

LA FUNCION DE CONTROL

Todas las personas presentes en este Salón de Honor y quienes están conectados telemáticamente participamos de una ceremonia tradicional: el juramento de nuevos profesionales del derecho, en la cual ustedes se han comprometido a desempeñar con lealtad y honradez la profesión de abogadas o abogados. Rectitud y probidad para con el cliente, la contraparte, el tribunal y la sociedad.

Como ustedes bien saben, vivimos en una comunidad regida por normas y, especialmente, guiados por la ley, la cual nos reconoce y nos otorga diferentes derechos y cargas, derivadas de nuestra naturaleza humana y las distintas calidades que la misma ley nos entrega, como ciudadanos, contribuyentes, adultos, niños, niñas y adolescentes, chilenos, extranjeros,

empleados, contratantes, funcionarios, profesionales, esposos, cónyuges, padres, hijos, etc.

Por ello vivimos conformes y regulados por el poder de la ley.

Como he dicho, el día de hoy participamos de una audiencia pública ordenada por la ley, la cual desarrolla esta Corte Suprema por la competencia que le asigna el Código Orgánico de Tribunales. Del mismo modo ustedes son abogadas y abogados, previo juramento, precisamente por haber cumplido con los requisitos legales definidos en los artículos 523 y 526 del citado Código.

Se reúnen así diferentes competencias y calidades: el Parlamento, como detentador del poder legislativo aprueba las leyes, la Corte Suprema revisa el cumplimiento de las exigencias legales y recibe vuestro juramento, otorgando el título a los nuevos profesionales, y ustedes

quedan habilitados para asesorar y representar los intereses de otras personas.

Podemos observar en una actividad cotidiana, solemne, significativa y muy importante la forma en que opera la distribución de funciones y competencias en nuestro país.

Sin embargo, esta división y distribución de funciones y competencias, que hoy nos resulta natural, no siempre ha sido así entendida. La mayor concentración de poder en los estados se produce en el despotismo, la cual ha quedado graficada en la expresión de Luís XVI de Francia: "L'État, c'est moi" (El Estado soy yo), la cual representa la concentración absoluta del poder en el monarca.

La evolución posterior, a través del constitucionalismo moderno ha expresado, en palabras de Karl Loewenstein, que difícilmente el ejercicio del poder se

autorregula, por lo que uno de los pasos fundamentales que deben dar las sociedades es la dictación de una Constitución, la cual tendrá por objeto "distribuir" y "limitar" el poder; labor en actual desarrollo y no concluida, puesto que el objetivo propuesto es el establecimiento de un sistema equilibrado de pesos y contrapesos que permita a los detentadores del poder, ejercer en pro del bien común las funciones que le han sido entregadas por los destinatarios del poder, quienes ejercen el supremo control que le corresponde al electorado, sin perjuicio de los demás controles desarrollados inter e intra órganos.

Cumpliendo tales presupuestos en la toma de decisiones se legitima la manifestación de la voluntad estatal, adquiriendo un carácter más representativo mediante un adecuado sistema de cooperación en la generación de dicha

voluntad estatal, ante la efectiva división y distribución del poder, puesto que lo primero no condiciona lo segundo. En efecto, cuando una sola orientación política domina el ejercicio de las distintas competencias o funciones, podría debilitarse tal legitimación, sin embargo, aquí debe surgir la posibilidad de la alternancia en el poder mediante elecciones periódicas, que ha pasado a constituirse en parte de la esencia de las democracias modernas.

Identificando la labor que permite mantener la legitimación de la acción de los órganos del Estado en una democracia, surge el principio de responsabilidad y la función de control que permite, en su caso, hacerla efectiva. La función de control surge en este juego de pesos y contrapesos de manera determinante en un Estado democrático, a la cual se le exigirá una decisión oportuna y efectiva, pero al

mismo tiempo independencia y autonomía a la autoridad encargada de ejercerla.

Se ha expresado que la función de control, dado su papel de supervigilancia o fiscalización permanente busca mantener el respeto de la división y distribución de las competencias, permitiendo encausar y hacer efectivo el principio de responsabilidad, en su caso, restableciendo las competencias o procedimientos a los cauces de la ley, evitando fundamentalmente el exceso de poder, puesto que si bien los órganos deben tener claridad respecto de las competencias propias, igualmente deben respetar aquellas que le han sido confiadas a otras autoridades.

“La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido

entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder”, expresa el profesor alemán.

Con el tiempo se ha reconocido que la mejor forma de alcanzar una sociedad justa, que otorgue y garantice los derechos individuales a todas las personas, depende de la existencia de límites expresos a los detentadores del poder. “La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder.”

Loewenstein trabajó gran parte de su vida en EEUU. y mantuvo una influencia constante en el constitucionalismo del siglo XX, al estudiar los aspectos más relevantes de esta materia: La constitución como norma; el proceso constitucional; la reforma constitucional y la vigencia concreta de la constitución con sus

prácticas y efectos, todo lo cual le permite caracterizar cada uno de esos aspectos, llegando a precisar, en una vertiente descriptiva, que la constitución tiene por objeto "distribuir el poder" y, en lo substancial, busca "limitar el poder", al entenderla como "un dispositivo de control de poder", graficándola como un "sistema de funciones".

Tales funciones, que constituyen la forma de ejercer el poder, debe mirarse desde un punto de vista neutro, funcional y libre de valoraciones, sin que se les pueda calificar de buenas o malas desde un punto de vista ético. Sin embargo, avanza inmediatamente sosteniendo que el poder sin control adquiere un aspecto moral negativo, por la relación inadecuada entre sus detentadores y los destinatarios de sus acciones. Con tal objeto y constituyéndose en un parámetro de control de la actividad desarrollada por los detentadores del

poder, surgen los derechos individuales y las garantías fundamentales, cuyo reconocimiento y materialización se podrá encontrar en la Constitución, pero a ésta le corresponde inmediatamente materializar su real vigencia, estableciendo el órgano que será la garantía de aquellos: los tribunales.

Se explica así que el control de mayor relevancia respecto del ejercicio de las demás funciones estatales se entregue a los jueces. Giorgio Rebuffa (citado por Bordali) remarca el aspecto indispensable con el cual deben contar los tribunales que asumen esta tarea: la independencia. Así uno de sus fines es permitir que la actividad jurisdiccional funcione como control sobre la actividad de los otros poderes, garantizando de este modo la legalidad.

Una competencia amplia, un procedimiento simple y expedito, con

medidas adecuadas a la afectación, permitirá la efectividad del control por los tribunales. Es la premisa afrontada tempranamente por los distintos países del mundo, los cuales, de diferentes formas, pero con una sustancia común, contemplan una acción constitucional que posibilita accionar para el reconocimiento de los derechos y garantías individuales, como del respeto al principio de legalidad, son los denominados Habeas Corpus o recursos de amparo constitucional, cuya existencia se remonta a la Carta Magna de 15 de junio de 1215.

En nuestro país el Reglamento Constitucional de 26 de octubre de 1812 estableció el recurso de amparo ante el Senado (Art. XV), contempló la separación de poderes (Art. XVII) e inicia el reconocimiento de los derechos y garantías individuales.

Por su parte la Constitución de 1822 dispone que conocerá del recurso de protección de los derechos fundamentales el Tribunal Supremo de Justicia (Art. 166 N° 7°).

La Constitución de 1823 entregó al Poder Judicial, entre otras atribuciones, "Proteger los derechos individuales" (art. 116); Establece el amparo judicial de garantías (Art. 138); dispone perentoriamente que son atribuciones de la Corte Suprema: "Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales ..." (art. 146 N° 1).

La función conservadora, respecto de la protección de los derechos fundamentales radicada en la Corte Suprema, por la reforma constitucional de 1874 pasa a la Comisión Conservadora del Parlamento. Sin perjuicio de mantener el conocimiento del recurso de amparo en los tribunales.

El recurso de protección de garantías constitucionales se reinstaura en 1976, ahora entregándolo nuevamente a los tribunales ordinarios, conforme se expresa en el Acta Constitucional N° 3, de 1976 y luego en la Constitución de 1980.

Reformas procesales por vía legal entregan acciones de amparo de garantía a los tribunales de primera instancia, tanto en materia penal, familia y laboral.

Del mismo modo, será el legislador quien establece la acción de amparo económico.

Se complementa la evolución y vigencia de las garantías fundamentales, con el reconocimiento de la esencia de los derechos, camino que se recorre desde la antigua Grecia hasta nuestros días.

La pluma de Sófocles entrega las palabras a Antígona para dar respuesta al Rey Creonte, quien la interpela por haber desobedecido su orden expresa y, no

obstante dicho mandato, dar sepultura a Polinices, señalando éste que no fueron los dioses quienes lo dispusieron, los cuales nunca dieron leyes de este tipo.

Agregando Antígona:

“Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron”.

En nuestro país, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución destacó los siguientes aspectos:

1. “La soberanía no puede tener ni tiene límite en el derecho positivo”;

2. El verdadero límite de la soberanía son “los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana”;

3. Ese límite debe estar por encima del derecho positivo;

4. Pueden existir derechos que no se encuentren en el texto constitucional y atentar en contra de ellos es igualmente ilegítimo, como ocurre con el derecho al matrimonio.

Luego de estas reflexiones la Comisión acuerda la siguiente norma:

“La soberanía no reconoce otra limitación que el respeto a los derechos que arrancan de la naturaleza humana” (Sesión 49ª, de 27 de junio de 1974, página 19. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución).

Concluye el presidente de la Comisión que la disposición conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por vía de reforma constitucional o por la del plebiscito, podrá destruirse, y eso es de extraordinaria importancia.

La norma adquiere estatura constitucional en el inciso segundo del artículo 4º del Acta Constitucional N° 2, de

11 de septiembre de 1976 y rigió hasta el 11 de marzo de 1981, cuando entra en vigencia la Constitución de 1980, en cuyo artículo 5º se mantiene esta norma, pero de acuerdo a la restricción acordada por el Consejo de Estado, que solo se refiere a los derechos "esenciales".

La referencia al derecho internacional se establece en la reforma constitucional de 1989.

Destacan esta disposición diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema, en el que se ha sostenido de manera reiterada que "... de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio

Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, Sección Criminal, fallo N° 1, considerando cuarto, página 2.066).

Es la tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios al conocer de los recursos de amparo y protección, la cual debe destacarse, insistirse y reclamarse una y otra vez, todas las veces que sea necesario, por cuanto se está velando por los intereses de los destinatarios del poder, que, como hemos dicho y a fin de cuentas, son los detentadores supremos del poder, por lo cual no pueden ser ignorados, precisamente, al momento de regular la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra el poder recurrir ante los tribunales ordinarios en reconocimiento de esos derechos.

Bordalí expresa que “Giovanni Giacobbe sostiene, desde otra perspectiva, que el judicial ha ido perdiendo el rol de poder del Estado para asumir una nueva función cual es la de garantía, aun respecto de los órganos del Estado y, también, en contraposición al Estado aparato. Todo ello debe darse así cuando las funciones del ejercicio estatal incidan sobre los derechos de las personas. Los tribunales vendrían a ser unos especiales órganos de garantía”. Puesto que, como expresa Martha Nussbaum, los tribunales se han constituido en la última frontera de la justicia.

Podemos entender ahora que la norma constitucional está directamente vinculada con el reconocimiento de los derechos fundamentales, cuya real y efectiva vigencia entregó a los tribunales.

Se advierte de esta manera, nuevas abogadas y nuevos abogados, la necesidad

de robustecer la tutela de todos los derechos y de todas las personas, en que son los tribunales ordinarios directamente, mediante las acciones y recursos correspondientes, quienes están en condiciones de brindar con independencia e imparcialidad la garantía de su real y efectiva vigencia, pues tienen absoluta claridad, como Antígona, que "su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre".

Un saludo afectuoso de reconocimiento a sus familiares y amigos, quienes les han acompañado en su formación, los cuales siempre aplicarán las leyes de la vida guiados por el cariño, el amor y el orgullo que sienten por ustedes, al ver cristalizados sus sueños y compartir con ustedes todo este camino que culmina hoy, al verles investidos como profesionales del derecho, puesto que tienen claro que esta herramienta les permitirá enfrentar con

mayores posibilidades el futuro y lograr una plena realización.

Muchas gracias.

Sergio Muñoz Gajardo
Presidente Subrogante

06.04.2023