

Documento N°	00890.00
Ingreso	CL
<input type="checkbox"/>	

DEPARTAMENTO PENAL

Recurso de inaplicabilidad de los D.L.
81, de 1973 y 788 de 1974, interpuesto estando pen-
diente recurso de amparo presentado en favor del ex
Senador Renán Fuentealba M.

EN LO PRINCIPAL, recurre de inaplicabilidad de los preceptos legales que señala, por ser contrarios a la Constitución; EN EL PRIMER OTROSI, acompaña documento; EN EL SEGUNDO, patrocinio y poder.

EXCMA. CORTE.

PATRICIO AYLWIN AZOCAR, abogado, de este domicilio, Huérfanos 1022, asistido por el abogado patrocinante don ALFREDO ETCHEVERRY ORTHUS-TEGUI, inscripción 1747 R2, patente 3696 Corte Suprema, domiciliado en Bandera 162, a U.S. Excmá. digo :

En recurso de amparo interpuesto por esta parte en favor de don RENAN FUENTEALBA MOENA, detenido y expulsado del territorio nacional el 26 de noviembre de 1974 por orden del Ministerio del Interior, el señor Ministro de dicho ramo ha invocado, en justificación de su proceder, las atribuciones que le otorgaría el Decreto Ley N°81, de 11 de octubre de 1973, publicado en el D.O. 28694 de 6 de noviembre de 1973. Las disposiciones del precepto legal mencionado son inaplicables al caso por ser contrarias a la Constitución Política del Estado, y solicito de U.S.E. se sirva así declararlo, en uso de la facultad que le confiere el art. 86 de la Carta Fundamental. Con posterioridad a la expulsión de que fué objeto el señor Fuentealba, se promulgó mediante su publicación en el Diario Oficial del 4 de diciembre de 1974, el Decreto-Ley 788, cuyo evidente objeto es el de remediar la inconstitucionalidad de que adolecen diversos decretos-leyes dictados a partir del 11 de septiembre de 1973, y particularmente, aunque el texto no lo dice, pero es fácilmente deducible por la oportunidad de su publicación, del Decreto-Ley 81, cuya inconstitucionalidad se hacía ya presente en el recurso de amparo interpuesto. Pues bien, el citado Decreto-Ley 788 es en sí mismo inconstitucional, y no puede ser aplicado para juzgar acerca de la constitucionalidad del Decreto-Ley 81 o de otras disposiciones legales que se encuentren en análoga situación, por lo cual solicito también se haga respecto de él idéntica declaración de inaplicabilidad, conforme al art. 86 de la Constitución.

Hago presente a U.S.Excmá., que el recurso de amparo en cuestión se encuentra pendiente a esta fecha, según acredito con el certificado acompañado en el primer otrosí.

Para un más ordenado desarrollo de la argumentación que sirve de base a este recurso, nos referiremos separada y sucesivamente a la inaplicabilidad del Decreto-Ley 81 y a la del Decreto-Ley 788.

I. INAPLICABILIDAD DEL DECRETO-LEY 81

El art. 10 de la Constitución Política, en su N°15, asegura a todos los habitantes de la República: "La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de tercero, sin que nadie pueda ser detenido, preso, desterrado o extrañado, sino en la forma determinada por las leyes".

El art. 44 de la misma, en su N°12, advierte que sólo en virtud de una ley se puede: "Restringir la libertad personal y la de imprenta, o suspender o restringir el derecho de reunión, cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior y sólo por

períodos que no podrán exceder de seis meses. Si estas leyes señalaren penas, su aplicación se hará siempre por los tribunales establecidos. Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la constitución asegura".

El art. 72 de la Carta Fundamental, en su N°17, inciso 1° y 2°, reglamenta la atribución presidencial de declarar el estado de sitio, y en sus incisos 3° y 4° dispone: "Por la declaración del estado de sitio, sólo se conceden al Presidente de la República la facultad de trasladar personas de un departamento a otro y la de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Las medidas que se tomen a causa del estado de sitio, no tendrán más duración que la de éste, pero con ellas no se podrán violar las garantías constitucionales otorgadas a los diputados y senadores".

En otro orden de materias, el art. 11 de la Constitución dispone: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio", y el art. 12 agrega: "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

En fin, el art. 80 de la misma dispone: "La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos".

El Decreto-Ley 81, publicado en el Diario Oficial N°28694 de 6 de noviembre de 1973, en su art. 2°, disponía originalmente: "En los casos contemplados en el art. 418 del C. de Justicia Militar como tiempo o estado de guerra, y cuando así lo requieran los altos intereses de la seguridad del Estado, el Gobierno podrá disponer la expulsión o abandono del país de determinadas personas, extranjeros o nacionales, por decreto fundado que llevará las firmas de los Ministros del Interior y de Defensa Nacional. Los que sean objeto de las medidas de expulsión o abandono del país podrán elegir libremente el lugar de su destino". Este precepto ha sido modificado por el Decreto-Ley 684, de 7 de octubre de 1974, publicado en el Diario Oficial del 9 del mismo mes, de tal modo que actualmente reza: "En los casos de declaración de Estado de Sitio previstos en el art. 6° del Decreto-Ley N°640, de 1974, y cuando así lo requieran los altos intereses... etc." siendo el resto del texto idéntico al primitivo. Por su parte el art. 3° del citado Decreto-Ley prohíbe el reingreso de las personas expulsadas en esta forma, sin previa autorización del Ministerio del Interior, la cual puede denegarse "fundadamente, por razones de seguridad del Estado", y el art. 4° crea nada menos que un delito para quienes ingresen clandestinamente habiendo sido objeto de expulsión.

La inconstitucionalidad del citado Decreto-Ley deriva de dos fuentes, a saber:

- 1) Establece una pena, y faculta para imponerla al Ejecutivo, sin juicio previo o entregando esta atribución a un poder del Estado que no es el Judicial; y
- 2) La medida de expulsión, aún considerada simplemente como restricción de la libertad personal, excede los límites que la Constitución fija para imponer tales restricciones.

Las consideraremos separadamente.

1.- El Decreto-Ley 81 establece una pena y faculta al Ejecutivo para imponerla.

El tenor del Decreto-Ley 81 establece con toda claridad una medida específica privativa o restrictiva de libertad personal; la expulsión de una persona del territorio de la República, al lugar que ella libremente escoja, con prohibición de regresar al país. Precisamente esa medida es la que el Código Penal establece como pena con el nombre de extrañamiento en su art. 34: "Extrañamiento es la expulsión del reo del territorio de la República al lugar de su elección" (la prohibición de regresar mientras dure la pena está implícita en la naturaleza misma de ésta, y en el art. 90 N°4, que señala las sanciones para los que quebranten la pena de extrañamiento, que evidentemente sólo puede quebrantarse regresando al país).

Ahora bien, la imposición de una pena, conforme al art. 11 de la Constitución, sólo puede hacerse previo juicio, y este juicio sólo puede ser hecho por tribunales (art. 12 y 80) y establecidos con anterioridad al hecho (Art. 12). El Decreto-Ley 81, en cambio, autoriza al Gobierno o Poder Ejecutivo para aplicar por sí dicha pena, sin previo juicio, o dando tal carácter, implícitamente, a una simple apreciación directa y unilateral de la autoridad política. La contradicción con los preceptos constitucionales es evidente.

2.- Aunque la medida del Decreto-Ley 81 no se considere pena, sino restricción de la libertad personal, ella excede los límites constitucionales para tales restricciones.

La libertad personal aparece garantizada en la Constitución Política en forma muy amplia, categórica y especificada, según se advierte de la simple lectura del art. 10 N°15. La privación de la misma sólo es posible a través de la imposición de una pena, establecida por la ley con anterioridad al hecho que la motiva, y aplicada privativamente por los Tribunales de Justicia (Arts. 11, 12 y 80). La restricción de ella es posible por la misma vía, y además por decisión de la autoridad gubernativa, no ya como sanción al hecho o culpa del ciudadano, sino por una imperiosa necesidad de defensa político-institucional en situaciones graves y excepcionales. Precisamente por lo excepcional de estos casos y por el riesgo en que se pone a la libertad de los ciudadanos, la Constitución se ha preocupado especialmente de especificar, limitar y reglamentar los casos y formas en que esta atribución puede ejercerse por el Ejecutivo, y sin privar a los Tribunales de Justicia del control de la legalidad con que tales atribuciones se ejercen. Tales situaciones son dos (sin perjuicio de la fundada opinión de algunos tratadistas en el sentido de que no se trata sino de dos aspectos de una misma institución: en todo caso, y para los efectos de la eventual inconstitucionalidad del Decreto/Ley 81, la conclusión es la misma en uno y en otro caso). El Decreto Ley 81 resulta inconstitucional tanto en relación con una como con la otra.

A. INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACION CON EL ART. 44 N°12.

La citada disposición permite, en virtud de una ley, "restringir la libertad personal", cuando lo reclamare "la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior", y "sólo por períodos que no podrán exceder de seis meses". Se cuida de agregar que "si estas leyes señalaron penas, su aplicación se hará siempre por los tribunales establecidos". Y termina con una disposición enfática y solemne: "Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura". (En e-

fecto, las restricciones a tales libertades que son consecuencia del estado de sitio, no derivan de una ley sino en forma directa e inmediata de la propia Constitución.)

¿Es el Decreto-Ley 81 una de esas leyes restrictivas de la libertad personal que son permitidas por el art. 44, N°12? Si lo fuera, ¿se ajusta a los términos allí prescritos o los excede y es por lo tanto inconstitucional e inaplicable? Si no lo es ¿permite la Constitución la dictación de una ley semejante? Está a nuestro juicio claro; (1) que el Decreto-Ley 81 no ha sido dictado, ni ha pretendido serlo, fundándose en el art. 44 N°12 de la Constitución; (2) que, en todo caso, excede sus límites, y (3) que la Constitución no permite la dictación de otras leyes restrictivas de la libertad personal que ella misma asegura.

1.- El Decreto-Ley no invoca, ni en su texto ni en su fundamentación, el art. 44 N°12 de la Constitución Política. Sus fundamentos, que en lo que interesa a la facultad de expulsión están expuestos en el N°3 de los "considerandos" aluden a la "necesidad... de velar por la seguridad del Estado, el orden interno y la normalidad de las actividades nacionales, en consonancia con la situación que el país vive y que los hechos descubiertos han evidenciado". Estas finalidades, al servicio de las cuales está el Decreto-Ley 81 son diferentes, como se advierte, de aquellas que taxativamente señala el art. 44 N°12 (la "defensa del Estado", la "conservación del régimen constitucional" y de la paz interior", concepto este último distinto de "orden interno" y de la "normalidad de las actividades"). En cuanto al tenor de los arts. 2° y siguientes, no contiene referencia alguna al art. 44 N°12 de la Constitución.

2.- Si se sostuviere, empero, que el Decreto-Ley 81, aunque invoque otros fundamentos y no haga referencia al art. 44 N°12, encuentra de todos modos en éste su fundamentación jurídica, debe admitirse que va más allá de lo que el artículo citado permite, y por lo tanto es inconstitucional e inaplicable. Esta inconstitucionalidad deriva de dos aspectos :

a) De que el texto legal hace aplicable la restricción de libertad personal a casos que la Constitución no contempla. Esta última permite tales restricciones sólo cuando ellas son reclamadas por : (1) La necesidad imperiosa de la defensa de Estado; (2) La conservación del régimen constitucional, y (3) La conservación de la paz interior. Basta con examinar la fundamentación de los considerandos (particularmente el 3°) del Decreto-Ley 81 para observar que ella difiere de las situaciones que la Constitución contempla : de la "defensa del Estado" se pasa a la "seguridad del Estado"; la "conservación del régimen constitucional" está enteramente ausente; en fin, la "conservación de la paz interior" está sustituida por el "orden interno" y la "normalidad de las actividades". Esto es, el Decreto-Ley 81 se conforma, para autorizar las restricciones a la libertad individual, con situaciones menos graves y objetivos menos importantes que los exigidos por la Constitución. Tal situación aparece todavía más de manifiesto si se analiza el art. 2°, donde se establece la facultad de expulsión: allí sólo se fundamenta la medida en "los altos intereses de la seguridad del Estado", concepto que está ausente del art. 44 N°12 de la Constitución, que es diferente de los que este precepto menciona, y menos grave y trascendente que ellos.

b) De que el texto legal establece una restricción de la libertad personal por plazo indefinido, más allá de la limitación temporal de la Constitución. El texto del art. 44 N°12 es clarísimo en el sentido de que las restricciones a la libertad personal impuesta por esta clase de leyes no podrán exceder de seis meses. El Decreto-Ley no impone limitación alguna de carácter temporal, ni a la atribución gubernativa, ni a la duración de la medida de expulsión impuesta. En cuanto a la atribución guber-

fecto, las restricciones a tales libertades que son consecuencia del estado de sitio, no derivan de una ley sino en forma directa e inmediata de la propia Constitución.)

¿Es el Decreto-Ley 81 una de esas leyes restrictivas de la libertad personal que son permitidas por el art. 44, N°12? Si lo fuera, ¿se ajusta a los términos allí prescritos o los excede y es por lo tanto inconstitucional e inaplicable? Si no lo es ¿permite la Constitución la dictación de una ley semejante? Está a nuestro juicio claro; (1) que el Decreto-Ley 81 no ha sido dictado, ni ha pretendido serlo, fundándose en el art. 44 N°12 de la Constitución; (2) que, en todo caso, excede sus límites, y (3) que la Constitución no permite la dictación de otras leyes restrictivas de la libertad personal que ella misma asegura.

1.- El Decreto-Ley no invoca, ni en su texto ni en su fundamentación, el art. 44 N°12 de la Constitución Política. Sus fundamentos, que en lo que interesa a la facultad de expulsión están expuestos en el N°3 de los "considerandos" aluden a la "necesidad... de velar por la seguridad del Estado, el orden interno y la normalidad de las actividades nacionales, en consonancia con la situación que el país vive y que los hechos descubiertos han evidenciado". Estas finalidades, al servicio de las cuales está el Decreto-Ley 81 son diferentes, como se advierte, de aquellas que taxativamente señala el art. 44 N°12 (la "defensa del Estado", la "conservación del régimen constitucional" y de la paz interior", concepto este último distinto de "orden interno" y de la "normalidad de las actividades"). En cuanto al tenor de los arts. 2° y siguientes, no contiene referencia alguna al art. 44 N°12 de la Constitución.

2.- Si se sostuviere, empero, que el Decreto-Ley 81, aunque invoque otros fundamentos y no haga referencia al art. 44 N°12, encuentra de todos modos en éste su fundamentación jurídica, debe admitirse que va más allá de lo que el artículo citado permite, y por lo tanto es inconstitucional e inaplicable. Esta inconstitucionalidad deriva de dos aspectos :

a) De que el texto legal hace aplicable la restricción de libertad personal a casos que la Constitución no contempla. Esta última permite tales restricciones sólo cuando ellas son reclamadas por : (1) La necesidad imperiosa de la defensa de Estado; (2) La conservación del régimen constitucional, y (3) La conservación de la paz interior. Basta con examinar la fundamentación de los considerandos (particularmente el 3°) del Decreto-Ley 81 para observar que ella difiere de las situaciones que la Constitución contempla : de la "defensa del Estado" se pasa a la "seguridad del Estado"; la "conservación del régimen constitucional" está enteramente ausente; en fin, la "conservación de la paz interior" está sustituida por el "orden interno" y la "normalidad de las actividades". Esto es, el Decreto-Ley 81 se conforma, para autorizar las restricciones a la libertad individual, con situaciones menos graves y objetivos menos importantes que los exigidos por la Constitución. Tal situación aparece todavía más de manifiesto si se analiza el art. 2°, donde se establece la facultad de expulsión: allí sólo se fundamenta la medida en "los altos intereses de la seguridad del Estado", concepto que está ausente del art. 44 N°12 de la Constitución, que es diferente de los que este precepto menciona, y menos grave y trascendente que ellos.

b) De que el texto legal establece una restricción de la libertad personal por plazo indefinido, más allá de la limitación temporal de la Constitución. El texto del art. 44 N°12 es clarísimo en el sentido de que las restricciones a la libertad personal impuesta por esta clase de leyes no podrán exceder de seis meses. El Decreto-Ley no impone limitación alguna de carácter temporal, ni a la atribución gubernativa, ni a la duración de la medida de expulsión impuesta. En cuanto a la atribución guber-

nativa, ella es permanente, y si bien podrá ejercitarse cuando exista estado de sitio, siempre es de carácter permanente, puesto que podrá ser ejercida, sin necesidad de nueva ley, cada vez en un futuro indefinido, que se declare el estado de sitio (sin contar, además, con que cada estado de sitio bien pudiera durar más de seis meses). El texto y el espíritu de la Constitución son claros en el sentido de exigir una limitación temporal directa y específica de seis meses para cada vez que se establezcan restricciones por ley. (No podría dictarse, v.g. una ley que genéricamente autorizara para el futuro a restringir la libertad personal por dos meses en cada año calendario). Del mismo modo, la duración de la medida impuesta aparece en principio como perpetua o al menos indeterminada para el futuro, ya que la autorización para regresar al país, queda entregada al arbitrio del Ministro del Interior (art. 3° del Decreto-Ley 81).

3.- Si el Decreto-Ley 81 no se fundamenta en el art. 44 N°12 de la Constitución, ni se ajusta a las limitaciones que ésta señala, y sin embargo establece una restricción de la libertad personal garantizada por la Constitución, es ipso jure inconstitucional, ya que el texto del art. 44 N°12 no puede ser más claro; "Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura". Es de hacer resaltar lo vigoroso y enfático del lenguaje constitucional en esta parte, una muestra más de su especial preocupación por definir y limitar con precisión los casos en que la libertad personal puede restringirse.

En suma, considerado como ley restrictiva de la libertad personal, el Decreto-Ley 81 es inconstitucional, porque contraviene los términos y excede los límites señalados en el art. 44 N°12 de la Constitución, y porque según el texto de este mismo precepto, fuera de los casos que él contempla no puede dictarse ninguna ley restrictiva de la libertad personal.

Inconstitucionalidad en relación con el art. 72, N°17.

El precepto constitucional citado, como es sabido, se refiere a la institución jurídico-política llamada "estado de sitio": la forma en que puede declararse, su duración, su extensión territorial y las atribuciones que confiere al ejecutivo. Debemos hacer notar, ante todo, que el Decreto-Ley 81 no pretende "reglamentar" una atribución del ejecutivo derivada del estado de sitio y otorgada en principio por la Constitución Política. En él la referencia al "estado de sitio" establece un simple marco temporal dentro del cual pueden ejercerse las facultades de expulsión que son otorgadas directa e inmediatamente por el citado Decreto-Ley, y no por la Constitución ni por la ley (o Decreto-Ley) declaratoria del estado de sitio. Tanto es así, que la redacción inicial del art. 2° permitía ejercitar esta atribución durante el "tiempo o estado de guerra" (no de sitio); que a partir de la dictación del Decreto-Ley 641 y hasta la dictación del Decreto-Ley 684 sólo fue aplicable en tiempo de guerra o de estado de sitio por Guerra Interna, y que a partir de este último Decreto-Ley, es aplicable durante cualquiera de las formas de estado de sitio. Ello demuestra que la referencia a esta institución tiene un sentido puramente delimitativo en el tiempo, pero no hace derivar de ella la atribución que en el decreto-ley citado confiere.

Pero, en todo caso, aunque se considere al Decreto/ley 81 como un cuerpo legal que "reglamenta" atribuciones derivadas de la existencia de un estado de sitio, también resulta claramente inconstitucional: porque otorga al Ejecutivo atribuciones que exceden de las taxativamente señaladas en la Constitución para el Estado de Sitio, y porque las hace durar un plazo que igualmente excede del señalado por la Constitución como límite.

1.- El art. 72 N°17, inciso 3° de la Constitución dice a la letra : "Por la declaración del Estado de Sitio sólo se conceden al Presidente de la República la facultad de trasladar personas de un departamento a otro y de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes". No se conceden al Ejecutivo las facultades de "expulsar personas del territorio nacional. Tampoco la de trasladarlas al extranjero. De este modo, una ley (como sería el Decreto-Ley 81) que agregara a las facultades establecidas por la Constitución la de expulsar chilenos de su patria sería inconstitucional. Es sabido el principio de que la autoridad pública no tiene otras atribuciones que las que le confiere la ley dentro de los límites constitucionales; que el art. 4° de la Constitución Política repite expresamente este principio y, en fin, que por si ello se prestara a alguna duda, el tenor del art. 72, N°17 es casi pleonástico a fuerza de ser enfático: dice que por la declaración de estado de sitio sólo se conceden al Presidente de la República las facultades allí minuciosa y taxativamente señaladas.

2.- El mismo precepto citado, en el inciso siguiente, agrega : "Las medidas que se tomen a causa del estado de sitio, no tendrán más duración que la de éste..." Ya hemos señalado, en el apartado anterior, cómo la atribución misma que se confiere al Ejecutivo en el Decreto/ley 81 es permanente, y cómo la duración de la medida adoptada es en principio perpetua o al menos indefinida en el tiempo. Pasamos a demostrar lo aseverado. La atribución gubernativa aparece como permanente, y si bien podrá ejercitarse cuando exista estado de sitio, siempre es de carácter permanente, puesto que podrá ser ejercida, sin necesidad de nueva ley, cada vez en un futuro indefinido, que se declare el estado de sitio (sin contar, además, con que cada estado de sitio bien pudiera durar más de seis meses). El texto y el espíritu de la Constitución son claros en el sentido de exigir una limitación temporal directa y específica de seis meses para cada vez que se limite la libertad personal conforme al art. 44 N°12, y en cuanto al estado de sitio, la Constitución es todavía más estricta, pues limita ella misma la duración de las medidas a la duración del estado de sitio mismo. La que establece el Decreto-Ley 81, en cambio, es perpetua o al menos indefinida en el tiempo.

En suma, considerada como ley reglamentaria de la institución constitucional del Estado de Sitio, el Decreto-Ley 81 es igualmente inconstitucional e inaplicable, porque en violación del claro texto constitucional, confiere al Ejecutivo otras atribuciones más amplias que las señaladas en la Constitución y distintas de éstas, y porque le otorga a las medidas tomadas una duración superior a la preceptuada en la Carta Fundamental.

3.- Inconstitucionalidad en cuanto al contenido del precepto.

Casi Innecesario parece señalar que la expulsión del territorio nacional con prohibición de regreso, es una clara limitación de la libertad personal, garantizada en el art. 10 N°15 del texto constitucional. A mayor abundamiento, dicho texto especifica, entre las atribuciones propias de la libertad personal, las de permanecer en cualquier punto de la República y de salir del territorio y entrar al mismo (libremente, y no por compulsión de autoridad). El art. 34 del Código Penal define el extrañamiento (que hemos señalado, tiene exactamente la misma naturaleza jurídica que la medida que autoriza a imponer el Decreto-Ley 81) como una pena, clasificada entre las restrictivas de libertad. Aunque el texto constitucional es suficientemente claro, su espíritu queda más de manifiesto a la luz de las solemnes declaraciones internacionales aprobadas por nuestra patria. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas hace casi exactamente 26 años, el 10 de diciembre de 1948, dice en su artículo 9°:

"Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado", y en su art. 13: "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país". Y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Resolución XXX de la 9a. Conferencia Internacional Americana de Bogotá, 2 de mayo de 1948, dice en su art. 8º: "Toda persona tiene derecho de fijar su residencia en el Estado de que es nacional, de transitar libremente por él, y no abandonarlo sino por su voluntad". Por consiguiente, el Decreto-Ley 81, al autorizar al Ejecutivo para aplicar a un ciudadano la medida de expulsión del territorio nacional, lesiona la garantía constitucional de libertad personal, establecida en el art. 10 N°15, y al no encontrarse en las situaciones excepcionales que la propia Constitución establece como restricciones lícitas de dicha garantía, resulta contraria a la Constitución y debe ser declarado inaplicable conforme al art. 86 de la misma.

4.- Otras consideraciones.-

Se ha señalado a veces que otros preceptos legales contemplan la medida de expulsión del territorio nacional, sin haber sido declarados inconstitucionales. Sin ahondar en este tema, que nos llevaría demasiado lejos, nos limitaremos a señalar al respecto :

a) Que la medida de expulsión contemplada en el art. 472 del Código Penal es aplicable sólo a extranjeros (ya que incluso a los nacionalizados se les cancela previamente la respectiva carta); tiene el carácter de una verdadera pena (extrañamiento) accesoria de la pena principal, y como tal, impuesta por los tribunales en conformidad a la ley y después de un juicio formal. Su constitucionalidad resulta dudosa, no frente a la garantía de la libertad personal, sino frente al principio de igualdad ante la ley, ya que discrimina entre chilenos y extranjeros en casos que son iguales;

b) Que la expulsión de extranjeros prevista en la Ley 13.353, de Extranjería, no es una sanción, ni una medida preventiva o defensiva por razones de orden público o seguridad nacional, sino la simple consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por una admisión condicionada, según muy claramente se señala en los arts. 6º y 8º de la misma; más todavía, la expulsión sólo es, en dicha ley, el cumplimiento forzado de una obligación, del cual sólo se hace uso si previamente el extranjero no accede a abandonar voluntariamente el país dentro del plazo prudencial que la autoridad fija; Huelga decir que jamás puede éste ser el caso de chilenos, que en su patria no tienen ingreso condicionado, ni viven en ella por concesión graciosa de la autoridad, sino por inviolable derecho propio. En todo caso, el hecho de que la ley contempla esta medida para los extranjeros, no es ipso iure garantía de su constitucionalidad, sobre la cual no nos pronunciamos.

5.- La actual situación institucional.

Cabe todavía preguntarse si el juzgamiento sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales, que corresponde al tribunal de U.S. Excm. conforme al art. 86 de la Constitución, continúa vigente dado el actual estado institucional de la nación, y en caso afirmativo, si los criterios de fondo para juzgar acerca de dicha conformidad o disconformidad han variado, debido precisamente a dicho estado institucional.

Como es sabido, los acontecimientos del 11 de septiembre de 1973 tuvieron como consecuencia inmediata la imposibilidad del ejercicio de la autoridad pública en la forma prevista por la Constitución, y como ésta no contempla reglas para el caso de que los acontecimientos his-

tóricos interrumpen la regularidad de su mecanismo, la forma y medida de la juricidad temporal en que vivimos desde entonces ha debido ir siendo determinada en el correr del tiempo por los reconocimientos, implícitos o explícitos, de las limitaciones, formas y modalidades del poder asumido por la Fuerza Pública que ésta misma ha formulado, y por sus relaciones recíprocas con el tercer poder del Estado.

A este respecto, el Decreto-Ley N°1, de 11 de septiembre de 1973, especifica la misión de la Fuerza Pública como el resguardo y defensa de la identidad histórica-cultural de Chile, y en el N°1 de la parte dispositiva deja testimonio del compromiso patriótico de restaurar la justicia y la institucionalidad quebrantadas, para ser fieles a las tradiciones nacionales y al legado de los Padres de la Patria. En el N°3 declaran que la nueva autoridad "Garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y respetará la Constitución y las leyes de la República", añadiendo sí la limitación de que ello será "en la medida en que la actual situación del país lo permita". Hay, en suma, una clara declaración de propósitos y un compromiso formal, aunque subordinado, lógicamente, a la situación de alteración jurídico-constitucional que de hecho se había producido. Interesa destacar el reconocimiento en principio de la vigencia de la Constitución, siendo excepcional la no vigencia de la misma; como igualmente de las leyes dictadas conforme a la Constitución, y la garantía de eficacia de las atribuciones del Poder Judicial, atribuciones no otorgadas por la autoridad de Gobierno, ni la antigua, ni la nueva, sino por la soberanía nacional a través del mecanismo constitucional. Entre esas atribuciones cuya eficacia se garantiza, está, radicada en la Excm. Corte Suprema, la de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal contrario a la Constitución.

Si bien las nuevas autoridades procedieron pronto a designar una Comisión encargada de preparar un proyecto de nueva Constitución Política, ello no significó, como ha ocurrido a veces en otros Estados, la derogación o suspensión de la Constitución vigente, para ser suplantada por Actas u otros cuerpos jurídicos nuevos dictados ad-hoc. Por el contrario, desde el primer momento las disposiciones jurídicas emanadas de la Junta de Gobierno hacen referencia a las instituciones constitucionales y legales: el propio Decreto-Ley N°1 termina ordenando su registro en la Contraloría General de la República y su publicación en el Diario Oficial; innumerables decretos-leyes, hasta hoy, hacen referencia a, o modifican leyes anteriores, con lo que reconocen su vigencia; el Decreto-Ley 38 modifica la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y amplía sus funciones fiscalizadoras; en fin, y lo que es más significativo, en aquellas materias no afectadas por la situación de hecho institucional, los preceptos constitucionales son modificados mediante decretos-leyes expresos. Tal cosa ocurre, v.g. con el Decreto/ley N° _____, en materia de causales de pérdida de la nacionalidad, y con el Decreto-Ley N° _____ en materia de calificaciones y remoción del personal del Poder Judicial

Incluso en las disposiciones que se apartan de la institucionalidad constitucional textual, por incidir en situaciones ya de hecho modificadas por lo que el Decreto-Ley 788 llama "la fuerza histórica de los hechos", hay siempre referencia a la transitoriedad en la medida, a la necesidad de ella por las circunstancias actuales y a la abstinencia, en lo demás del mecanismo, el texto y la estructura constitucional de la Constitución y las leyes. El ejemplo más claro está en el Decreto-Ley N°77, que disuelve el Congreso Nacional, y en cuya fundamentación se señala textualmente "la necesidad de contar con la mayor expedición en el cumplimiento de los postulados que la Junta de Gobierno se ha propuesto" (ya señalados en el propio Decreto Ley N°1 y en declaraciones públicas separadas), y "la imposibilidad... de someterse por ahora en los requerimientos legislativos al procedimiento ordinario para la dictación de las leyes",

y "evitar dañar el propósito de poner en marcha el restablecimiento de la institucionalidad con la mayor urgencia". Por añadidura, no se modifica la Constitución, para derogar las disposiciones que se refieren a la existencia, estructura y funcionamiento del Congreso Nacional, sino que se limita a declarar terminado el mandato de sus actuales componentes, y por lo tanto disuelto este Congreso (al que estaba en funciones a esa época, compuesto por determinados ciudadanos que tenían la calidad de diputados y senadores). El Congreso, como institución, sigue existiendo; los arts. 1º y 2º mantienen la estructura administrativa del mismo y su personal de empleados, que conservan la misma calidad jurídica. Lo que ocurre es que las atribuciones o funciones del Congreso pasan a ser temporalmente ejercidas por la Junta de Gobierno (según más tarde se dice expresamente), ya que el Congreso, a partir del Decreto Ley 77, carece de miembros en ejercicio que pudieran desempeñar tales labores.

Se clarifica esta situación en el Decreto-Ley 128, que en síntesis dispone :

- a) La suma de las atribuciones que la Constitución confiere al Ejecutivo y al Legislativo pasan a investirse en la Junta de Gobierno ;
- b) Esta declara también asumir la calidad de Poder Constituyente.
- c) Declara que ejercitará sus atribuciones legislativas y constituyentes a través de Decretos -Leyes, y las ejecutivas y administrativas a través de decretos supremos ;
- d) Reconoce en forma expresa la vigencia de las disposiciones constitucionales y legales en cuanto no hubieren sido expresamente modificadas mediante otras disposiciones legales;
- e) Reconoce además en forma especial la independencia y atribuciones del Poder Judicial, tal como ellas son establecidas en la Constitución Política.

No se altera, sino que se reafirma este estado de cosas en el tercero de los Decretos Leyes inconstitucionales dictado hasta ahora; el Decreto-Ley 527 o Estatuto de la Junta de Gobierno. En su art. 3º se reitera que "El Poder Judicial está constituido y ejerce sus funciones en la forma y con la independencia y facultades que señalan la Constitución Política del Estado y las leyes de la República". En cuanto a la Junta de Gobierno, declara asumir los poderes Constituyentes, Ejecutivo y Legislativo, pero no entiende asumir los poderes ni se otorga otras facultades que las que aparecen concedidas a estos poderes en la propia Constitución Política del Estado :

Los arts. 5º y 10º repiten casi textualmente atribuciones que la Constitución entrega al Ejecutivo; los arts. 11º y 14º invisten al Presidente de la Junta atribuciones que la Constitución otorga al Senado, y que obviamente en las circunstancias actuales éste no podría ejercer. En fin, la autoridad del Presidente de la Junta de Gobierno no aparece conferida por sí mismo, ni por la Junta en pleno; ni por las Fuerzas Armadas, sino (art. 9º), del presente Estatuto, "La Constitución" y las leyes.

Hasta aquí, la situación jurídico-institucional puede resumirse así :

- a) Se ha producido un hecho histórico que ha hecho imposible la vigencia de los mecanismos de Gobierno previstos en la Constitución Política; las Fuerzas Armadas han asumido el Gobierno del Estado dada la necesidad de autoridad y juricidad para que la nación chilena pueda vivir;
- b) Se reconoce la vigencia de la Constitución y de las leyes, en cuanto

no estuvieren de hecho alteradas con el cambio institucional producido; las Fuerzas Armadas asumen para sí las funciones constitucionales que carecen de titulares para ejercerlas, pero sin entender asumir otras funciones o poderes que aquellos;

c) Las Fuerzas Armadas expresan su propósito, o adquieren el compromiso de restablecer la normalidad institucional de conformidad con las tradiciones históricas nacionales;

d) Se reconoce en forma explícita y reiterada la independencia, las atribuciones y la eficacia de las resoluciones que corresponden al Poder Judicial conforme a la Constitución.

e) La Junta de Gobierno se reserva el derecho de reglamentar la forma en que ejercerá las atribuciones constitucionales que ha asumido, y que naturalmente no pueden ejercitarse en la forma prevista en el texto constitucional;

f) En suma, las alteraciones jurídico-inconstitucionales no se refieren al fondo de las atribuciones de los distintos poderes públicos, de la separación de los mismos y de las garantías ciudadanas, sino a la forma de ejercicio de tales atribuciones por la autoridad que transitoriamente las detenta en un momento histórico, en forma no prevista expresamente en el texto constitucional.

Una situación como ésta, parece obvio, para nada interfiere en la atribución exclusiva del Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, para controlar la constitucionalidad del fondo de las disposiciones legales, conforme al art. 86 de la Constitución.

Tal parecía ser la situación existente hasta el 4 de diciembre de 1974. El Diario Oficial de ese día trae publicado el Decreto-Ley N°788' de fecha del mismo mes y año, rubricado "DICTA NORMAS SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE". Bajo ese título, que parece referirse exclusivamente a una reglamentación de un derecho existente y reconocido, se innova absolutamente en el sistema creado o reconocido a través de los Decretos-Leyes 1, 128 y 527, introduciendo una verdadera inversión en toda la filosofía y estructura de la situación política-jurídico constitucional chilena y que es no solo atentatorio contra determinadas disposiciones constitucionales (lo es), sino que significa de hecho que la Constitución deja de tener vigencia como tal. En efecto creo lo demostraremos más adelante, el alcance práctico que tal Decreto Ley pretende tener no es otro que el de declarar que los decretos-leyes contrarios a la Constitución prevalecen sobre ésta por el mero hecho de contradecirla; que, en consecuencia, desaparece toda diferencia entre el Poder Constituyente y el Legislativo; y que el Poder Judicial es privado de su atribución de control de la constitucionalidad de los preceptos legales, ya que en caso de desacuerdo entre éstos y la Constitución, esta última debe entenderse reformada: desaparece, por consiguiente, la posibilidad lógica de una contradicción no puede haber preceptos contrarios a la Constitución pues todos son "modificatorios" de ésta y prevalecen sobre ella, sin reparar tal vez que con este mismo sistema desaparece la Constitución misma como regla suprema, superior a la ley y obligatoria para gobernantes y gobernados.

Para el juzgamiento de la constitucionalidad del Decreto-Ley 81 U.S. Excma. deberá declarar también inaplicable, por ser contrario a la Constitución, el citado Decreto-Ley 788, y prescindir de sus disposiciones para pronunciarse sobre el problema planteado.

No creemos equivocarnos al afirmar que nunca se había planteado ante U.S. Excma. un recurso de inaplicabilidad de tanta trascendencia como éste, en que se encuentra en juego la subsistencia del Estado de Derecho, y en que es necesario someter a examen los más profundos cimientos

filosóficos de nuestra organización republicana.

Pasamos a ocuparnos separadamente de la inconstitucionalidad del Decreto Ley 788.

II. INAPLICABILIDAD DEL DECRETO-LEY 788

1.- Los preceptos constitucionales en juego.

De conformidad con el art. 2° de la Constitución, "la soberanía reside esencialmente en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece".

El art. 4° dispone que "ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

En materia penal, el art. 11 preceptúa que "Nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada con anterioridad al hecho sobre que recae el juicio".

Sobre el Poder Judicial, el art. 80 señala que "la facultad de juzgar las causas civiles y criminales, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos". Y el art. 86 en su inciso 2°, agrega: "La Corte Suprema en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en Juicio que se siguiera ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de juicio, sin que se suspenda su tramitación..." Y el art. 110, sobre reformas a la Constitución, dice: "Una vez promulgado el proyecto, y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas en ella".

El Decreto-Ley 788 significa :

- (1) Que la autoridad asuma, no ya el ejercicio de la soberanía a través de las facultades constitucionales de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Constituyente sino la plenitud de la soberanía misma, sustituyendo en ello a la Nación;
- (2) Que la Constitución deja de ser una regla suprema y superior a los poderes públicos y queda en un mismo plano jerárquico con todos los decretos leyes;
- (3) Que en cuanto a los Decretos-Leyes, hasta ahora dictados se refieren a materias penales, la atribución de una virtud modificatoria tácita de la Constitución significa hacerlo aplicable retroactivamente a hechos ocurridos antes de su vigencia.
- (4) Que la independencia y funciones del Poder Judicial no derivarán ya inmediatamente de la Nación a través de las disposiciones constitucionales, sino que podrán ser modificadas y aún suprimidas, incluso tácitamente, por un simple decreto-ley;
- (5) Que, en lo específico e inmediato, el Poder Judicial se ve privado de una atribución importantísima que la Constitución le confiere, radicándola en la Corte Suprema; la de declarar la inaplicabilidad de algún precepto legal, por ser contrario a la Constitución;

(6) Que se modifica la Constitución en forma tácita y retroactiva. (ya que el Decreto-Ley 788 no es interpretativo, sino declarativo y creador de derecho).

2.- Sentido y alcance del Decreto-Ley 788.-

Comienza el Decreto-Ley 788 por un preámbulo muy sobrecargado de doctrina, más propio de un tratado jurídico que de una disposición legal, más extensa que la parte dispositiva del mismo, y que contrasta notablemente con la sobria fundamentación de los decretos leyes institucionales anteriores, a los que nos hemos referido precedentemente. Su contenido puede resumirse así.

(a) La Junta de Gobierno reúne en sí el ejercicio (sic) de los poderes Constituyentes, Legislativo y Ejecutivo. Ejercita los dos primeros a través de Decretos-Leyes, y como entre estos no hay diferencias formales, es solamente su contenido el que permite discernir si ellos representan, en cada oportunidad, el ejercicio de uno u otro poder. En otras palabras, si toca materias propias de la Constitución, sería ejercicio del Poder Constituyente; en otro caso, del Poder Legislativo; se agrega que en algunos casos, para enfatizar la importancia de un precepto, diríamos con un propósito casi didáctico, se ha cuidado de advertir que modifica la Constitución; pero que en realidad en otros casos también lo he hecho sin advertirlo expresamente. Primera falacia : no basta con que un precepto legal se entremezcle en materias propias de la Constitución para que se le suponga ejercicio al Poder Constituyente. Por el contrario, en el propio texto constitucional las reformas constituyentes son hechas por las mismas autoridades que hacen las leyes y que tienen la forma externa de una ley, pero no cualquiera ley que toque materias constitucionales en una reforma constitucional. Por el contrario: la Constitución ha previsto expresamente la posibilidad de que el legislador vaya más allá de sus atribuciones y promulgue leyes que contradigan la Constitución. No por eso se entiende ésta reformada : es la ley la que debe ceder y dejar de aplicarse, y para declararlo está facultado el Poder Judicial a través del respectivo recurso. La modificación constitucional debe producirse sólo a través de una disposición expresa (no hay modificaciones tácitas de la Constitución), promulgada debidamente, que declare tener el carácter de reforma constitucional, y (en época de normalidad institucional) que haya además seguido las particulares modalidades de tramitación señaladas en el texto. Pueden admitirse que esta última exigencia resultara inaplicable en las circunstancias actuales, pero las otras subsisten, y son perfectamente compatibles con el actual estado de cosas, esto es, disposiciones expresas, que declare tener el efecto de modificar la Constitución, que se promulga debidamente, y que se incorpore el texto constitucional a partir de su promulgación (art. 110).

(b) Que, en consecuencia, debe entenderse que cada vez que se dicta un Decreto-Ley contrario a la Constitución, este deba entenderse tácitamente reformada, pero que el texto constitucional no es modificado conforme al Decreto Ley-128, sino cuando expresamente un Decreto-Ley lo dice así. Segunda falacia : está muy claro que si hay algún precepto legal "contrario a la Constitución, no es ésta la reformada, sino que el precepto es inaplicable. El art. 86 de la Constitución es claro hasta la redundancia en esta materia. Esto se reafirma si se considera lo sostenido en la letra (g) de los fundamentos de los Decretos-Ley, que es casi incomprensible desde el punto de vista lógico; la Constitución debe entenderse "reformada pero su texto "no debe entenderse reformado". ¿En qué quedamos? ¿Se trata entonces de un texto constitucional "elástico", que se deforma para acomodarse en cada caso a la disposición que la viola, pero luego recupera su forma original? Por ejemplo, si se dicta un Decreto-Ley que signifique aplicar retroactivamente una ley penal, el art. 11 de la Constitución debería entenderse "reformado" pero el texto continuaría idéntico...

¿Que significaría eso? Que el principio de la reserva o legalidad sigue teniendo validez, o no? Si se afirma que al no haber sido modificado "el texto", éste sigue igual teniendo validez para otras causas, pero que en el caso preciso del Decreto-Ley del efecto retroactivo del art. 11 fue "tácitamente modificado" queda muy claro lo que realmente se desea a través de una apariencia de construcción jurídica: llamar "modificación tácita" y "ocasional" de la Constitución a lo que no es sino un quebrantamiento de la misma. Si se admite que el texto no cambia y que sigue valiendo para los demás casos, pero que un precepto contrario a él lo modifica tácitamente", en ese caso, ello significa sencillamente una declaración de voluntad que pasa por encima de la Constitución que reconoce expresamente fuerza obligatoria a un precepto que se admite contrario a la Constitución: que se condena la falta de haberlo dictado, y que se priva al Poder Judicial de la facultad de dejarlo sin aplicación.

(c) Agrega la fundamentación del Decreto-Ley 788 que la doctrina de que la Constitución solo puede ser reformada en forma expresa y no tácita no vale "en períodos de emergencia" concepto vago que no precisa, y que tampoco es válido constitucionalmente, ni tampoco en los casos que por la fuerza de los hechos históricos" se reúnen en un mismo órgano las calidades Ejecutivas y Constituyente; en tal caso, se dice, la voluntad de ese órgano, expresada como legislativa, si resulta contraria a la Constitución, se transforma ipso jure en Constituyente! Si ello es así, quiere decir que desaparece la diferencia entre la Constitución y las leyes, y que el legislador-constituyente no necesita siquiera mirar la Constitución antes de legislarse la Constitución y no su actuar, quien tendrá que acomodarse.

Tercera y más grave falacia lógica: aunque el órgano constituyente y el legislativo sean el mismo (también lo son en el texto constitucional vigente), la Constitución tiene un rango jerárquico superior no sólo a las leyes, sino a las personas que componen el órgano y que en ejercicio mismo de la facultad constituyente están ligadas por las limitaciones que la Nación estableció en la Constitución.

Sólo la Nación, que es soberana, podría prescindir de toda regla al darse una nueva Constitución, pero no sus representantes, sea que ellos detenten sus funciones por el mecanismo electoral ordinario, o en virtud de especiales circunstancias históricas. La forma en que se recibió el mandato no le quita el carácter de mandato ni las limitaciones a su ejercicio inherentes a su calidad de tal. (Y aún frente a la Nación soberana, los ciudadanos siempre tendrían sus derechos anteriores y superiores al Estado, concepto filosófico explícitamente reconocido en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile y reiteradamente afirmado en declaraciones oficiales). Por lo demás, como hemos señalado en el párrafo anterior, las circunstancias históricas actuales solamente harían inaplicables las exigencias constitucionales en materia de tramitación legislativa de la reforma constitucional, pero no son en absoluto incompatibles con el resto de las exigencias; texto expreso, debida promulgación, caracterización como reforma constitucional, no retroactividad.

Pero el Decreto-Ley 788 es también desconcertante en el contenido de su parte dispositiva. Los artículos 1º y 2º corresponden a la tesis sostenida en los fundamentos: declaran que los decretos-leyes contrarios a la Constitución dictados con anterioridad deben entenderse que tácitamente han modificado a ésta, pero que el "texto" constitucional sigue siendo el mismo, a menos que haya recibido modificación expresa. Pero, el art. 3º contiene una disposición que parece echar por tierra lo anterior: se dice que los decretos-leyes futuros que sean contrarios a la Constitución solo, se entenderán que la modifican si la Junta de Gobierno dice de modo expreso que los dicta en el ejercicio del poder Constituyente. Con esto, el legislador se responde sólo a la objeción que ha planteado en la letra (c) del preámbulo y aún en la letra (h) del mismo: no es efectivo que las manifestaciones de voluntad del órgano constituyente-legislativo sean todas de

la misma anturaleza y formalmente no tengan tampoco diferencia: basta con expresar que se entiende ejercitar el poder constituyente para que la diferencia surja. Una cosa es que se pretenda dictar una ley que se reconoce tienen que ser ajustada a la Constitución, y otra, es pretender modificar la Constitución misma. Aunque se trate del mismo órgano colegiado, e incluso si se trata de una misma persona natural, puede haber dos órdenes de contenidos o propósitos muy diferentes cuando se emiten disposiciones de general obligatoriedad y si se reconoce en principio la vigencia de la Constitución, y que los gobernantes sujetarse a ella igual que los gobernantes deben procederse como ella misma señala cuando se quiere modificarle: indicando claramente que se trata de una reforma constitucional; estableciéndose en forma expresa; promulgándole debidamente y atribuyéndole efecto sólo para el futuro.

Sin embargo, el mal ya está hecho en las consideraciones preliminares del Decreto-Ley 788, y la auto-limitación sentada en el art. 3° no es más que eso; una auto-limitación que cualquier día puede desaparecer por una nueva manifestación de voluntad contraria. Si se admite la tesis que se expone en los fundamentos. ¿Qué obstáculo habría para que en el futuro se "declarara" nuevamente que un decreto-ley contrario a la Constitución, aunque no se le haya conferido en forma expresa carácter constituyente, ha tenido la virtud de modificar la Constitución? ¿qué inconveniente existiría en modificar el propio Decreto-Ley 788? Y cómo podría la Corte Suprema controlar la constitucionalidad de tales futuros decretos leyes?. No podría hacerlo, tal como podría hacerlo ahora, si aceptara la validez y aplicación del Decreto-Ley 788, como respecto a los decretos-leyes inconstitucionales dictados con anterioridad a este último.

Creemos haber demostrado que el Decreto-Ley 788 priva al poder Judicial de la importante atribución de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal contrario a la Constitución, con lo que vulnera los arts. 80 y 86 de ésta y que al "validar" hacia atrás decretos leyes que atentan contra el art. 11 de la Constitución, vulnera también este último precepto.

Pero, el aspecto más significativo del Decreto-Ley 788 es que él significa un cambio absoluto en la filosofía y la posición expuestas hasta ahora por el Gobierno. Del reconocimiento en principio de la validez de la Constitución, transitoriamente inaplicable por las circunstancias históricas en algunos aspectos, pero subsistentes en los demás y obligatorio para gobernantes y gobernados; del simple ejercicio de un poder asumido, pero que brota de la Constitución y está reglamentado en ésta, se pasa en afirmaciones de doctrinas jurídico-políticas que significan considerar la Constitución como un simple cuerpo reglamentario más, de la misma naturaleza y jerarquía que cualquier Decreto-Ley y se coloca como regla suprema la voluntad del órgano de Gobierno; no la Ley. Esto significa reunir la plenitud de la soberanía, que según el art. 2° de la Constitución reside esencialmente en la Nación, y asumir las facultades de modificar aquello mediante simples manifestaciones de voluntad, aún implícitas, lo que excede ciertamente las atribuciones de un poder legislativo constituyente, quien quiera que sea el que lo ejerza, según el art. 4° de la Constitución.

Este último aspecto merece una consideración más detenida.

3.- La base del sistema político-jurídico chileno

El examen de la Constitución Política de Chile, que no difiere en este aspecto de las que le precedieron en nuestra historia, muestra con claridad las características de lo que se ha llamado "El Estado de Derecho Liberal".

- 1) La soberanía reside en la Nación como un todo.-

2) El ejercicio del poder está confiado a representantes, y sus atribuciones están limitadas y divididas, para evitar una concentración exclusiva del poder, cada órgano modera y controla al otro;

3) El ciudadano tiene garantías contra cualquier posible abuso o extralimitación de los gobernantes, y

4) La ley, en general, y particularmente la Constitución, es el poder supremo y a ella están sometidos, tanto los gobernantes como los gobernados.

A este sistema se opone el que existía antes, de autocracia o absolutismo, en el cual :

1) La soberanía reside en la persona del soberano;

2) El soberano concentra en sí la totalidad del poder;

3) El soberano es directamente la fuente de derecho y por lo tanto no está él mismo sometido a la ley o Constitución; y

4) El ciudadano no tiene derecho frente al soberano que los que éste les concede y reconoce, ni otra garantía contra el abuso que la conciencia y la virtud del soberano.

Esta última concepción, que parecía históricamente superada, ha renacido en nuestro siglo con algunas variantes : en vez de la persona del monarca se hace residir la plenitud del poder en la Clase, representada por el Partido (comunismo), o en la Raza, encarnada en forma mística en el Caudillo (el Führerprinzip del nacionalsocialismo alemán).

Los Decretos-Leyes 1, 125 y 527 y la Declaración de Principios se orientan dentro del cuadro de los principios esenciales del Estado de Derecho liberal; ha ocurrido una realidad histórica, no prevista en la Constitución, que hace imposible aplicar su texto en cuanto a la forma de acceder a las distintas funciones del poder público y en cuanto a las personas que las desempeñan; no obstante, en los aspectos no afectados por esa realidad histórica, se admite la validez de la Constitución y su obligatoriedad también para los gobernantes y se reconoce explícitamente la independencia y las atribuciones del Poder Judicial, que emanan precisamente de la Constitución. En cuanto al ejercicio de las funciones de Gobierno, se reconoce también la calidad de mandatarios de quienes las ejercen (oficiosos, diríamos, ya que su mandato no fue formal y explícito). En representación de la Nación misma, y que tales funciones, con sus limitaciones y equilibrios recíprocos, están especificadas en la Constitución; igualmente, que se mantiene el respeto de los derechos personales de garantía, a los que incluso se reconoce su calidad de anteriores y superiores al Estado. Si bien la nueva autoridad asume el poder Constituyente, de sus declaraciones de propósitos y del ejercicio efectivo del mismo aparece con claridad que se siente autorizada a hacer del mismo sólo en la medida en que es necesario adoptar el texto constitucional a los hechos históricos ya producidos y que en ciertos aspectos hacen imposible seguir aplicando dicho texto, que se refiere a personas o autoridades que han cesado en su actividad. En suma, toda esta actitud y estas palabras no son incompatibles con los principios de la soberanía de la Nación, de la primacía de la regla de Derecho y de la separación de los Poderes Públicos.

El Decreto-Ley 788, en su texto y fundamentos, tienen un enfoque diametralmente opuesto, y que sin profesar derechamente los principios absolutistas, es al menos ciertamente incompatible con los principios liberales que acabamos de anunciar. En efecto, el atribuir al órgano de

Gobierno una voluntad única en cuanto a su objeto y efecto no sometido a ninguna norma superior, y que indistintamente legisla y constituye produce en el hecho los siguientes efectos :

a) La Constitución deja de ser la regla suprema y superior, obligatoria para gobernantes y gobernados; aquellos no están sometidos a sus normas y basta una antinomia entre estas últimas y la voluntad de los gobernantes para que ésta prevalezca: Constitución, leyes y decretos leyes están en un mismo plano político-axiológico jurídico;

b) La única fuente de derecho es la voluntad de los gobernantes; las leyes no constituyen derecho sino en la medida en que la autoridad se remite a ella o las reconoce.

c) Las tribuciones del Poder Judicial y las garantías individuales no brotan de la Constitución, sino de la concesión, reconocimiento o tolerancia de los gobernantes, y pueden en cualquier momento ser modificadas por la voluntad de ésta y si tal cosa ocurriera, ello no sería considerado un quebrantamiento del derecho, sino una modificación o creación del mismo, de plena validez jurídica.

Un sistema de esta naturaleza no tiene semejanza alguna con el Estado de Derecho liberal que siempre ha imperado en Chile desde su independencia y que se identifica precisamente con las más nobles tradiciones nacionales y con el legado de los Padres de la Patria, invocados explícitamente por la Junta de Gobierno en el Decreto-Ley N°1.

Son tan graves las consecuencias de las afirmaciones contenidas en los fundamentos del Decreto-Ley 788, que nos inclinamos a pensar que aquellas no han sido suficientemente meditadas por la autoridad, tal vez deseosa de resolver un problema circunstancial o clarificar algunas situaciones jurídicas, sin reparar en las implicancias filosóficas-políticas de tales disposiciones.

En este caso, y con ello como fuere, está en manos de U.S. Excma., la aceptación de este estado de cosas o su rechazo. Creemos haber demostrado claramente que el Decreto-Ley 788 es abiertamente contrario, no sólo a diversos preceptos de la Constitución, sino, que también a sus fundamentos últimos y a toda la filosofía política que la inspire; más aún, es contrario a la supervivencia misma de la Constitución como tal U.S. Excma. tiene sobradas bases para fundamentar la declaración de inaplicabilidad. Si, por el contrario, tal declaración no se formula U.S. Excma. habrá abdicado al más sólido de sus títulos: el de tener un poder que no brota del reconocimiento hecho por los otros Poderes del Estado, sino de la Nación misma a través de la norma constitucional.

En esta virtud.

SIRVASE U.S. EXCMA. tener por interpuesto el presente recurso de inaplicabilidad y en definitiva acogerlo, declarando que los Decretos-Leyes N°91, de 1973, en su texto actual, y N°788 de 1974, son inaplicables en el amparo deducido en favor de D. RENAN FUENTEALBA MOENA, por ser contrarios a la Constitución Política del Estado.

PRIMER OTROSI..- Acompaña certificación otorgada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en la que consta encontrarse pendiente el recurso de amparo respecto del cual se solicita la declaración de inaplicabilidad de los decretos-leyes 81 y 788.

SIRVASE U.S. EXCMA. tenerlo por acompañado.

SEGUNDO OTROSI..- Patrocina el recurso el abogado D. ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, ya individualizado en el encabezamiento de lo principal.

SIRVASE U.S. EXCMA. tenerlo presente.

//Santiago, veintiuno de Marzo de mil novecientos setenta y cinco.

Vistos y teniendo presente :

Que con el mérito del certificado de fs.45, del que consta que en el recurso de amparo interpuesto en favor de don Renán Fuentealba Moena se dictó sentencia que negó lugar a dicho amparo, fallo que se encuentra ejecutoriado, y que, en consecuencia, el pleito en que incide la presente petición de inaplicabilidad se encuentra afinado, motivo por el cual no existe actualmente un juicio sometido al conocimiento de un tribunal y que se halle pendiente;

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política del Estado, se declara improcedente el recurso de inaplicabilidad deducido en lo principal de fs. 2 por don Patricio Aylwin Azócar.

Se previene que los Ministros Sres. Correa y Erbetta tienen además presente que la realidad procesal indica que el juicio se encuentra afinado y esta realidad no puede ya ser alterada.

Acordada después de desecheda la indicación previa de los Ministros Sres. Maldonado, Rivas, Correa y Ulloa quienes estuvieron porque los alegatos se extendieran también al fondo del asunto promovido.

Nº 19.040.- Regístrese y archívense.

Pronunciada por los Ministros don Enrique Urrutia M., Presidente y señores José M. Eyzaguirre E., Israel Bórquez M., Luis Maldonado B., Juan Pomés G., Octavio Ramírez M., Víctor M. Rivas del C., Enrique Correa L., Osvaldo Erbetta V., Emilio Ulloa M. y Marcos Aburto O.-

EN SANTIAGO, a veintiuno de Marzo de mil novecientos setenta y cinco notifiqué por el ESTADO la resolución precedente y de fs. 46 vta. y certifico que envié carta a don Sergio Castro y Sergio Chiffelle.-

En Santiago, a veintiuno de Marzo de mil novecientos setenta y cinco, siendo las 17 horas, notifiqué personalmente en Secretaría la resolución precedente a D.Sr. Fiscal y no firmó.