tipo de delitos en que precaver a ese mismo Estado o cuerpo social de tales conductas es tanto o más importante como precaver la seguridad del ofendido en los delitos comunes o tradicionales". (Sesión 118, p. 16).

No obstante, que en definitiva, el texto incluyó la expresión "sociedad", es interesante destacar que el Sr. Schweitzer (M. de Justicia) "aclaró que cuando él utilizó en su indicación la expresión "ofendido" se está refiriendo al sujeto

pasivo. Expresa que ha tenido mucho cuidado en no emplear estrictamente las expresiones que el Código de Procedimiento emplea. Dicho cuerpo legal habla "de la persona ofendida", en cuyo caso el Sr. Guzmán tendría razón, pues se estaría limitando la disposición a una situación específica. Sin embargo, el Sr. Ministro advierte que ha usado la expresión "ofendido" en términos genéricos comprendiendo el cuerpo social". (Sesión 118, p. 16-17).

Pero, no obstante las buenas razones dadas por el Sr. Ministro, los Srs. Evans y Guzmán insistieron en que se agregara la expresión "sociedad" antes referida. El señor Evans "reconoce que no cabe duda de que en toda clase de delitos hay una ofensa social envuelta, pero su inquietud radica en que si el Juez podrá asilarse en el texto propuesto por el señor Ministro para denegar la libertad si no se hace la distinción propuesta por el señor Guzmán en los delitos que afecten a la sociedad misma" (Sesión 118, p. 18). Por su parte, el Sr. Guzmán: "Cree que, en realidad, la agregación que ha propuesto, en el sentido de consignar la expresión "la sociedad", está dentro del espíritu de la indicación del señor Ministro. En efecto, él ha dicho varias veces que dentro del término "ofendido" entiende la sociedad. Ahora, por qué se inclina por agregar el término "la sociedad", y precisar la interpretación que el señor Ministro le da: por razones prácticas e incluso didácticas, como decía el señor Evans. Le parece importante agregarla porque podría, dada la interpretación posible del término "ofendido", restringirse en forma inconveniente". (Sesión 118, p. 18).

B. Seguridad del Ofendido.—El Sr. Evans preguntó al Ministro de Justicia cuál es el concepto de "seguridad del ofendido", a lo cual éste contestó: "Que, en principio, evidentemente está vinculado al riesgo que pudiera estar comprometida la persona frente a un delito en un momento determinado, como podría ser un delito de amenaza. La seguridad del ofendido requiere, en este caso, de la protección para que el amenazador no logre su propósito. Este, agregó, podría ser un aspecto de la seguridad de la persona del ofendido, pero también hay seguridad del ofendido, en caso de homicidio, para la familia del occiso. En suma la seguridad del ofendido es, en último término, la del sujeto pasivo, que es el que ejercita el derecho correspondiente". (Sesión 118, p. 17-18).

"Es más restrictiva la expresión "persona del ofendido" que "ofendido" ya que esta última es de aplicación general. Por eso que en su redacción no utiliza la expresión "la persona del ofendido". (Sesión 118, p. 18).

Contribuye también a fijar el alcance la siguiente intervención del Sr. Evans: "La expresión "la persona del ofendido" sería restrictiva pues no comprendería, específicamente a la familia. La expresión "ofendido", en cambio, podría comprender la familia, pero no explicitaría que también abarca a la sociedad". (Sesión 118, p. 19).

(f) Papel del Juez. Obligación de fundar.

De algunas intervenciones es posible colegir el papel asignado por el constituyente al Juez. Así, el Sr. Guzmán en una intervención expresó que "desea dejar claramente establecido el hecho de que es el propio texto constitucional el que otorga directamente la facultad al Juez y no al legislador. A éste, sólo cabe como encargo el determinar las modalidades para obtenerla; pero es el Juez el que va a tener o el que va a poder, de acuerdo con el texto propuesto por el señor Ministro, el no conceder la libertad provisional en determinados casos excepcionales. ¿Cuándo? Cuando sea estrictamente necesario para la investigación del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad...".

Más adelante, en su intervención, insiste que "es importante declarar que las limitaciones que se establecen en el texto constitucional para no conceder el beneficio, son facultades entregadas directamente por la Constitución al Juez para que, calificando situaciones que se estiman excepcionales, pueda proceder a la también excepcional medida de no conceder en ciertos casos la libertad provisional a un reo". (Sesión 118, p. 16).

Lo más trascendental, en relación al papel del Juez, es la obligación que la Comisión le asignó de fundar su decisión, como se colige de lo expresado por el Sr. Evans: "Esta facultad se da al Juez cuando lo considere estrictamente necesario, debiendo haber en consecuencia, por lo menos, una resolución fundada del tribunal.

"En seguida, debe recordar que todo tribunal está sujeto a la vigilancia de Tribunales Superiores, y serán éstos, los que en definitiva vayan adaptando la norma, recogiendo las necesidades sociales, para ir viendo cómo juega el precepto constitucional!". (Sesión 118, p. 17).

AVANCE CONSTITUCIONAL. RETRÓCESO INTERPRETATIVO

235

En relación a la obligación de fundar la resolución que deniegue este derecho, es muy importante tener en cuenta el alcance que ella tiene. No basta la sola enunciación de la disposición en virtud de la cual se funda, según se desprende de las palabras del señor Schweitzer (Ministro de Justicia) que reproducimos a continuación: "Pero que no se deniegue ese derecho sin razón fundada".

"Agrega que lo que le choca a él en este momento, dentro del amplio campo que tiene la ley, es lo que sucede en la práctica: El Juez de la primera instancia dispone: "Visto lo dispuesto en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, concédese la libertad a fulano de tal". Y la Corte puede disponer: "Visto lo dispuesto en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, se revoca la resolución". Con el mismo fundamento, los abogados quedan en la incertidumbre más absoluta, pues el precepto da para los dos casos". (Sesión 117, p. 20-21).

(g) Limitaciones impuestas al legislador.

El fijar los límites al legislador fue una de las materias que causó mayor discusión entre los Comisionados, dado el papel asignado a éste en la fijación de los requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional.

Dentro de esas ideas es conveniente consignar las palabras vertidas por el Sr. Ortúzar: "La regulación podrá decir únicamente relación con materias de procedimiento, tales como la fianza, su monto, etcétera. De tal modo que, en ningún caso, la norma puede interpretarse como una facultad al legislador para que establezca otros requisitos distintos, incluso, de la naturaleza del delito que signifiquen desconocer este derecho". (Sesión 118, p. 13).

En el mismo sentido el Sr. Guzmán expresó que es evidente "que si la Constitución se refiere, como lo establece la proposición del Sr. Ministro, a las causales en virtud de las cuales no procederá la libertad provisional durante el proceso mismo, no puede la ley establecer otras causales nuevas; y en ese sentido sólo puede regular modalidades para obtener la libertad, como muy bien lo señala la frase siguiente de la indicación, pero en ningún caso imponer exigencias a las establecidas por el Constituyente". (Sesión 118, p. 14).

De otras intervenciones, se desprende también que el legislador no podrá entrar a precisar el alcance que tiene cada una de las excepciones establecidas a este derecho, tarea que fue reservada en exclusividad al Juez (ver intervención del Sr. Evans sobre el papel del Juez, Sesión 118, p. 17).

Como también, que en ningún caso podrá establecer la existencia de delitos inexcusables (véase para ello las intervenciones recogidas en la parte destinada a señalar por qué es un derecho).

(h) Derogación de los delitos inexcusables.

Como en la legislación chilena existían numerosas disposiciones que establecían la inexcusabilidad de determinados delitos el Sr. Ovalle propuso dejar constancia "de que esta disposición implica la eliminación de los delitos inexcusables por su sola naturaleza". (Sesión 118, p. 23).

(i) Criterio fijado por la Comisión para la aplicación de la detención.

El Sr. Silva Bascañán propuso "dejar constancia de que la mayoría estuvo de acuerdo en que no debería disponerse la detención de una persona responsable de delitos insignificantes". (Sesión 118, p. 23).

(11) Un Magistrado que está consciente de que las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, sobre esta materia, se encuentran derogadas, me decía que él tenía que seguirlas aplicando porque de otro modo se tornaría legislador, pues en caso de no aplicarlas estaría en la obligación de establecer un procedimiento para la regulación del derecho en cuestión, y la dictación de tal regulación fue encargada por el constituyente al legislador. Pero tal situación se encuentra zanjada por el Código Orgánico de Tribunales (art. 10, inc. 2°) que posibilita la actuación del Juez a falta de ley —es el caso de la libertad provisional— que resuelva la materia sometida a su consideración. Sin embargo, no podría llenar tal vacío, por ningún motivo, aplicando las normas del Código de Procedimiento Penal, por cuanto ellas se encuentran derogadas. Aplicar tales normas, importa desobedecer la ley constitucional, es dar vigencia a una legislación derogada. Importa cometer el mismo error que ese Magistrado trataba de evitar, ya que al dar vigencia a dichas normas derogadas, el Juez se torna legislador, con el agravante que deja sin aplicación la norma constitucional que reclama su regulación.

El Juez, en consecuencia, debe aplicar el Acta Constitucional llenando los vacíos de procedimiento o de otra índole, siempre y cuando ello se haga en conformidad con los supuestos jurídicos contenidos en el Acta Constitucional N° 3.

Ahora bien, si hubiere algún Juez que por ventura pensase que las disposiciones del Código de Procedimiento Penal se hallan plenamente vigentes, significaría que tales disposiciones serían abiertamente inconstitucionales, con lo cual quedaría la posibilidad de recurrir ante la Corte Suprema para que ésta declarase la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos que correspondan del Código de Procedimiento Penal. El recurso de inaplicabilidad está concebido para dejar sin aplicación —para el caso particular— por inconstitucionalidad los preceptos vigentes, no los derogados. La Corte Suprema, en consecuencia, podría rechazar tal recurso, pero ese rechazo permitiría un pronunciamiento, de la Corte, en el sentido de vigencia de tales disposiciones. Por el contrario, si la Corte estimare vigentes tales preceptos tendría que pronunciarse sobre el fondo y al hacer esto no le quedaría más camino que reconocer la inconstitucionalidad de los referidos preceptos.