

RAZON Y FUERZA DE LA CONSTITUCION DE 1980

Lautaro Ríos Alvarez
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Valparaíso

INTRODUCCIÓN

Recogiendo la carga emblemática de los colores del cielo, de la nieve y la sangre, nuestro escudo nacional alterna en su lema dos conceptos estremecedores: la Razón y la Fuerza.

No es prudente dissociar ni contraponer estos conceptos. Tampoco es fácil hermanarlos. Sin embargo, los cultores del derecho estamos habituados a reconocerlos, distinguirlos y a utilizarlos, bajo la precisa condición de subordinar siempre la Fuerza a la Razón o —lo que es lo mismo— la coerción al derecho.

La fuerza guarece el brazo de la justicia sólo para ejecutar la decisión elaborada conforme al derecho. Pero la fuerza no puede contradecir al derecho ni, menos aún, sustituirle.

En nosotros prevalece siempre la fuerza de la razón; y en el instante mismo en que nos dejamos seducir por la razón de la fuerza —como ocurre con el argumento aborrecible del hecho consumado— dejamos de ser hombres de derecho.

De allí que seamos nosotros personas revestidas del privilegio —y, por lo mismo, de la responsabilidad— de esclarecer el elemento de razón y el elemento de fuerza que subyacen en los acontecimientos que nos afectan como nación. Este esclarecimiento resulta indispensable tratándose del instrumento básico de nuestra organización jurídico-política y de nuestra futura vida democrática, como es la Constitución de 1980.

Que de cualquiera Constitución Política se predique su inmutabilidad, como si se tratara de la palabra de Dios, ya resulta inaceptable. Las Constituciones deben ser el espejo de los pueblos, en que éstos puedan reconocerse y reflejar

su evolución y no camisas de fuerza destinadas a inmovilizarles.

Pero que se diga que una Constitución —dictada, además, por un gobierno de facto e impuesta por la fuerza— no pueda ser adaptada a la voluntad popular, constituye un disparate que invita a examinar cuáles son esos méritos que —descartada la fuerza— pudieran convertirla en sagrada e inmutable, como se ha venido predicando.

I. VALOR JURÍDICO ATRIBUIDO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980

1. Naturalmente, los méritos que sus autores y sostenedores asignan a la Constitución de 1980 son de carácter jurídico. A ninguno de ellos se le ocurriría decir que ella, en último término, rige por la fuerza; o que se trata de una Constitución impuesta u otorgada; o que tiene el único respaldo de las armas.

Su vigor, en cambio, se hace descansar en la juridicidad de su origen, en la legitimidad del proceso de su gestación, en el prestigio jurídico de los organismos asesores del poder constituyente instituido que la aprobó y, en fin —pero, principalmente—, en el apoyo democrático que la Carta Fundamental habría recibido mediante su holgada aprobación plebiscitaria.

Intentaremos describir someramente cada uno de estos soportes jurídicos.

2. Legitimidad del poder constituyente

2.1. En el Acta de Constitución de la H. Junta de Gobierno los Comandantes en Jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y el General Director de

Carabineros, establecieron que "... la Junta, en el ejercicio de su misión (...), respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone"¹.

2.2. Con mayor claridad, el Decreto Ley (D.L.) N° 128 especificó que "La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo". El mismo cuerpo normativo estableció que "el Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros..."; y que "... los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado formarán parte de su texto y se tendrán por incorporados en ella"².

2.3. El carácter de la Junta de Gobierno como Poder Constituyente y Legislativo fue ratificado en el Estatuto de dicho órgano —contenido en el D.L. N° 527, de 1974—, el que radicó estas funciones en la Junta en pleno, reservando el ejercicio del Poder Ejecutivo al Presidente de la Junta, no obstante el ejercicio compartido por éste de los demás poderes de aquélla³.

2.4. Especial importancia reviste en esta materia el D.L. N° 788, que reguló el ejercicio del Poder Constituyente, aclarando interpretaciones encontradas que se habían producido acerca del texto del D.L. N° 128 y acerca de cuándo debía entenderse ejercido el Poder Constituyente, ya que tanto éste como el Legislativo se expresaban de igual manera. En él se dejó establecido "... que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Po-

lítica del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución". Y se declaró también que "los decretos leyes que se dicten en el futuro y que puedan ser contrarios, u oponerse, o ser distintos, en forma expresa o tácita, total o parcial, a alguna norma de la Constitución Política del Estado, tendrán el efecto de modificarla en lo pertinente sólo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno lo dicta en el ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde"⁴.

2.5. De esta manera, el llamado Poder Constituyente "instituido" o "derivado", que la Constitución Política de 1925 había radicado en los órganos colegisladores —Presidente de la República y Congreso Nacional— y que había revestido de requisitos, trámites y solemnidades especiales⁵, pasó a concentrarse —a partir del 11 de septiembre de 1973— en los cuatro Comandantes en Jefe que, al mando de sus respectivos institutos armados, protagonizaron el pronunciamiento militar. Estas cuatro personas, constituidas en Junta de Gobierno, asumieron el poder de modificar, suspender y derogar la Constitución, y el de aprobar una nueva en su reemplazo, mediante una simple decisión conjunta, bajo la forma de un decreto ley, cuyo único requisito específico consistía en la declaración explícita de haber emitido "en el ejercicio de la Potestad Constituyente".

2.6. Por obra de las disposiciones precedentemente transcritas y del profuso ejercicio de estas potestades, todo el ordenamiento jurídico chileno pasó a un estado de extrema fluidez, bastando para derogar, modificar o suspender cualquiera norma —incluida la Ley Fundamental— que la H. Junta dictara un decreto ley por la unanimidad de sus cuatro integrantes.

En este contexto —se arguye— la decisión del Poder Constituyente de auto-

¹ Decreto Ley (D.L.) N° 1, del 11-IX-1973, Diario Oficial (D.O.) N° 28.653 del 18-IX-1973, art. 3°.

² Arts. 1° y 3°, D.L. N° 128; D.O. N° 28.703, de 16-XI-1973.

³ Ver arts. 1°, 4° y 7°, D.L. N° 527; D.O. N° 28.886, de 26-VI-1974.

⁴ D.L. N° 688, arts. 1° y 3°; D.O. N° 29.019, de 4-XII-1974.

⁵ Ver Cap. X de la C. Pol. de 1925.

limitarse, por la fuerza vinculante de una Constitución a la cual quedaría sometido, sería un mérito de la H. Junta de Gobierno, a la vez que un serio intento de reconstruir el Estado de Derecho, uno de cuyos pilares —como se sabe— consiste en el sometimiento del ejercicio del poder al derecho.

Por cierto, al ejercitarse el Poder Constituyente como se hizo al dictarse la nueva Constitución, ésta habría sido originada, en cuanto al órgano emisor, legítimamente.

3. *Legitimidad del proceso de su gestación*

3.1. El poder de reformar y de suspender la vigencia de la Carta de 1925 comenzó a ejercitarse desde la misma fecha del pronunciamiento militar mediante el derrocamiento del Presidente de la República y la vacancia de su cargo y el de los demás personeros del gobierno depuesto⁶; la disolución del Congreso Nacional⁷; el cese de los alcaldes, la disolución de los cuerpos edilicios y la sustitución de aquéllos por la Junta⁸; la declaración de ilicitud y disolución de los partidos políticos de inspiración marxista y la confiscación de sus bienes⁹; el receso obligatorio de los partidos restantes bajo apercibimiento de sanciones penales¹⁰; la caducidad e inutilización de los Registros Electorales y la suspensión indefinida del proceso de inscripciones en dichos registros¹¹; la declaración de estado de sitio en todo el territorio nacional, “asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las

fuerzas que operarán en la emergencia”¹²; la obligación de presentarse —bajo sanción penal, en procesos entregados a los Tribunales Militares— a todos quienes fueren requeridos por la Junta de Gobierno¹³; y, en fin, la virtual suspensión de los recursos de habeas corpus así como la abrupta restricción de otros derechos constitucionales como la libertad de expresión, de asociación, de reunión, de prensa, la libertad académica y la autonomía universitaria.

A la enérgica asunción de todas las riendas del poder político después de colapsar su aparato institucional, el nuevo régimen añadió el más riguroso control del poder social, Disolvió la Central Unica de Trabajadores (CUT) y centenares de Federaciones y Sindicatos¹⁴; intervino las Juntas de Vecinos, las organizaciones comunitarias, las Federaciones y Centros de estudiantes y hasta los Centros de Madres. También intervino las Universidades a través del sistema de los Rectores-Delegados, que aún subsiste¹⁵.

Y así como en el plano político la propia Junta de Gobierno sustituyó a la Presidencia de la República y al Congreso y asumió el mando interno del país y la conducción de sus relaciones internacionales, así también en el plano social creó órganos propios de proyección como la Secretaría de la Juventud, la Secretaría de los Gremios, la Secretaría de la Mujer, el control de los Centros de Madres desde la Presidencia y el de las Universidades, al que ya nos referimos.

El breve recuento que antecede sólo persigue destacar el hecho consistente en que, mientras la sustitución del sistema político y la intervención de la estructura social fueron drásticas y generalizadas dentro de un lapso reducido,

⁶ Ver los Nos. 12 y 13 del Bando N° 5 de la Junta de Gobierno de las FF.AA. y Carabineros, del 11-IX-1973.

⁷ D.L. N° 27; D.O. N° 28.658, del 24-IX-1973.

⁸ D.L. N° 25; D.O. N° 28.657, del 22-IX-1973.

⁹ D.L. N° 77; D.O. N° 28.675, de 13-X-1973.

¹⁰ D.L. N° 78; D.O. N° 28.678, de 17-X-1973.

¹¹ D.L. N° 130; D.O. N° 28.705, de 19-XI-1973.

¹² Ver D.L. Nos. 3 y 4; D.O. N° 28.653, del 18-IX-1973.

¹³ D.L. N° 81; D.O. de 6-XI-1973, modif. por D.L. N° 285/74.

¹⁴ Ver D.L. N° 12; D.O. N° 28.658, de 24-IX-1973.

¹⁵ Ver D.L. N° 50; D.O. N° 28.665, del 2-X-1973; y D.L. N° 139; D.O. N° 28.707, de 21-XI-1973.

para evitar cualquier vacío, contradicción o resistencia al poder, la nueva Constitución —por el contrario— fue rodeada del más extenso, prolijo y cuidadoso proceso de preparación del que se tenga noticia en nuestra historia constitucional.

Tres grupos sucesivos de trabajo y siete años de elaboración se interponen entre el colapso de la Constitución de 1925, por obra del pronunciamiento militar de 1973, y la fecha del acto terminal con que culmina la Carta destinada a sustituirla y derogarla. Ella fue la suprema aspiración del Régimen, que la considera su obra maestra.

3.2. Muy tempranamente, la H. Junta de Gobierno manifestó su intención de elaborar una nueva Carta Fundamental; y, para ello, su Presidente —con fecha 25 de octubre de 1973—, “considerando la necesidad de reconstituir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República”, designó una Comisión de juristas “para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado y de sus leyes complementarias”¹⁶.

Esta Comisión, naturalmente, debió ceñirse a la voluntad política y a las pautas entregadas por la Junta en varios documentos entre los que destacan la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, emitida el 11 de marzo de 1974¹⁷, el “Objetivo Nacional del Gobierno de Chile”, del 23 de diciembre de 1975¹⁸, y las “Normas para la nueva

Constitución”, dirigidas por el Presidente de la República al Presidente de la Comisión de Estudios, el 10 de noviembre de 1977¹⁹.

La Comisión, funcionando en forma continua durante cinco años cabales entre 1973 y 1978, celebró 417 sesiones de trabajo de las que se conservan las respectivas Actas²⁰. En el curso de ellas y con el propósito de recoger el más amplio bagaje de opiniones, escuchó a 24 profesores universitarios de las más diversas disciplinas, a dirigentes de unas 35 instituciones vinculadas a la producción, a la agricultura, a la minería, a la industria, al trabajo, a la justicia, la educación, la salud y a otros de diversas actividades, estamentos y sectores e —inclusive— a ilustres visitantes extranjeros²¹.

El resultado del intenso trabajo de esta Comisión se compendió en dos documentos. El primero, de fecha 16 de agosto de 1978, conocido como “Ideas precisas del Anteproyecto de Nueva Constitución”, está dividido —según se dice en su Introducción— “en dos grandes partes: la primera, de carácter general, que comprende los fundamentos del nuevo régimen político que se proyecta, los principios o bases esenciales en que

XII-1975; y adquirió rango constitucional en el art. 5º transitorio del A.C. Nº 3.

¹⁹ Curiosamente, estas “Normas” fueron emitidas por el Presidente de la República, siendo así que el Poder Constituyente se había radicado en la Junta. Ver texto en “Revista Chilena de Derecho”, Vol. 8, enero-diciembre, 1981, pág. 137.

²⁰ Además, la Comisión designó sub-comisiones, a cargo de especialistas, que evacuaron informes en temas como Poder Judicial, Partidos Políticos, Comunicación Social, Régimen Administrativo, Descentralización Administrativa y Regional, Derecho de Propiedad y otros.

²¹ Ver el completo trabajo: “Génesis de la Constitución Política de 1980”, del Prof. Sergio Carrasco Delgado, en “Revista de Derecho Público” Nos. 29-30, con trabajos de las XI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 1981, págs. 35 y ss.

¹⁶ Decreto Supremo (D.S.) Nº 1.064/73, de Justicia; D.O. del 12-XI-1973. Este decreto sólo oficializó el trabajo de la Comisión que había comenzado a reunirse el 24-IX-1973, trece días después del golpe militar, y había elaborado las “Metas Fundamentales de la Nueva Constitución”, el 28-IX-73.

¹⁷ Ver su trascendencia en el considerando 4º del Acta Constitucional (A.C.) Nº 2 y en el art. 5º transitorio del A.C. Nº 3.

¹⁸ A este Documento se le dio carácter obligatorio para su aplicación por los Ministerios y Servicios Públicos por Resolución Presidencial Nº 3.102, del 23-

descansa, las características de la nueva democracia que configura y su inspiración básica en materia de derechos humanos; y la segunda, de carácter especial, referida a las ideas precisas que contendrá el anteproyecto que sometemos a la consideración de V.E.”²². El segundo documento —remitido al Presidente de la República, el 18 de octubre de 1978— contiene el texto del Anteproyecto y consta de un Preámbulo declarativo de principios, el articulado de 123 disposiciones permanentes divididas en XIV Capítulos y 11 disposiciones transitorias²³.

3.3. No obstante este largo, documentado y minucioso proceso preparatorio desarrollado bajo su dirección, el Supremo Gobierno quiso escuchar también el dictamen del “Consejo Consultivo de la más alta jerarquía y amplia representatividad nacional, formado especialmente por personas calificadas, de profunda versación y experiencia y de reconocida rectitud y prestigio”: el Consejo de Estado, instituido por la Junta, en diciembre de 1975, e instalado en julio de 1976²⁴. En efecto, con fecha 31 de octubre de 1978 el Presidente le dirigió oficio solicitando su opinión.

El Consejo de Estado hizo un llamado a la opinión pública a fin de que “quien se interesare por hacerlo formulara las sugerencias, comentarios o críticas que juzgara pertinentes, acerca del anteproyecto constitucional (de la Comisión de Estudio), cuyo texto ya había sido divulgado por la prensa”. Dentro del plazo estipulado para ello se recibieron alrededor de 150 indicaciones. El Consejo “dedicó al estudio del anteproyecto 57 sesiones plenarias y un número no regis-

trado de sesiones de comisión y de entrevistas con personas especializadas”²⁵.

En fin —al cabo de veinte meses de labor y con fecha 1º de julio de 1980—, el Consejo de Estado emitió su informe que contiene, en 12 capítulos, los fundamentos de sus conclusiones. A dicho informe se acompañó el texto comparado del anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y el del proyecto propuesto por el Consejo —que contenía 120 disposiciones permanentes y 27 transitorias—, las opiniones disidentes y el informe de minoría de dos Consejeros²⁶.

Pareciera razonable suponer que dos cuerpos asesores formados en su integridad por personas de la absoluta confianza del Gobierno y pertenecientes, además, a sectores ideológicos afines a éste, debieran haber coincidido plenamente en el proyecto político de la Constitución²⁷. Sin embargo, no fue así. En ciertas materias substanciales hubo completa discrepancia entre ambos organismos²⁸; en determinados preceptos hubo opiniones

²⁵ Ver Revista Chilena de Derecho cit. en nota 19, págs. 376-377. Lamentablemente las sesiones del Consejo y sus Actas son reservadas y no se han dado a conocer.

²⁶ Ver texto íntegro del Informe de mayoría del Consejo, y el articulado propuesto en Revista cit. en nota anterior, págs. 376-481. Ver opinión disidente y voto de minoría en “El Mercurio” de Santiago, del 10-VII-1980, cuerpo C.

²⁷ Uno de los personajes claves para lograr esta coincidencia fue, sin duda, don Enrique Ortúzar Escobar, quien —además de presidir la Comisión de Estudios— formaba parte del Consejo de Estado. Sin embargo, el artífice de la “estrategia de imagen de mayor participación” que significó el Informe del Consejo de Estado parece haber sido Jaime Guzmán Errázuriz, virtual creador de ambas instancias. Ver “Confesiones” Sergio MARRÁS, Ed. Ornitorrinco, Santiago, 1988, págs. 79-81.

²⁸ El Cap. Nº 11 del Informe del Consejo contiene precisamente las “Enmiendas introducidas por el Consejo al Anteproyecto”.

²² El documento, de 306 carillas originales, aparece en Revista cit. en nota 19, pág. 144.

²³ Ver texto en Revista cit. en nota 19, pág. 317.

²⁴ Ver Cons. 3º del A.C. Nº 1 (D.L. Nº 1.319; D.O. del 9-I-1976), que lo creó y cuyo art. 1º le define como “supremo cuerpo consultivo del Presidente de la República en asuntos de gobierno y administración civil”.

encontradas en el seno de ambas instancias consultivas y algunas quedaron en empate²⁹; hubo proposiciones de ambos órganos que, en definitiva, fueron rechazadas por la determinación de los cuatro miembros de la Junta³⁰; y hubo, por último, disposiciones que carecen de historia fidedigna y de las cuales nadie ha reconocido paternidad responsable³¹.

3.4. Por último, un tercer grupo de trabajo —formado por representantes directos y cercanos a los miembros de la Junta— debió abocarse, en un plazo ligeramente superior a un mes³², a la ardua y compleja tarea de elegir entre las alternativas discrepantes del anteproyecto de la Comisión y del proyecto del Consejo; adoptar —en algunos casos—

²⁹ En el controvertido art. 8º de la Constitución que sanciona a las personas, grupos, movimientos o partidos que propaguen determinadas doctrinas, y con respecto al carácter retroactivo de la frase "o hayan incurrido", se produjo empate, en el Consejo, de 7 votos por mantenerla y 7 votos por suprimirla.

³⁰ Tanto el art. 79 del anteproyecto de la Comisión como el art. 73 del proyecto del Consejo consagraban expresamente la jurisdicción contencioso-administrativa como parte de la jurisdicción ordinaria. La Junta postergó esta necesidad imperiosa "ad calendas graecas" y adscribió estos asuntos a los tribunales contencioso-administrativos que esperan su creación desde 1925.

³¹ Elocuente muestra es la disposición transitoria 24ª, tan profusamente aplicada en desmedro de la libertad personal y otros derechos y que, por su carácter arbitrario e irrecurrible ante la justicia, es un claro ejemplo de nuestra degradación jurídico-política (ver nota 34).

³² Este lapso va entre el 1º de julio de 1980, fecha del Informe del Consejo, y el 8 de agosto, fecha del Decreto Ley Nº 3.464, aprobatorio de la nueva Constitución por la Junta; el que fue seguido del D.L. Nº 3.465, publicado en el D.O. del 12 de agosto de 1980, convocando a consulta plebiscitaria para el 11 de septiembre de 1980, en el aniversario del pronunciamiento militar. Ver art. 119 y art. final, C. Pol. 1980.

determinaciones distintas a las proposiciones de ambos cuerpos; coordinar estas decisiones con el resto de la Constitución; planificar cuidadosamente la proyección política e ideológica del régimen tanto en las disposiciones permanentes como en las transitorias; y, en fin, redactar un cuerpo de estas últimas que llegó a ser una especie de Constitución provisoria para el lapso real de los nueve años de la llamada etapa de transición³³.

Curiosa y lamentablemente no se sabe si existen actas —y si existen, nunca se han dado a conocer— de las reuniones de este grupo decisivo. Se ignora la motivación de las importantes innovaciones que introdujeron, de tal manera que carecemos de la historia fidedigna de su establecimiento. Se desconocen las razones que se tuvieron para alterar las fundadas proposiciones tanto de la Comisión como del Consejo; y así, la conjetura debe sustituir al raciocinio fundado.

El trabajo apresurado de este grupo sirvió de base para las determinaciones finales que tuvo que adoptar la Junta para aprobar el texto definitivo de la Constitución³⁴.

³³ Ver Disposiciones Transitorias (D. T.) 28ª y 29ª y su real incongruencia con el lapso aparente indicado en las D.T. 13ª, 14ª, 18ª y 21ª. Los ocho años de la transición son efectivamente nueve.

³⁴ Al cabo de 8 años uno de los miembros más calificados de este grupo ha confirmado: a) que el equipo asesor del texto permanente de la Constitución estuvo formado por los Ministros del Interior, don Sergio Fernández, y de Justicia, Mónica Madariaga; el general Santiago Sinclair, del Estado Mayor Presidencial; don Mario Duvauchelle, Secretario de Legislación de la Junta; el general Fernando Lyon, asesor jurídico del Presidente; el almirante Aldo Montagna, asesor del gabinete de la Armada; el general y ex Ministro del Interior, Enrique Montero Marx, por la Fuerza Aérea, y por el oficial de Carabineros Harry Grünewald; b) que la declarante, Mónica Madariaga, ignora (hasta hoy!) quiénes asesoraron a la Junta en la redacción de las D.T. Ver "Confesiones", cit., pág. 82.

3.5. La minuciosa, exhaustiva y —sin duda— fructífera tarea desarrollada por estos tres grupos de trabajo en el proceso de gestación de la Carta, a lo largo de siete años de sacrificada labor, constituye el segundo mérito jurídico que sus defensores atribuyen a ésta. La legitimidad de este proceso consiste en que, en definitiva, la Constitución del 80 —con la eficaz asesoría de tan selectos cuerpos de estudio y consulta— fue aprobada por el Poder Constituyente instituido, mediante el instrumento idóneo —esto es, en virtud de un decreto ley—, amén del cumplimiento de las formalidades legales³⁵.

4. Prestigio jurídico de los organismos asesores del Poder Constituyente

4.1. No parece necesario poner demasiado énfasis en la estatura intelectual, la versación jurídica, el espíritu de servicio y el acendrado patriotismo que caracterizan a la casi totalidad de los miembros que formaron parte de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución³⁶. Figuras como las de don Alejandro Silva Bascañán o don Enrique Evans de la Cuadra —por nombrar sólo a dos de sus integrantes—, por su condición académica magistral, por la exce-

lencia de sus obras y por su solvencia moral acrisolada, prestigian y aseguran el elevado nivel de cualquier equipo de elaboración jurídica.

Las Actas del trabajo de esta Comisión ocupan 3.681 páginas que han sido reunidas en once volúmenes. Su contenido es altamente ilustrativo de las alternativas propuestas y de las razones que apoyan las proposiciones normativas de la Comisión.

4.2. Parecidas expresiones laudatorias amerita la mayoría de los integrantes del Consejo de Estado, aunque la presencia de los más diversos sectores de la actividad nacional que el Consejo pretende representar produce inevitables y notorios desniveles³⁷.

No obstante, la presencia por derecho propio de los ex Presidentes de la República³⁸; la de ex Ministros de Estado, de ex parlamentarios, de ex embajadores y de dirigentes y personas destacadas en las más diversas actividades del quehacer nacional dieron al Consejo que informó el anteproyecto constitucional una visión más tamizada por la experiencia política y menos proclive al deslumbramiento teórico, así como un pulso más cercano a la realidad del país y —particularmente— a la capacidad de absorción, por parte de la comunidad nacional, de las reformas propuestas.

Cada día se advierte con más evidencia el mayor grado de aceptación —o,

³⁵ El texto constitucional está contenido en el D.L. N° 3.464, de 8-VIII-1980, publicado en el D.O. N° 30.738, de 11-VIII-1980. Además de la solemne ceremonia de aprobación en la Sala de Plenarios del Edificio Diego Portales, el Presidente dirigió un mensaje televisado al país, el 10 de agosto de 1988. Ver texto en Revista cit. en nota 19, pág. 483.

³⁶ Formaron parte de la Comisión, desde la fecha que se señala (24-IX-1973), Enrique Ortúzar E. (Presidente); Jaime Guzmán E., Sergio Diez U. y Jorge Ovalle Q. (9-X-73); Enrique Evans de la C., Alejandro Silva B. y Gustavo Lorca R. (21-XII-73); Alicia Romo R. (en 1977 renunciaron los señores Evans, Silva y Ovalle) (9-VI-77); Luz Bulnes A., Raúl Bertelsen R. y Juan Carmona P. Vid. "Génesis..." cit., en nota 21.

³⁷ El Consejo informante estuvo integrado por el ex Presidente don Jorge Alessandri Rodríguez, quien lo presidió, el ex Presidente Gabriel González Videla (Vicepresidente) y los consejeros Enrique Urrutia M., Héctor Humeros M., Gral. (R) Oscar Izurieta M., Alnte. (R) Ramón Barros G., Gral. (R) Renato García V., Gral. (R) Vicente Huerta C., Juvenal Hernández J., Julio Philippi I., Hernán Figueroa A., Pedro Ibáñez O., Carlos Cáceres C., Enrique Ortúzar E., Mercedes Ezquerria B., Guillermo Medina G., Juan Carmona P. y Juan Coloma C. Ver "Génesis..." cit. en nota 21.

³⁸ El ex Presidente don Eduardo Frei Montalva declinó la invitación a integrar el Consejo.

visto de otro modo, la menor resistencia— que hubiera tenido la Constitución de 1980 si la Junta hubiese acogido las ideas matrices del proyecto del Consejo de Estado —incluyendo las que concernían a la transición—, en lugar de contradecirlas abruptamente. La reacción más expresiva de la frustración que esto produjo fue la renuncia del ex Presidente don Jorge Alessandri a continuar en la presidencia del Consejo³⁹.

4.3. Con todo —y aun cuando la intervención de estos órganos asesores, distintos a las comisiones de trabajo de la Junta, no añade legitimidad al producto—, se acostumbra señalar, con toda razón, que el asesoramiento de estos cuerpos no sólo comunicó a la nueva Constitución el prestigio jurídico y político, la experiencia de la vida pública y la ponderación de sus integrantes, sino también posibilitó la oportunidad de participar en su gestación a las más diversas personalidades y sectores de la vida nacional, que en estas sedes consultivas pudieron expresarse.

5. *Legitimación plebiscitaria de la Constitución de 1980*

Por último, pero con el mayor énfasis asertivo, se esgrime como fundamento de la legitimidad de la Carta del 80, y del carácter obligatorio que ella tiene para toda la nación, el resultado de la consulta plebiscitaria a que ella fue sometida el 11 de septiembre de 1980.

5.1. La sola decisión de consultar la voluntad popular se considera otro mérito de la Junta, ya que este riesgo —se dice— no era necesario.

En efecto, como ninguno de los decretos leyes reguladores de la Potestad Constituyente exigía, para ejercitarla, otros requisitos que la voluntad unánime de la Junta, el acto continente de un decreto ley y la indicación expresa de hacerlo en el ejercicio de esa potestad,

la Junta pudo prescindir de este trámite que implicaba devolverla al pueblo.

Pero era tal el interés de la Junta en asegurar a la nueva Constitución el respaldo popular, que por propia determinación supeditó su voluntad a la decisión soberana de la ciudadanía.

5.2. Como se sabe, en el plebiscito constitucional de 1980 la opción afirmativa o de apoyo a la Constitución promulgada y publicada por la Junta concitó 4.121.067 votos, a los que sumados los 83.812 sufragios en blanco —conforme al D.L. N° 3.465 reglamentario del plebiscito— totalizan 4.207.879 votos afirmativos y el 67,04% del cómputo total.

La opción negativa, en cambio, reunió 1.893.420 votos que representan el 30,19% del total.

Todo lo cual significaría un respaldo holgadamente mayoritario —superior a los dos tercios de los votantes— a la Constitución plebiscitada, al régimen militar que la propuso y reguló en ella la permanencia y las potestades de la Junta, y al Presidente de ella que había asumido el cargo y el título de Presidente de la República.

5.3. De esta manera el plebiscito de 1980 habría constituido una ratificación de la ciudadanía a todo lo obrado por la Junta en los siete años transcurridos desde el día del pronunciamiento militar, un mandato expreso para seguir gobernando e institucionalizando el Estado en el marco de la nueva Constitución y el supremo título consagradorio de su legitimidad.

II. VICIO DE ILEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL 80

6. Hemos procurado describir, de la manera más objetiva, los fundamentos jurídicos que sustentan la legitimidad de la Carta del 80.

Para llegar a la conclusión contraria —esto es, para demostrar con toda evidencia su condición ilegítima— pareciera lógico exigir la destrucción convincente de cada pilar que la sustenta.

No eludiremos esa tarea.

Pero nos parece oportuno llamar la

³⁹ Ver en "Génesis..." cit. en nota 21, el punto 6, "Renuncia del Presidente del Consejo de Estado" y su nota 62. Ver también "Confesiones", cit. (Federico Willoughby), pág. 30.

atención acerca del carácter global y copulativo que tienen los requisitos de validez de la actividad jurídica. Estos requisitos son la regularidad del órgano que actúa, su expresa competencia legal habilitante y su ejercicio en la forma prescrita por la ley; de tal modo que si, en un acto de tan alta categoría y trascendencia como es el ejercicio del Poder Constituyente, falta cualquiera de tales requisitos, el acto carece de toda validez jurídica.

El análisis que sigue no se ceñirá a doctrinas foráneas, por prestigiosas que parezcan, sino al derecho público chileno que nos viene rigiendo —por lo menos— desde 1833.

7. La Junta de Gobierno como Poder Constituyente

7.1. La autoatribución —por parte de la Junta— del Poder Constituyente no ha tenido ni tiene más peso que la fuerza de los cuerpos armados que sus miembros comandaban⁴⁰.

Si ninguna autoridad legalmente investida puede ejercer otras atribuciones que aquellas que la ley expresamente le confiere, menos puede un organismo de facto —integrado aun de manera irregular— autoinvestirse de autoridad y poderes que no le pertenecen⁴¹.

7.2. Por otra parte, la asunción por la Junta del Poder Constituyente atenta contra la naturaleza esencial de la fuerza pública instituida en el art. 22 de la Constitución de 1925, que la define como *obediente* al poder civil y *no deliberante*.

Jamás estuvo previsto ni entre los principios ni entre las finalidades de los cuerpos armados derribar gobiernos ni hacer Constituciones.

7.3. A mayor abundamiento, la Carta de 1925 —en una norma cuyo origen arranca del art. 159 de la Constitución de 1833— dice textualmente: “Ninguna

persona o *reunión de personas* pueden tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos (la Potestad Constituyente), ni hacer peticiones en su nombre. La infracción de este artículo es *sedición*” (art. 3º).

Es pertinente recordar que nuestro Código Penal —en su art. 121, vigente ahora y en la fecha del pronunciamiento— sanciona como responsables de crimen a “los que se alzaren a mano armada contra el gobierno legalmente constituido, con el objeto de promover la guerra civil, de *cambiar la Constitución del Estado* o su forma de gobierno, de privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas al Presidente de la República o al que haga sus veces, a los miembros del Congreso Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia...”. Y que el Código de Justicia Militar —en sus arts. 265 y 267— sanciona a los militares que incurrieren en tales conductas, como “reos de delito de rebelión o sublevación militar”, aumentando en uno o dos grados (presidio o reclusión militar perpetuos a muerte) las penas contempladas en el Código Penal.

No es concebible que actos calificados por la Constitución como sediciosos y por el Código Penal como delictivos puedan dar origen a una Constitución legítima.

7.4. Por último, la Junta de Gobierno ya en el Acta de su Constitución (D.L. Nº 1) y el Bando Nº 5 fundamentaron la intervención militar y el derrocamiento del gobierno anterior en el hecho de haber incurrido éste en grave ilegitimidad de ejercicio y haciendo uso del derecho de rebelión.

Sin embargo, este argumento pudo servir, a lo más, para destituir al Presidente Allende; pero no para sustituir en el poder al Presidente y al Congreso por un lapso que ya quintuplica el de ejercicio del Presidente depuesto. No debe olvidarse que el primer objetivo del derecho de rebelión consiste en “restablecer la legitimidad quebrantada” y eso fue, precisamente, el compromiso solemne asumido por la Junta de Gobierno ante la Nación, junto con la promesa —también incumplida— de “asumir

⁴⁰ Ver D.T. 14ª, inc. 2 y 3; 18ª y ss., 28ª letra C.

⁴¹ La D.T. 14ª, inc. 1, constituye un raro ejemplo de Constitución que contenga el nombre del Jefe del Estado.

el Poder por el solo lapso en que las circunstancias lo exijan”⁴².

Al quebrantar sus compromisos, la Junta de Gobierno incurrió también en ilegitimidad de ejercicio. Y al profundizar su intervención, llegando a dictar una Carta Constitucional hecha a su medida, la Junta transgredió otra norma de la Constitución de 1925 —que los cuatro Comandantes habían jurado solemnemente respetar y cumplir— cuya fuerza vinculante atraviesa nuestra tradición jurídica a partir de la Constitución de 1833 (art. 160), y conforma la clave de bóveda de todo el derecho público. Dice el art. 4º de aquélla: “Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es NULO”.

Tal es la evidencia jurídica y la fuerza vinculante del principio contenido en esta norma —que no es otro que el principio de legalidad— que ella fue recogida en el art. 7º inciso 2º de la Constitución de la Junta, de 1980.

De tal manera que si la Junta debiera aplicar su propia legalidad a los actos jurídico-públicos derivados del pronunciamiento militar —y, en particular, a la Constitución dictada por ella en el ejercicio de una potestad que le estaba vedado atribuirse, “ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias”—, la conclusión evidente sería la NULIDAD insubsanable de este resultado de su actuación ilegítima.

7.5. El poder militar es digno de toda consideración cuando acata lo que ha jurado respetar.

Las Constituciones modernas no sólo le asignan la defensa nacional, la protección de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana⁴³, sino también desalientan las aventuras políticas.

La Constitución del Perú, de 1979, prohíbe a la fuerza armada y policial arrogarse el ejercicio de la soberanía. Y a continuación agrega: “Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen. SON NULOS LOS ACTOS DE TODA AUTORIDAD USURPADADA. El pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional”⁴⁴.

8. Vicios de procedimiento con sanción de nulidad

Para que la actuación de la autoridad sea válida no sólo debe provenir de un órgano legítimo actuando dentro de sus atribuciones legales, sino que ella debe efectuarse “en la forma que prescriba la ley”.

La Constitución de 1980 fue gestada con violación del espíritu y la letra del Capítulo X de la Carta de 1925, que regulaba prolijamente el procedimiento de “Reforma de la Constitución”.

8.1. *Violación de la letra del procedimiento de reforma.* No vale la pena perder el tiempo en la descripción de un hecho tan obvio como es la falta de observancia de un procedimiento que exigía la concurrencia de órganos representativos y democráticamente generados —como el Presidente y el Congreso— y de requisitos especiales como la aprobación del proyecto de reforma por la mayoría absoluta del Congreso Pleno.

Durante quince años el imperio de la fuerza ha utilizado, como un disfraz, el ropaje del derecho.

La Junta de Gobierno ha impuesto su voluntad como si ella representara la voluntad soberana del pueblo. Uno de los Comandantes en Jefe ha obrado como si fuera el Presidente de la República. Aquélla ha establecido normas obligatorias para todos como si fueran verdaderas leyes. Este ha dictado sus órdenes como si fuesen decretos supremos. Y la decisión conjunta de los cua-

⁴² Ver art. 1º del D.L. N° 1, y el Bando Militar N° 5, art. 13.

⁴³ Ver art. 104 de la Constitución española de 1978.

⁴⁴ Ver los arts. 81 y 82 de la Constitución peruana de 1979.

tro Comandantes que lleva el título de Constitución Política del Estado se ha implantado por unos y acatado por otros como si se tratara de una legítima y auténtica Constitución.

Es hora de llamar las cosas por su verdadero nombre. No puede otorgarse legitimidad —por más que se revista de ropaje jurídico— a un Estatuto que ha sido impuesto y se sigue sustentando, en último término, en la fuerza de las armas.

8.2. *Violación del espíritu de la reforma.* Las normas del Capítulo X de la Carta de 1925 descansan en dos postulados comunes al constitucionalismo democrático.

El primero y más esencial consiste en que toda reforma —y mayormente una nueva Constitución— debe emanar de la soberanía popular. El segundo consiste en que el procedimiento asegure la estabilidad relativa de la Constitución como Ley Fundamental, pero no a tal extremo de impedir su necesaria adaptación a los cambios que experimente la sociedad que ella rige.

Ninguno de estos principios ha sido respetado.

La Constitución de 1925, desde la misma fecha del pronunciamiento, fue tratada con la mayor falta de respeto por su estabilidad.

Y la nueva Constitución no tiene el más lejano viso de representar la voluntad popular.

No puede ser la Constitución de un país la porfiada decisión de cuatro hombres por sabios, patriotas y bien inspirados que fueran. Y no puede serlo, porque esas cuatro personas no son depositarias de la soberanía popular ni han podido, legítimamente, sustituirla.

9. *Prestigio jurídico de la Constitución de 1980*

Conviene precisar primeramente el alcance de este prestigio, que no supone legitimidad.

El de los miembros de las instancias consultivas no es comunicable a la Constitución del régimen militar. Ella no representa —desde luego— el pensamiento de los ilustres académicos —los

profesores Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans de la Cuadra y Jorge Ovalle Quiroz— que renunciaron a la Comisión Ortúzar. Y fue la falta de recepción de las proposiciones fundamentales del Consejo de Estado la que precipitó la renuncia a presidirlo de don Jorge Alessandri. Numerosas sugerencias de ambos cuerpos consultivos fueron rechazadas por la Junta; y varias determinaciones de ésta fueron inconsultas. Y, además, todo el paquete de proposiciones de estos cuerpos se limitó a desarrollar un esquema preestablecido por la Junta.

Pero lo más grave es que, fuera del estrecho círculo de figuras de la absoluta confianza del régimen, quedaron incontables constitucionalistas y cultores del Derecho, de un espectro mucho más amplio de ideas que aquéllos, sin voz ni presencia. Sólo el grupo de estudios constitucionales llamado inicialmente "Grupo de los 24" cuenta en la actualidad con unos 3.000 asociados a lo largo del país, todos ellos sustancialmente discrepantes de la Carta del 80⁴⁵.

El mayor prestigio de la nueva Constitución deriva de haber recogido gran parte del contenido jurídico-político de la Constitución de 1925, y sus reformas. Pero si se comparan ambas, se advierte pronto que esta última —con todos sus defectos— es más apropiada para la tarea de recuperación democrática del país que la autoritaria y, en muchos aspectos, antidemocrática Constitución de la Junta.

10. *Irrelevancia jurídica de la aprobación plebiscitaria*

El argumento mayor con que el discurso oficial ensalza la legitimidad de su obra maestra es su holgada aprobación plebiscitaria. El más notorio error de los impugnadores del plebiscito de 1980 es entrar en el juego de este argumento para probar lo imposible: su resultado fraudulento, del cual —en ausen-

⁴⁵ Ver Rev. "APSI" N° 94, de 1981, "Las Críticas del Grupo de los 24", reproducido en su N° 276 del 31-X-88.

cia de registros y destruidas las pruebas— sólo quedan indicios nítidos, pero insuficientes.

La verdad es otra: la Junta pretendió legitimar el decreto ley que contiene su Constitución a través del mal llamado plebiscito de 1980. Pero en el derecho público un acto NULO —que carece, además, de TODOS los requisitos necesarios para su validez— no puede sanearse por plebiscito.

Vaya un ejemplo. Si en un pueblo aislado falta el Oficial del Registro Civil y una pareja va y se casa ante el Jefe de la Policía, por más que concurra la voluntad libre y limpia de los contrayentes, los testigos y la autoridad, el matrimonio es nulo y carece de todo valor. Y si la pareja, porfiadamente, somete el acto a la decisión de todo el pueblo y éste lo aprueba por unanimidad, tal matrimonio no adquiere ni un ápice de legitimidad y sigue siendo tan nulo como al principio.

Jurídicamente, el mal llamado plebiscito no lo fue por su carencia de requisitos elementales, a saber: a) por faltarle la determinación del cuerpo electoral; lo que —en ausencia de registros— permitió que en algunas comunas aparecieran más sufragios que habitantes habilitados para sufragar; b) por la absoluta intransparencia del proceso, puesto en manos de vocales designados por la autoridad y por el conteo a cargo de éstos SIN CONTROL de ninguna especie; c) por el cómputo hecho por órganos del propio gobierno: los alcaldes, gobernadores, intendentes y el Ministerio del Interior, en sus respectivos niveles; y d) por la falta de todo control jurídico del proceso, en ausencia del Tribunal Calificador de Elecciones, toda vez que el Colegio Escrutador carecía de competencia a este respecto.

Pero aparte de estas notorias irregularidades, impuestas —como siempre, en estos años— por la fuerza, no vale la pena desperdiciar espacio en impugnar la legitimidad de esta consulta ad hoc. Ella no saneó ni pudo subsanar la nulidad de la Constitución, derivada de tantos vicios insubsanables.

III. CONCLUSIONES

11. La Constitución del régimen militar dictada por éste en 1980 adolece de nulidad múltiple, conforme a principios y normas de Derecho Público que tienen más de siglo y medio de elaboración constitucional y que están contenidos en ella misma. Esta Constitución es nula conforme a sus propias normas.

12. Sus vicios de ilegitimidad —cada uno de ellos suficiente para declararla nula— son: A: la falta de legitimidad del órgano emisor, la Junta de Gobierno; B: su falta de investidura regular; C: su falta de competencia para ejercer el Poder Constituyente; D: la inobservancia del procedimiento prescrito por la Constitución de 1925, que sus miembros juraron solemnemente respetar; y E: el carácter ilegítimo e ilícito que, para esta conducta, fue previsto en la Constitución de 1925, en el Código Penal y en el de Justicia Militar.

13. La Constitución del régimen militar no se asienta ni en el Derecho como obra de la Razón ni en la Soberanía, patrimonio inalienable del pueblo que nadie tiene derecho a usurpar. Es obra de la Fuerza y se sustenta en la Fuerza. Jurídicamente, si la Constitución de 1980 se escribiera en letras de oro, no tendría más valor que el del oro de sus letras.

14. En Chile no existe vacío constitucional. Está vigente —con pleno vigor jurídico— la Constitución Política de 1925 y sus reformas aprobadas en conformidad a ella.

La sociedad chilena y sus estructuras jurídicas han experimentado una evolución que requiere urgentes modificaciones constitucionales. Pero ellas, para ser representativas del pensamiento y la voluntad de toda la nación, para ser legítimas y suscitar el necesario consenso y acatamiento y para ser estables y duraderas, requieren la observancia de los principios que rigen el procedimiento de su reforma: o un Congreso dotado de potestades para modificarla o una Asamblea Constituyente elegida por el pueblo.

A la hora de establecer el proyecto jurídico-político de una sociedad, la Fuerza de la Razón jamás deberá ser sustituida por la Razón de la Fuerza.