

1922 a

CORTE DE APELACIONES  
SECRETARIA

27 NOV. 1974

C R I M I N A L

SEGUNDO

EN LO PRINCIPAL, recurre de amparo; en el PRIMER OTROSI, se dirija oficio con el fin que indica; en el SEGUNDO, a compañía documento; en el TERCERO, patrocinio.

I. C.

PATRICIO AYLWIN AZOCAR, abogado, de este domicilio, calle Huérfanos Nº 1022, a US. I. digo:

Recurro de amparo en favor de don RENAN FUENTEALBA MOENA, abogado, domiciliado en Bandera 341, oficina 154. Los antecedentes de hecho y de derecho que fundamentan este recurso son los que paso a exponer.

El día 26 de Noviembre del presente año, a últimas horas de la tarde y a la salida de su oficina, situada en Bandera 341, el Sr. Fuentealba fué detenido por personas que se identificaron como agentes de Investigaciones, e invocando orden de autoridad, lo conminaron a subir a un vehículo de dicha repartición policial y a acompañarlos al respectivo cuartel. De allí el Sr. Fuentealba, siempre en calidad de detenido, fué llevado al Aeropuerto de Pudahuel y embarcado contra su voluntad, al parecer en un avión LAN de itinerario con rumbo al Perú, donde según informaciones no confirmadas habría sido desembarcado y se encontraría actualmente.

Posteriormente, es un hecho notorio que a través de los medios de difusión (prensa, radio, televisión), se dió a conocer un breve comunicado emanado del Departamento de Orden Público del Ministerio del Interior, que es del tenor siguiente:

"Se comunica a la ciudadanía que con fecha 26 del

27 MAR 1974

presente; ha sido expulsado del país el Sr. RENAN FUENTEALBA MOENA, quién - en una declaración formulada a una agencia extranjera - ha desafiado a la autoridad, ha comprometido el prestigio de Chile en el exterior e intentado alterar la paz interna.

" Se ha dispuesto igualmente que se tomen similares medidas con quienes intenten cometer acciones de esta naturaleza".

Con esta declaración pública, el Ministerio del Interior ha asumido la responsabilidad de la detención y expulsión que, como es sabido, ha sido precedentemente ordenada, en un OTROSI, se acompaña por vía de ejemplo un recorte de prensa que publica el comunicado anterior, y el otro de los otros se solicita se envíe oficio al Sr. Ministro del Interior a fin de que informe oficialmente a este Tribunal si la expulsión que motivó el recurso ha sido ordenada o decretada por ese Ministerio y señale las disposiciones legales en que se habría fundado. Se sabe que la autoridad política o administrativa carece de atribuciones para expulsar sin previo proceso a un ciudadano chileno del territorio de su Patria. El Decreto Ley Nº 81, de 6 de Noviembre de 1973, único que contempla una facultad semejante, no es aplicable al caso, como se desprende de su propio texto, dados los motivos que se invocan en la declaración oficial. Ello, sin considerar todavía su evidente inconstitucionalidad, que no es del caso discutir en esta sede.

Por todas estas razones, la detención y posterior expulsión del territorio de don RENAN FUENTEALBA MOENA constituye una detención ilegal, que hace procedente

la interposición de un recurso de amparo para ponerle término, conforme a lo dispuesto en el Art. 16 de la Constitución Política del Estado y a los Arts. 306 y siguientes del C.P.P.

En esta virtud,

SIRVASE US. I. tener por interpuesto el presente recurso de amparo en favor de don RENAN FUENTEALBA MOENA, ya individualizado, admitirlo a tramitación y en definitiva acogerlo, disponiendo la inmediata libertad del Sr. Fuentealba, y para el caso de que hubiere sido ya expulsado del territorio nacional, instruyendo a las autoridades políticas y administrativas que corresponda para que se permita su regreso al país sin obstáculos. Todo ello, sin perjuicio de la orden prevista en el Art. 311 del C.P.P., según el mérito que arrojen los antecedentes.

PRIMER OTROSI.- Ruego a US.I., para mejor fallo del recurso, disponer se oficie al Sr. Ministro del Interior, solicitándole informe con urgencia a este Tribunal si el Sr. Fuentealba ha sido detenido y expulsado del país por orden del Supremo Gobierno; en caso de haber existido orden o decreto al respecto, transcribiendo estos, y señalando en todo caso el fundamento legal de las medidas adoptadas.

SEGUNDO OTROSI.- Acompaño en parte de prueba un recorte del diario El Mercurio correspondiente a su edición del 27 de Noviembre de 1974, en el cual se da cuenta de los hechos que motivan este amparo y de la declaración del Ministerio del Interior.

TERCER OTROSI.- Patrocina este recurso el abogado Dn. ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, inscripción 1747 R-2, patente 3696 Corte Suprema, domiciliado en Bandera 162, 4º piso.

SIRVASE US. I. tenerlo presente. La interposición de un recurso de amparo en el Art. 16 de la Constitución Política del Estado y a los Arts. 306 y siguientes del

C.P.P.

En esta virtud,

SIRVASE US. I. tener por interpuesto el presente recurso de amparo en favor de don RENAN FUENTEALBA MOENA, ya individualizado, admitir a tramitación y en definitiva accediendo, disponiendo la inmediata libertad del Sr. Fuentealba, y para el caso de que hubiere sido ya expulsado del territorio nacional, instruyendo a las autoridades políticas y administrativas que correspondan para que se permita su regreso al país sin obstáculos. Todo ello, sin perjuicio de lo ordenado en el Art. 311 del C.P.P., según el mérito que arrojan los antecedentes.

PRIMER OTROSI. - Ruego a U.S.A., para mejor fallo del recurso, disponer se oficie al Sr. Ministro del Interior, solicitándole informe con urgencia a este Tribunal si el Sr.

Fuentealba ha sido detenido y expulsado del país por orden del Supremo Gobierno; en caso de haber existido orden o decreto al respecto, transcribiendo estos, y señalando en todo caso el fundamento legal de las medidas adoptadas.

SEGUNDO OTROSI. - Acompañó en parte de prueba un recorte del diario El Mercurio correspondiente a su edición del 27 de Noviembre de 1974, en el cual se da cuenta de los hechos que motivan este amparo y de la declaración del Ministerio del Interior.

TERCER OTROSI. - Patrocina este recurso el abogado Dr. Alfredo ETCHEBERRY ORTUNOSTEGUY, inscripción 1747 R-2, patentado en 3696 Corte Suprema, domiciliado en Bandera 162, 4º piso.

1922 b

CORTE DE APELACIONES  
SECRETARIA  
3 DIC. 1974  
CRIMINAL  
SANTIAGO

EN LO PRINCIPAL, reiteración de oficio; EN EL OTROSI, se dirija oficio con el fin que indica.

ALFREDO ETCHEBERRY, por don PATRICIO AYLWIN, en recurso de amparo interpuesto en favor de don RENAN FUENTEALBA, a. U.S.I. digo:

Se ofició en estos autos al Sr. Ministro del Interior, a fin de que se sirviera informar al I. Tribunal si el ciudadano D. RENAN FUENTEALBA había sido efectivamente detenido y luego expulsado del territorio nacional por orden de dicha autoridad, y en caso afirmativo, transcribiera el decreto correspondiente y sus fundamentos legales. Con posterioridad a la interposición del recurso, el Sr. Subsecretario del Interior ha hecho una declaración pública, en la cual reconoce los hechos expuestos en el amparo y justifica la medida adoptada, señalando que ella se fundamenta en el Decreto-Ley 81. Por otra parte, esta defensa ha tenido conocimiento de que en la Contraloría General de la República se habría tramitado y registrado un decreto disponiendo la expulsión del señor FUENTEALBA conforme al Decreto-Ley 81. No obstante todo ello, y la urgencia del caso, ya que el señor FUENTEALBA se encuentra expulsado del territorio nacional, sin medios de subsistencia e impedido de regresar, aun no se recibe el informe correspondiente, lo que justifica esta petición para que se reitere la solicitud de oficio.

En esta virtud,  
SIRVASE U.S.I. disponer se reitere la solicitud de informe enviada al señor Ministro del Interior, encareciéndole la úrgen-



1922c

EN LO PRINCIPAL, recurre de inaplicabilidad de los preceptos legales que señala, por ser contrarios a la Constitución; EN EL PRIMER OTROSI, acampaña 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 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, inscripción 1747 R 2, patente 3696 Corte Suprema, domiciliado en Bandera 162, a U.S. Excma. 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 Nº 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 fue 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.Excma, que el recurso de amparo en cuestión se encuentra pendiente a esta fecha, según acredito con el certificado acompañado en el primer otro sí.

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 Nº 15, asegura a todos los habitantes de la República : " La liber

tad de permanecer en cualquier punto de la República, tras 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 Nº 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 Nº 17, inciso 1º y 2º, reglamenta la atribución presidencial de declarar el estado de sitio, y en sus incisos 3º y 4º 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 Nº ... 28694 de 6 de Noviembre de 1973, en su art. 2º, 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 lu-



gar 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. 6º del Decreto-Ley Nº 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. 3º 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. 4º 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 Nº 4º, 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, Nº 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 una 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 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 Nº 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 señalaren 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 efecto, 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, Nº 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, Nº 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 81 no invoca, ni en su texto ni en su fundamentación, el art. 44, Nº 12, de la Constitución Política. Sus fundamentos, que en lo que interesa a la facultad de expulsión están expuestos en el Nº 3º de los "considerandos" aluden a la "necesidad .....  
.....l.....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, Nº 12 ( la "defensa del Estado", la "conservación del régimen constitucional" y de la "paz interior", concepto este último distinto del "orden interno" y de la "normalidad de las actividades".)

En cuanto al tenor de los arts. 2º y siguientes, no contienen referencia alguna al art. 44, Nº 12, de la Constitución.

2.- Si se sostuviere, empero, que el Decreto-Ley 81, aun que invoque otros fundamentos y no haga referencia al art. 44, Nº 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 lo 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 3º ) 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. 2º, 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, Nº 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, Nº 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 81 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 gubernativa, 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 inde-

finido, 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. 3º del Decreto-Ley 81 ).

3.- Si el Decreto-Ley 81 no se fundamenta en el art. 44, Nº 12, de la Constitución, ni se ajusta a las limitaciones que éste 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, Nº 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, por que contraviene los términos y excede los límites señalados en el art. 44, Nº 12, de la Constitución, y por que según el texto de este mismo precepto, fuera de los casos que él contempla no puede dictarse ninguna ley restrictiva de la libertad personal.

#### B.- INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACION CON EL ART. 72, Nº 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 directamente 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. 2º 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, Nº 17, inciso 3º 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 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". 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. 4º de la Constitución Política repite expresamente este principio, y en fin, que por si ello se prestara a alguna duda, todavía, el tenor del art. 72, Nº 17, es casi pleonástico a fuerza de ser enfático: dice que por la declaración de estado de sitio sólo se concede 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 toman 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, Nº 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, Nº 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 según 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 9º : "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 III de la 9a. Conferencia Internacional Americana de Bogotá, 2 de Mayo de 1948, dice en su art. 8º : " Toda persona tiene derecho a fijar su residencia en el Estado de que es nacional, de transitar por él libremente, 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. Nº 15 y al no encontrarse en las situaciones excepcionales que la propia Constitución establece como restricciones lícitas de dicha garantía, resulta contrario 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 ahon

dar 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 los 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 le fija. Cuelga 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 contemple esta medida para los extranjeros, no es ipso jure 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. Excmá. 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 históricos interrumpieran la regularidad de su mecanismo, la forma y medida de la juridicidad 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 histórico-cultural de Chile, y en el N° 1º de la parte dispositiva deja testimonio del compromiso patriótico de restaurar la justicia y la institu-

cionalidad quebrantadas, para ser fieles a las tradiciones nacionales y al legado de los Padres de la Patria. En el Nº 3º 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 Nº 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 Nº 175 en materia de causales de pérdida de la nacionalidad, y con el Decreto-Ley Nº 170, 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 referencias a la transitoriedad de la medida, a la necesidad de ella por las circunstancias actuales y a la subsistencia, en lo demás, del mecanismo, el texto y la estructura institucional de la Constitución y las leyes. El ejemplo más claro está en el Decreto-Ley Nº 27, 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 Go-



bierno se ha propuesto" ( ya señalados en el propio Decreto-Ley Nº 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 ( el 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 su 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 27, 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 ejercerá 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 institucionales 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 Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, pero no entiende asumir, ni se otorga otras facultades que las que aparecen concedidas a estos poderes en la propia Constitución Política del Estado: los arts. 5º y 1º repiten casi textualmente atribuciones que la Constitución entrega al Ejecutivo; los arts. 11º y 14º invisten en el 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) por el 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 autoridada y juridicidad 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 por 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-institucionales 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 788, de fecha del mismo mes y año, rubricado "DICTA NORMAS SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE". Bajo este 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 copernicana" en toda la filosofía y estructura de la situación político-jurídica-constitucio-

nal chilena y que es no sólo atentatorio contra determinadas disposiciones constitucionales (lo es), sino que significa de hecho que la Constitución misma deja de tener vigencia como tal. En efecto, como 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 ad-hoc : 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 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 misma 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. 2º de la Constitución, "la soberanía reside esencialmente en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece".

El art. 4º 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 que 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 2º, agrega: "La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del 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 asume, 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 los decretos-leyes hasta ahora dictados se refieran a materias penales, la atribución de una virtud modificatoria tácita de la Constitución significa hacerlos aplicables 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 extenso 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 Constituyente, Legislativo y Ejecutivo. Ejercita los dos primeros a través de Decretos-Leyes, y como entre éstos 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 el propósito casi didáctico, se ha cuidado de advertir que modifica la Constitución; pero que en realidad en otros casos también lo ha 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 del Poder Constituyente. Por el contrario, en el propio texto Constitucional las reformas constitucionales son hechas por las mismas autoridades que hacen las leyes y tienen también la forma externa de una ley, pero no cualquiera ley que toque materias constitucionales es 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 épocas de normalidad institucional) que haya además seguido las particulares modalidades de tramitación señaladas en el texto. Puede 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 : disposición expresa, que declare tener el efecto de modificar la Constitución, que se promulgue debidamente, y que se incorpore al 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, ésta debe entenderse tácitamente reformada, pero que el texto constitucional no es modificado, conforme el 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 del Decreto-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 lo 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 continuará idéntico ..... ¿ Qué significaría eso ? ¿ Qu el principio de la reserva o legalidad sigue teniendo validez, ¿ o nó ? Si

se afirma que al no haber sido modificado "el texto", éste sigue teniendo validez para otros casos, pero que en el caso preciso del Decreto-Ley del efecto retroactivo el 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 condona 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 sólo 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 en que "por la fuerza de los hechos históricos" se reúnan en un mismo órgano las calidades Ejecutiva y Constituyente; en tal caso, se dice, la voluntad de ese órgano, expresada como legislativa, si resulta contraria a la Constitución, i 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 legislar : será la Constitución, y no su actuar, quién 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 el 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 fu-turos que sean contrarios a la Constitución sólo se en-tenderán 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 naturaleza 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 tiene que ser ajustada a la Constitución, y otro es pretender modificar la Constitución misma. Aunque se trata 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 gobernados, debe procederse como ella misma señala cuando se quiere modificarla : indicando claramente que se trata de una reforma constitucional; estableciéndola en forma expresa; promulgándola 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. 3º 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 no podría hacerlo ahora, si aceptara la validez y aplicación del Decreto-Ley 788, con 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 subsistente en lo de más, y obligatoria para gobernantes y gobernados; del simple ejercicio de un poder asumido, pero que brota de la Constitución y está reglamentado en ésta, se pasa a afirmaciones de doctrina jurídico-política 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 asumir la plenitud de la soberanía, que según el art. 2º de la Constitución reside esencialmente en la Nación, y asumir la facultad de modificar aquella mediante simples manifestaciones de voluntad, aún implícitas, lo que excede ciertamente las atribuciones de un poder legislativo-constituyente, quienquiera que sea el que lo ejerza, según el art. 4º de la Constitución.

Este último aspecto merece una consideración más detenida.

### 3.- Las bases del sistema político-jurídico chileno.-

El examen de la Constitución Política de Chile, que no difiere en este aspecto de las que la 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 abusiva 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 el mismo sometido a la ley o Constitución; y
- 4) El ciudadano no tiene otros derechos frente al soberano que los que éste le 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, representado por el Partido (comunismo), o en la Raza, encarnada en forma mística en el Caudillo (el Führerprinzip del nacionalsocialismo alemán).

Los Decretos-Leyes 1, 128 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 reconocen 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 o garantías, 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 uso del mismo sólo en la medida en que es necesario adaptar 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, tiene un enfoque diametralmente opuesto, y que sin profesar ~~derechamente~~ los principios absolutistas, es al menos claramente incompatible con los principios liberales que acabamos de enunciar. En efecto, al atribuir al órgano de Gobierno una voluntad única en cuanto a su objeto y efectos, no sometida 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 ellas o las reconoce;

c) Las atribuciones 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 o suprimidas por la voluntad de éstos, 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 ellas 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 todo caso, y sea 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 expresos de la Constitución, sino también a sus fundamentos últimos y a toda la filosofía política que la inspira: más aún, es contrario a la supervivencia misma de la Constitución como tal. U.S. Excma. tiene sobrada base para fundamentar la declaración de inaplicabilidad. Si, por el contrario, tal declaración no se formula, U.S.Excma. habrá abdicado el 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° 81, 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.- Acompañó certificación otorgada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en la que constata 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. AL-

FREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ya individualizado en el encabezamiento de lo principal, y en conferir poder al Procurador del Número D. SERGIO CHIFFILLE

SIRVASE U.S. EXCMA. tenerlo presente.

Santiago, 9 de Diciembre de 1974

//tiago, diecinueve de Diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

Vistos:

A fs. 1 comparece don Patricio Aylwin Azócar y recurre de amparo en favor de don Renán Fuentealba Moena. Manifiesta que el 26 de Noviembre del año en curso, a últimas horas de la tarde y a la salida de su oficina, que está ubicada en Bandera Nº 341, éste fué detenido por personas que se identificaron como funcionarios de Investigaciones y llevado contra su voluntad al Aeropuerto de Pudahuel, donde se le embarcó en un avión con rumbo al Perú; aduce que la detención y posterior expulsión del país del señor Fuentealba es ilegal, porque la autoridad política o administrativa carece de atribuciones para expulsar del país sin previo proceso a un ciudadano chileno, y termina solicitando que, en mérito de los antecedentes que invoca, se disponga la inmediata libertad del detenido y que, en caso de haberse ya materializado la expulsión, se instruya a las autoridades políticas y administrativas para que se permita su regreso al país sin obstáculos.

A fs. 7 se agregó oficio del señor Contralor General de la República por el que se pone en conocimiento del tribunal que el 27 de Noviembre del año en curso se tomó razón del Decreto Nº 1950 del Ministerio del Interior que ordena la expulsión del Territorio nacional de don Renán Fuentealba Moena.

A fs. 8 rels informe del señor Ministro del Interior en el que se consigna que el citado Fuentealba fué expulsado del país por Decreto Nº 1950, de fecha 26 de Noviembre último.

A fs. 19 se aparejó a los antecedentes copia del referido Decreto Nº 1950.

Estando los autos en estado, se han traído en relación.

CONSIDERANDO:

1º.- Que atendido lo manifestado durante los alegatos por el señor abogado del Gobierno en cuanto a la procedencia del recurso interpuesto, se hace necesario y previo ponderar que el artículo 16 de la Constitución Política del Estado emplea la palabra detención en la aceptación amplia y genérica que ella tiene, como todo impedimento o estorbo de la libertad personal, como sinónimo de cualquiera restricción de la libertad

individual, además de su significación restringida equivalente a la de arresto, de manera tal que dicho precepto protege toda especie de limitación de la libertad de las personas, aún en los términos en que ella está considerada en el Nº 15 del artículo 10 de la citada Carta Política, incluyendo toda índole de restricción de la facultad locomotiva o libertad de locomoción, para concluir consignando, como consecuencia del razonamiento vertido, que los Tribunales de Justicia están facultados para revisar por medio del recurso de amparo cualquiera medida restrictiva de la libertad personal y, por ende, que en el caso de autos es del todo procedente el recurso impetrado a raíz de la expulsión del territorio nacional del señor Renán Fuentealba Moena;

2º.- Que con arreglo a lo prescrito por el artículo 2º del Decreto Ley Nº 81 de 1973, modificado por el Decreto Ley Nº 684 de 1974, en los casos de declaración de Estado de Sitio previstos en el artículo 6º del Decreto Ley Nº 640 del año en curso, 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, pudiendo los que sean objeto de dichas medidas elegir el lugar de su destino;

3º.- Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo único del Decreto Ley Nº 641, de 2 de Septiembre del presente año, publicado en el Diario Oficial del día 11 del mismo mes, todo el territorio de la República se encuentra en Estado de Sitio, en grado de Defensa Interna, por el plazo de seis meses a contar desde la publicación del mismo;

4º.- Que el Estado de Sitio referido, en grado de Defensa Interna, se halla previsto en el artículo 6º, letra b), del Decreto Ley Nº 640, de 2 de Septiembre último, publicado en el Diario Oficial del 10 del mismo mes;

5º.- Que el Supremo Gobierno, en uso de la facultad que le confiere el aludido artículo 2º del Decreto Ley Nº 81 del año próximo pasado, por encontrarse el país en Estado de Sitio previsto en el artículo 6º del Decreto Ley Nº 640, y fundado en que el señor Fuentelaba constituye un peligro para la seguridad interior del Estado, en virtud de los antecedentes

que obran en su poder, ha procedido a expulsarlo del territorio nacional mediante el Decreto Nº 1950 del Ministerio del Interior, que, como se desprende respectivamente de la copia agregada a fs. 19 y del Informe aparejado a fs. 7, lleva las firmas de los señores Ministros del Interior y de Defensa Nacional, y fué debidamente tramitado por la Contraloría General de la República;

69.- Que de lo expuesto precedentemente fluye que la orden de expulsión del país del recurrido ha sido expedido por autoridad competente en uso de la facultad que le confiere el artículo 29 del aludido Decreto Ley Nº 81 y se ha cumplido con las exigencias que dicho precepto señala, por todo lo cual procede desechar el recurso.

De acuerdo, además, con lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, se declara sin lugar el recurso de amparo deducido a fs. 1 por don Patricio Aylwin Asócar en favor de don Renán Fuentealba Moena.

Comuníquese y archívese en su oportunidad.

Rol Nº 1.472-74.

## MINUTA SOBRE VICIOS DE FORMA DEL DECRETO DE EXPULSIÓN DE FUENTEALBA.

1- En el expediente no hay más prueba del texto del Decreto N° 1956 que dispuso la expulsión de Fuentealba, que la fotocopia acompañada a los autos por el Ministerio del Interior.

Llama la atención la tardanza del Ministerio en acompañar ese documento, claramente solicitado en la primera providencia recaída en el recurso de amparo, el mismo 27 de Noviembre. Llama igualmente la atención que la Centraloría General de la República se haya negado a enviar copia del Decreto, a pesar de habérselo requerido, invocando para ello un pretexto vanal.

2- La fotocopia acompañada por el Ministerio no lo es del original, sino de una copia. En consecuencia, en ella no aparecen las firmas de quienes suscriben el documento, sino sólo los nombres de quienes los habrían firmado. Y entre estos nombres sólo se mencionan los de los Ministros de Interior y de Defensa; pero no aparece el del Jefe del Estado.

Del texto del Decreto no aparece, tampoco, procediendo a las supuestas firmas de los Ministros referidos, la frase sacramental: "por orden del Jefe del Estado".- Por el contrario, el decreto aparece encabezado por la siguiente frase: "El Jefe del Estado decretó hoy lo que sigue:", lo cual supone que es un acto personal suyo.

3- El D.L. 527, de 26 de Junio de 1974, radicó las funciones propias del Poder Ejecutivo en el Presidente de la Junta de Gobierno, con el título de "Jefe del Estado". Y a él le atribuyó las facultades que la Constitución Política encomienda al Presidente de la República, entre otras la de "dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

El D.L. 128, de 16 de Noviembre de 1973, precisó en su art. 4 que "el Poder Ejecutivo es ejercido mediante decretos supremos y resoluciones de acuerdo con lo dispuesto por el D.L. N° 9."

Por su parte, el D.L. N° 9 dispuso que los decretos supremos no necesitarían la firma de todos los miembros de la Junta, sino que "podrían llevar la sola firma del Presidente e la Junta, precedida de la mención "por la Junta de Gobierno", y la firma del Ministro del ramo".- Agregó que, sin perjuicio de lo anterior, seguiría vigente lo dispuesto en la ley N° 16.436 de 24 de Febrero de 1966, que autoriza la expedición de decretos supremos sin la firma del Presidente de la República y solo la del Ministro respectivo, con la cláusula "por orden del Presidente".

De todo lo anterior resulta que, en el régimen vigente a la fecha del decreto de expulsión de Fuentealba (26 de Noviembre de 1974), el Poder Ejecutivo se ejercía por el Jefe del Estado mediante Decretos Supremos, los cuales deben llevar su firma y la del Ministro del ramo, salvo los casos en que la ley N° 16.436 autoriza que sean firmados solamente por el o los Ministros respectivos "por orden del Presidente".

4- La simple lectura del Dto. 1.956 revela que no ha sido suscrito por los Ministros "por orden del Jefe del Estado", frase que no aparece en ninguna parte en el texto del Decreto. La ley N° 16.436 es perentoria al exigir, en su art. 2, que los decretos a que se refiere sean suscritos "por orden del Presidente", lo que constituye una solemnidad sacramental ineludible y que no admite -dados los términos expresos y formales de la ley- su reemplazo por otra terminología. En la práctica, basta revisar el Diario Oficial para advertir que esta exigencia siempre se cumple sacramentalmente, precediendo la frase textual: "por orden del Presidente" (o del Jefe del Estado) a las firmas del o los Ministros respectivos.

La frase inicial del Decreto N° 1956: "El Jefe del Estado decretó hoy lo que sigue:" no reemplaza validamente a la frase: "por orden del Jefe del Estado", puesto que si el Decreto es, por defigición, una orden escrita de una autoridad administrativa, debe llevar la firma de la autoridad que la dispone. Si fué "el Jefe del Estado" quien decretó, él debe firmar.

En los decretos a que se refiere la ley Nº 16.436, son los Ministros respectivos quienes los dictan, como delegatarios del Presidente (o Jefe del Estado) y "por orden" suya.

En consecuencia, es claro que el Decreto Nº 1.956 del Interior que expulsó a Fuentealba NO HA SIDO DICTADO "POR ORDEN DEL PRESIDENTE". Cuando más habría que entender de su texto que los Ministros que aparecen firmando CERTIFICARIAN que el Jefe del Estado habría decretado lo dispuesto en el Decreto. Pero tal certificación no es, por su contenido y naturaleza, el contenido propio de un Decreto Supremo.

5- Pero hay más: por su contenido, el Dto. Nº 1.956 no ha podido ser dictado sin la firma del Jefe del Estado, porque no es de los que la Ley Nº 16.436 autoriza que sean suscritos únicamente por el o los Ministros respectivos "por orden del Presidente".

En efecto, dicha ley señala taxativamente las materias que pueden ser objeto de decretos con la sola firma del Ministro respectivo, y en tal enumeración no aparece la expulsión de un nacional del territorio de la República.

La enumeración de esas materias está en el Art. 19, y el cual incluye entre las materias "correspondientes al Ministerio del Interior" que pueden ser objeto de decretos con la sola firma del Ministro "por orden del Presidente", la siguiente: "20-expulsión de extranjeros".

Es sabido que en Derecho Público ninguna autoridad puede hacer más de lo que la ley expresamente lo autoriza (art. 4 de la Constitución Política). La Ley ha autorizado que, con la sola firma del Ministro del Interior, "por orden del Presidente", puede válidamente dictarse un decreto de "expulsión de extranjeros"; pero no ha autorizado tal cosa respecto a nacionales, como es Fuentealba.

En consecuencia, es obvio que la expulsión de Renán Fuentealba no ha podido disponerse sino por un decreto "firmado por el Jefe del Estado".

6- No puede sostenerse que la firma del Jefe del Estado no sería necesaria en este decreto en virtud de que el D.L. 81 exige las de los Ministros de Interior y de Defensa Nacional, puesto que:

a) dicho D.L. declara que es "el Gobierno" quien puede disponer la expulsión, y el Gobierno (equivalente a Poder Ejecutivo) está radicado precisamente en el Jefe del Estado conforme al D.L. 527;

b) dicho D.L. expresa que esa facultad se ejercerá "por decreto fundado", y la facultad de dictar decretos reside, conforme a los D.L. 9, 128 y 527, precisamente en el Jefe del Estado; y

c) ~~ppr~~ la exigencia de la firma de dos Ministros, frecuente para muchas materias, no significa que los decretos respectivos puedan dictarse con la sola firma de ellos, omitiéndose la del Jefe del Estado. Esta es requisito esencial del Decreto, salvo los casos en que expresamente la ley autoriza omitirla, puesto que el Decreto Supremo, ppr su naturaleza, es precisamente orden escrita emanada del propio Jefe del Estado.



## MINUTA SOBRE VICIOS DE FORMA DEL DECRETO DE EXPULSIÓN DE FUENTEALBA.

1- En el expediente no hay más prueba del texto del Decreto N° 1956 que dispuso la expulsión de Fuentealba, que la fotocopia acompañada a los autos por el Ministerio del Interior.

Llama la atención la tardanza del Ministerio en acompañar ese documento, claramente solicitado en la primera providencia recaída en el recurso de amparo, el mismo 27 de Noviembre. Llama igualmente la atención que la Contraloría General de la República se haya negado a enviar copia del Decreto, a pesar de habérselo requerido, invocando para ello un pretexto vanal.

2- La fotocopia acompañada por el Ministerio no lo es del original, sino de una copia. En consecuencia, en ella no aparecen las firmas de quienes suscriben el documento, sino sólo los nombres de quienes lo habrían firmado. Y entre estos nombres sólo se mencionan los de los Ministros de Interior y de Defensa; pero no aparece el del Jefe del Estado.

Del texto del Decreto no aparece, tampoco, precediendo a las supuestas firmas de los Ministros referidos, la frase sacramental: "por orden del Jefe del Estado".- Por el contrario, el decreto aparece encabezado por la siguiente frase: "El Jefe del Estado decretó hoy lo que sigue:", lo cual supone que es un acto personal suyo.

3- El D.L. 527, de 26 de Junio de 1974, radicó las funciones propias del Poder Ejecutivo en el Presidente de la Junta de Gobierno, con el título de "Jefe del Estado". Y a él le atribuyó las facultades que la Constitución Política encomienda al Presidente de la República, entre otras la de "dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

El D.L. 128, de 16 de Noviembre de 1973, precisó en su art. 4 que "el Poder Ejecutivo es ejercido mediante decretos supremos y resoluciones de acuerdo con lo dispuesto por el D.L. N° 9."

Por su parte, el D.L. N° 9 dispuso que los decretos supremos no necesitarían la firma de todos los miembros de la Junta, sino que "podrían llevar la sola firma del Presidente e la Junta, precedida de la mención "por la Junta de Gobierno", y la firma del Ministro del ramo".- Agregó que, sin perjuicio de lo anterior, seguiría vigente lo dispuesto en la ley N° 16.436 de 24 de Febrero de 1966, que autoriza la expedición de decretos supremos sin la firma del Presidente de la República y solo la del Ministro respectivo, con la cláusula "por orden del Presidente".

De todo lo anterior resulta que, en el régimen vigente a la fecha del decreto de expulsión de Fuentealba (26 de Noviembre de 1974), el Poder Ejecutivo se ejercía por el Jefe del Estado mediante Decretos Supremos, los cuales deben llevar su firma y la del Ministro del ramo, salvo los casos en que la ley N° 16.436 autoriza que sean firmados solamente por el o los Ministros respectivos "por orden del Presidente".

4- La simple lectura del Dto. 1.956 revela que no ha sido suscrito por los Ministros "por orden del Jefe del Estado", frase que no aparece en ninguna parte en el texto del Decreto. La ley N° 16.436 es perentoria al exigir, en su art. 2, que los decretos a que se refiere sean suscritos "por orden del Presidente", lo que constituye una solemnidad sacramental ineludible y que no admite -dados los términos expresos y formales de la ley- su reemplazo por otra terminología. En la práctica, basta revisar el Diario Oficial para advertir que esta exigencia siempre se cumple sacramentalmente, precediendo la frase textual: "por orden del Presidente" (o del Jefe del Estado) a las firmas del o los Ministros respectivos.

La frase inicial del Decreto N° 1956: "El Jefe del Estado decretó hoy lo que sigue:" no reemplaza validamente a la frase: "por orden del Jefe del Estado", puesto que si el Decreto es, por defigición, una orden escrita de una autoridad administrativa, debe llevar la firma de la autoridad que la dispone. Si fué "el Jefe del Estado" quien decretó, él debe firmar.

En los decretos a que se refiere la ley Nº 16.436, son los Ministros respectivos quienes los dictan, como delegatarios del Presidente (o Jefe del Estado) y "por orden" suya.

En consecuencia, es claro que el Decreto Nº 1.956 del Interior que expulsó a Fuentealba NO HA SIDO DICTADO "POR ORDEN DEL PRESIDENTE". Cuando más habría que entender de su texto que los Ministros que aparecen firmando CERTIFICARIAN que el Jefe del Estado habría decretado lo dispuesto en el Decreto. Pero tal certificación no es, por su contenido y naturaleza, el contenido propio de un Decreto Supremo.

5- Pero hay más: por su contenido, el Dto. Nº 1.956 no ha podido ser dictado sin la firma del Jefe del Estado, porque no es de los que la Ley Nº 16.436 autoriza que sean suscritos únicamente por el o los Ministros respectivos "por orden del Presidente".

En efecto, dicha ley señala taxativamente las materias que pueden ser objeto de decretos con la sola firma del Ministro respectivo, y en tal enumeración no aparece la expulsión de un nacional del territorio de la República.

La enumeración de esas materias está en el Art. 19, y el cual incluye entre las materias "correspondientes al Ministerio del Interior" que pueden ser objeto de decretos con la sola firma del Ministro "por orden del Presidente", la siguiente: "29-expulsión de extranjeros".

Es sabido que en Derecho Público ninguna autoridad puede hacer más de lo que la ley expresamente lo autoriza (art. 4 de la Constitución Política). La Ley ha autorizado que, con la sola firma del Ministro del Interior, "por orden del Presidente", puede válidamente dictarse un decreto de "expulsión de extranjeros"; pero no ha autorizado tal cosa respecto a nacionales, como es Fuentealba.

En consecuencia, es obvio que la expulsión de Renán Fuentealba no ha podido disponerse sino por un decreto "firmado por el Jefe del Estado".

6- No puede sostenerse que la firma del Jefe del Estado no sería necesaria en este decreto en virtud de que el D.L. 81 exige las de los Ministros de Interior y de Defensa Nacional, puesto que:

a) dicho D.L. declara que es "el Gobierno" quien puede disponer la expulsión, y el Gobierno (equivalente a Poder Ejecutivo) está radicado precisamente en el Jefe del Estado conforme al D.L. 527;

b) dicho D.L. expresa que esa facultad se ejercerá "por decreto fundado", y la facultad de dictar decretos reside, conforme a los D.L. 9, 128 y 527, precisamente en el Jefe del Estado; y

c) ~~por~~ la exigencia de la firma de dos Ministros, frecuente para muchas materias, no significa que los decretos respectivos puedan dictarse con la sola firma de ellos, omitiéndose la del Jefe del Estado. Esta es requisito esencial del Decreto, salvo los casos en que expresamente la ley autoriza omitirla, puesto que el Decreto Supremo, por su naturaleza, es precisamente orden escrita emanada del propio Jefe del Estado.

Excma. Corte.-

Don Patricio Aylwin Azocar, abogado, con la asistencia y patrocinio del abogado don Alfredo Etcheberry Orthusteguy, ha deducido el presente recurso de inaplicabilidad, a fin de que la Excma. Corte declare inaplicables, --, en el recurso de amparo interpuesto por la misma parte, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en favor de don Renán Fuentealba Moena, detenido y expulsado del territorio nacional el 25 de noviembre de 1974 por orden del Ministerio del Interior, -- las disposiciones del Decreto Ley Nº 81, de 11 de octubre de 1973, publicado en el D.O. 28.694, de 6 de noviembre del mismo año; y las del Decreto Ley Nº 788, de 4 del corriente mes de diciembre, -- "por ser contrarias a la Constitución Política del Estado."

Evacuando el traslado que le fué conferido, a fs 23, el señor Ministro del Interior, General de División don Raúl Benavides Escobar, con el patrocinio del abogado don Guillermo Pumpin Belloni, solicita se declare la improcedencia del recurso por falta de jurisdicción del Excmo. Tribunal para declarar inaplicables los preceptos legales dictados en el ejercicio del Poder Constituyente y que no tienen el carácter de leyes comunes.

V.E. ha dado vista a esta Fiscalía.

Desde el 11 de setiembre de 1973, la Junta de Gobierno que nos rige ha asumido los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo y no parece procedente considerar que los actos que ejecute en virtud de su Potestad Constituyente puedan ser atacados por la vía del recurso de inaplicabilidad. Este es el caso del recurso formulado por don Patricio Aylwin Azocar en contra del Decreto Ley Nº 81, de 11 de octubre de 1973, y, también, de los Decretos Leyes Nºs 640, de 2 de setiembre de 1974, y 641, de la misma fecha y de otras ordenaciones legales que se impugnan en el recurso, como si se tratara de leyes comunes y no de disposiciones que tienen carácter constitucional.

Lo que ocurre es análogo al Recurso de Inaplicabilidad interpuesto por un abogado, en el recurso de amparo deducido ante la Corte de Apelaciones de Santiago en favor de don Osvaldo Puccio Huidobro, en que se objetó la constitucionalidad del Decreto Ley Nº 3, de 11 de setiembre de 1973, y el Decreto Ley 360, de 16 de marzo de 1974, por ser contrarios al art. 72 Nº 17 de la Carta Fundamental. Esta Fiscalía, en Dictamen Nº 54, de 10 de abril de 1974, recaído en el expediente Nº 18.710, dijo, entre otras observaciones, lo que sigue:

" El presente recurso no puede prosperar porque descansa sobre el supuesto de que en nuestro país no ha ocurrido nada en los últimos siete meses y que en él se mantiene inalterable la normalidad constitucional; que el Presidente de la República no ha sido depuesto, ni ha dejado de existir, sino que continúa administrando el Estado como Jefe Supremo de la Nación; que el Congreso Nacional permanece en funciones y los Diputados y Senadores no han cesado en sus cargos y funciones; y que la Fuerza Pública, formada constitucionalmente por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y el Cuerpo de Carabineros, medio de sus Comandantes en Jefe y por el Director General de dicho Cuerpo, el 11 de setiembre de 1973, se constituyeron en Junta de Gobierno y asumieron el Mando Supremo de la Nación y el Gobierno de la República, dictando al efecto el Decreto Ley Nº 1, de esa fecha.

" La realidad viviente es que todo ello no corresponde a la verdad que se encuentra en el pleno ejercicio de su misión y que ha sido reconocida por el Poder Judicial, por la Contraloría General de la República y por todos los sectores profesionales, laborales, universitarios, educacionales, empresariales, funcionarios, empleados, etc, etc., que componen la Nación,

" Invocando la situación de conmoción interior que vive el país y, precisamente, lo dispuesto en el art. 72 Nº 17 de la Constitución

CORTE SUPREMA

CHILE  
FISCALIA.-

Política del Estado,- en que se apoya el recurso,- la Junta de Gobierno dictó el mismo día 11 de setiembre pasado el Decreto Ley Nº 3,- cuya declaración de inaplicabilidad pretende el recurrente,- que ordena: "Declarar, a partir de esa fecha, Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las Fuerzas que operarán en la emergencia."

"Basado en el inc. 2º de la citada disposición de la Carta Fundamental el señor..... anota que "en caso de conmoción interior, la declaración de hallarse uno o varios puntos en estado de sitio, corresponde al Congreso; pero si este no se hallare reunido, puede el Presidente hacerlo por un determinado tiempo. Si a la reunión del Congreso no hubiere expirado el término señalado, la declaración que ha hecho el Presidente de la República, se entenderá como una proposición de ley."

Sostiene el recurrente que la expresión "por un determinado tiempo" indica la obligación categórica de fijar en todo caso de manera precisa la duración del Estado de Sitio, exigencia que omite el Decreto Ley 3; y que, por lo tanto, éste pugna con los requerimientos básicos del precepto constitucional para decretar por la voluntad del Ejecutivo Estado de Sitio en la República.

"En cuanto al Decreto Ley 360, de 16 de marzo de 1974, y que prorrogó el Estado de Sitio por seis meses a contar desde esta fecha,- cuya inaplicabilidad también solicita,- observa el señor..... que este Decreto comienza por decir que el Estado de Sitio "se prorroga", de lo que resultó obvio entender que el ordenado en el Decreto Ley 3, se había ya extinguido, puesto que en él no estipuló término para su vigencia.

"Después de diversas observaciones, llega a la conclusión de que el Estado de Sitio decretado por el Presidente de la República no puede tener como duración más de ocho meses, que comprende desde el 19 de setiembre de cualquier año, fecha de la clausura de la legislatura ordinaria, hasta el 21 de mayo del año siguiente, en que comienza la misma legislatura, y entonces la declaración "se entenderá como proposición de ley, con lo cual la Junta de Gobierno, a través de los Decretos Leyes Nºs 1 y 360, quiere mantener Estado de Sitio por un plazo mucho mayor.

"Manifiesta que, mediante el Decreto Ley Nº 27, de 24 de setiembre de 1973, la Junta disolvió el Congreso Nacional, y los parlamentarios cesaron en sus funciones, a contar desde esa fecha. En los casos en que la Junta ha hecho uso del Poder Constituyente que posee, según el Decreto Ley Nº 128, de 16 de noviembre, y que aclara el sentido y alcance del Decreto Ley Nº 1 pasando a formar parte del respectivo Decreto Ley modificatorio de la Constitución, entendiéndose incorporado a él (art. 20 del aludido Decreto Ley Nº 128. Así ha sucedido cuando se ha modificado el art. 62 de la Constitución mediante el Decreto Ley 175, de 10 de diciembre de 1973. En otras palabras, mientras no se consagra expresamente una modificación del texto constitucional, éste debe entenderse vigente y es obligación de la Excma. Corte cumplir con el mandato que los arts. 80 y siguientes, de nuestra Carta Política le imponen.

"Asevera que la declaración de Estado de Sitio obligatoriamente debe referirse "a uno o varios puntos de la República" y no a "todos los puntos", ni tampoco a "todo o parte de la República". Los Decretos Leyes 3 y 360, respectivamente, al hacer extensivo el Estado de Sitio a todo el territorio de la República, vulneran claramente el inc. 1º del Nº 2º del art. 72 de la Carta Fundamental.

"Termina pidiendo que se coja este recurso de inaplicabilidad de los Decretos Leyes Nºs 3 y 360, en el recurso de amparo en favor de don Osvaldo Puccio Huidobro

CORTE SUPREMA

CHILE  
FISCALIA.-

" Si se tiene en cuenta que la Junta de Gobierno, además de ejercer las funciones correspondientes al Presidente de la República, posesiones que pertenecen al Poder Legislativo y, también, las del Poder Constituyente, hay que convenir en que pudo válidamente dictar los Decretos Leyes Nros 3 y 360, que, en realidad, no son contrarios al No 17 del art. 72 de la Constitución, dadas las fechas en que se dictaron y las actuales, es posible que ellos no se ajusten, estrictamente y todo, al texto constitucional. Pero, en ningún caso, lo contrarían. Hay que adecuarlos a ese texto, porque hoy no existen Presidente de la República, ni Congreso Nacional.

" Los reparos que formuló el recurrente en contra de dichos Decretos Leyes no demuestran que exista una oposición o contrariedad o contradicción sustancial y de fondo con la disposición de la Carta Fundamental que se invoca como contrapuesta a los mismos.

" En mérito de lo expresado y evacuando la vista decretada a fs 6 vta, el Fiscal opina en el sentido de que V.E. debe desechar el recurso de inaplicabilidad formulado por don..... en lo principal de su escrito de fs 1, en el recurso de amparo que él mismo interpuso en favor de don Osvaldo Puccio Huidobro ante la Corte de Apelaciones de Santiago, donde ingresó con el No 234-74.- Santiago, 10 de abril de 1974.- (Fdo) URBANO MARIN."

Estas mismas razones reproducidas precedentemente sirvan para rechazar el recurso de inaplicabilidad deducido por don Patricio Aylwin Azócar, en cuanto se fundamenta en la contradicción que habría entre el Decreto Ley No 81, de 11 de octubre de 1973, y la Constitución Política del Estado.

En lo que concierne al Decreto Ley No 788, de 4 del actual mes de diciembre, que "dicta normas sobre el ejercicio del Poder Constituyente,, cabe advertir que él se basa en lo dispuesto en los Decretos Leyes Nros 1 y 128 de 1973 y No 527 de 1974, y en los siguientes Considerandos:

" a) Que la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de setiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo;

" b) Que el ejercicio de los Poderes Constituyente y Legislativo se realiza mediante la dictación de Decretos Leyes con la firma de todos los miembros de la Junta de Gobierno y -cuando éstos lo estimen conveniente- y con la de el o los Ministros respectivos;

" c) Que ninguna diferencia formal se ha establecido hasta ahora para señalar cuáles son los casos en que la Junta de Gobierno ha actuado en ejercicio del Poder Constituyente o en el ejercicio del Poder Legislativo de modo tal que la única forma de identificar cuando se ha ejercido una y otra potestad radica tan solo en el contenido o sustancia jurídica de los preceptos aprobados por la Junta de Gobierno;

" d) Que en el hecho y hasta el momento, solo en algunos casos la estimado conveniente destacar la categoría de rango constitucional con que ha dictado algunas normas modificatorias de la Constitución Política del Estado, pero que esta circunstancia no puede conducir a la conclusión de que no se ha ejercido la Potestad Constituyente en aquellos casos de Decretos Leyes que sin hacer tal mención han establecido reglas obligatorias incompatibles con el texto constitucional.

" e) Que, en consecuencia, debe entenderse que cada vez que la Junta de Gobierno ha dictado un Decreto Ley cuyos términos no coinciden con alguna disposición de la Constitución Política del Estado, ha ejercido el Poder Constituyente modificando en lo pertinente y ya sea en forma expresa o tácita, total o parcial, el respectivo precepto constitucional;

" f) Que ha podido entenderse por interpretación del inc. 2º del art. 3º del Decreto Ley 128, de 1973, en cuanto señala que "las disposiciones de los Decretos Leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte del texto y se tendrán por incorporadas

CHILE  
FISCALIA.-

das a ella", que se habría el ejercicio del Poder Constituyente sólo aquellos casos en que la Constitución sea modificada de manera expresa reemplazando alguno de sus preceptos por otro distinto;

" g) Que tal interpretación del referido precepto debe rechazarse, puesto que resulta obvio que su sentido y alcance ha sido el de incorporar al texto constitucional las modificaciones a que alude el

Considerando anterior, pues ellas son las únicas en que interesa y tiene posibilidad lógica la incorporación del nuevo mandato al contenido de la Carta Fundamental; pero ello, en ningún caso, puede excluir la posibilidad de que la Constitución sea reformada tácitamente, por la dictación de Decretos Leyes con contenido distinto al de los preceptos constitucionales. Tan evidente es lo dicho que la conclusión contraria sólo sería admisible si se aceptara que la propia Junta ha restringido el ejercicio del Poder Constituyente que asumió, sin facultad ni siquiera de derogar tal pretendida auto-restricción, supuestos que son indiscutibles para el restablecimiento del normal desenvolvimiento institucional del país;

" h) Que, doctrinariamente, se ha sostenido que la Carta Fundamental no puede ser modificada tácitamente sino que sólo a través de norma expresa que reemplace algún precepto constitucional o se agregue a ellos. Pero esta afirmación no tiene validez para periodos de emergencia ni mucho menos en los casos en que por la fuerza de los hechos históricos, se reúnan en un mismo órgano y sin formalidades o requisitos diferenciadores, el ejercicio del Poder Constituyente y del Poder Legislativo. En estas circunstancias es obvio que la voluntad de tal órgano expresará siempre una norma de conducta de carácter obligatorio que, en cuanto pueda ser distinta de la Constitución que esté vigente tiene, sin duda, un efecto modificatorio de ésta;

" i) Que, no obstante la validez de los principios antes consignados y por exigencia que surge de la necesidad de otorgar plena certeza al rango jerárquico de los preceptos legales y de no dejar en situación incierta el contenido de los derechos y obligaciones que corresponden a los particulares, se hace conveniente precisar la situación jurídica de los distintos Decretos Leyes dictados o que dicte la Junta de Gobierno frente al texto de las normas constitucionales; y

" j) Que, por otra parte, la realidad institucional alcanzada actualmente en el país, hace aconsejable que la Junta de Gobierno elimine hacia el futuro toda posible duda acerca de los casos en que éste de da ejercer el Poder Constituyente, de manera tal que respecto de los Decretos Leyes en que éste no se ejerza, quede vigente el recurso de inaplicabilidad consagrado en el art. 86 de la Constitución Política del Estado.

" Por lo tanto, la Junta de Gobierno en ejercicio del Poder Constituyente, acuerda dictar el siguiente

## DECRETO LEY:

" Art. 1º.- Declárase 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 Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución."

Siguen otros tres artículos.

Con respecto a la primera fase del recurso, en que se solicita la declaración de inaplicabilidad del Decreto Ley Nº 81, de 11 de octubre de 1973, y de otros preceptos legales, por ser contrarios a la Constitución Política del Estado, lo que corresponde es declararlo inadmisible o improcedente, o en subsidio, rechazarlo, conforme al art. 12 del Decreto Ley Nº 788, de 4 del corriente, porque aquél Decreto Ley Nº 81 y los demás que han sido impugnados, fueron dictados entre el 11 de setiembre de 1973 y el 4 del actual; y, por lo tanto, tienen la categoría o calidad de normas modificatorias del correspondiente precepto de la Carta Fundamental y revisten el carácter de disposiciones constitucionales, dictados por la Junta de Gobierno en ejercicio del Poder Constituyente, de modo que contra ellos no procede

CORTE SUPREMA

CHILE  
FISCALIA.-

el recurso de inaplicabilidad que se ha formulado..Este recurso tiene cabida contra preceptos legales,pero no contra disposiciones constitucionales.

En cuanto se refiere a la declaración de inaplicabilidad del Decreto Ley Nº 788,de 4 del mes en curso,su inadmisibilidad o improcedencia,o, en subsidio,su rechazo,es todavía mas evidente y notoria, si se tiene en cuenta su motivación,que ha sido reproducida precedentemente,y el hecho de que él mismo,consigna expresamente,que fué dictado por la Junta de Gobierno "en ejercicio del Poder Constituyente" y que él declara,en su art. 1º,,que, en cuanto sea contrario o se opongan o sea distinto,a algún precepto de la Constitución Política del Estado,tiene la calidad de norma modificatoria de carácter expreso o tácito,parcial o total,del correspondiente precepto de dicha Constitución." No puede haber duda alguna en orden a que el aludido Decreto Ley Nº 788 es de carácter constitucional;y ello aparece demostrado y perfectamente en claro,en sus diversos Fundamentos

Y aquí debe repetirse lo ya manifestado acerca de que las disposiciones de índole constitucional,dictadas en ejercicio de la Potestad Constituyente no pueden ser objeto del recurso de inaplicabilidad.,porque no puede ser contraria o opuesta a la carta Fundamental.

El Fiscal debe lamentar el párrafo final del recurso,en que el recurrente afirma:" U.S,Excma.tiene sobrada base para fundamentar la declaración de inaplicabilidad. Si,por el contrario,tal declaración no se formula, U.S. Excma. habrá abdicado el mas sólido de sus títulos:el no 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."

El Fiscal se remite a la respuesta dada en el escrito de fs 23 por el señor Ministro del Interior,General de División don Raul Benavides Escobar,bajo el patrocinio del abogado don Guillermo Pumpin Belloni.

En mérito de lo expuesto y evacuando la vista decretada a fs 25 vta,el Fiscal opina en el sentido de que V.E. debe declarar inadmisibile o improcedente,o en subsidio,rechazar en todas sus partes,el recurso de inaplicabilidad interpuesto por el abogado don Patricio Aylwin Azócar,en lo principal de su escrito de fs 2.

Santiago,26 de diciembre de 1974.-

*Manuel Valdovinos*

---

1927  
f

EN LO PRINCIPAL, se tenga presente; EN EL OTRO SI, diligencias.

SOBRE LOS ANTECEDENTES NECESARIOS PARA FALAR.

EXCMA. CORTE, que impone al tribunal que conoce del amparo la obligación de "impugnarse de los antecedentes" ALFREDO ETCHEBERRY, abogado patrocinante y en representación de D. PATRICIO AYLWIN AZOCAR, en recurso de amparo interpuesto en favor de D. REMAN FUENTEALBA MOENA, a U.S. EXCMA. digo:

Formulo las consideraciones que siguen, a fin de que U.S. Excma. se sirva tenerlas presentes, además de los que se exponen en estrados, al fallar el presente recurso. El fallo recurrido se limita a afirmar, primeramente, la procedencia de este recurso en casos como el presente, en que la privación de libertad personal ha consistido en un encierro (aunque inicialmente también lo fue), sino en otra clase de denegación de la libertad personal. Luego agrega y acostadamente que el Gobierno ha calificado "en virtud de antecedentes que obran en su poder" la permanencia del señor FUENTEALBA en el territorio nacional como un peligro para la seguridad del Estado, y ha ejercitado las facultades que en tal caso le otorga el Decreto-Ley 81, por lo cual el amparo no puede ser acogido. Al hacerlo así, el fallo prescinde por completo de una serie de argumentaciones y peticiones concretas, formuladas por esta defensa en estrados, y que de haber sido rectamente consideradas, habrían debido conducir a una resolución haciendo lugar al amparo solicitado. Por esta razón, la defensa desea reiterar expresamente estas argumentaciones y peticiones, a fin de que quede testimonio escrito de las mismas, y U.S.



Excmo. Ilustre tome en consideración al fallar o como medidas para mejor resolver, según corresponda.

SOBRE LOS ANTECEDENTES NECESARIOS PARA FALLAR.- La

Constitución Política en su art. 16, impone al tribunal que conoce del amparo la obligación de "imponerse de los antecedentes" relativos a la privación de libertad que se denuncia. Consecuente con esta obligación, la III. Corte de Apelaciones de Santiago dispuso como trámite anterior a la vista de la causa que se oficiara al señor Ministro del Interior a fin de que remitiera a ese tribunal: (1) el decreto de expulsión; (2) el texto de las supuestas declaraciones del señor FUENTEALBA a una empresa periodística o agencia noticiosa, y que según declaraciones públicas del Ministerio, habrían sido la causa de la expulsión. Sin embargo, al oponerse el señor Ministro a tales peticiones, la I. Corte se inclinó ante su oposición; dejó sin efecto lo ordenado en lo que toca al envío de las declaraciones y a los "demás antecedentes", y en cuanto al decreto, se contentó con la transcripción de una copia fotostática que evidentemente no es copia del texto original del decreto, lo cual es importante en otro aspecto, según se verá. No obstante, en la vista de la causa la defensa del Gobierno hizo abundante caudal de "otros antecedentes" que habrían determinado la expulsión del señor FUENTEALBA, y leyó algunos párrafos de los mismos, entregándolos luego materialmente a los señores miembros del I. Tribunal. El fallo no ordena reiterar la petición de envío, ni del decreto mismo, ni de las supuestas declaraciones, ni de los "otros antecedentes", ni accede a lo pedido expresamente por la defensa del recurrente, en el sentido de comisionar a uno de los miembros del I. Tribunal para constituirse en el Ministerio

del Interior, examinar de visu todos estos antecedentes y dejar constancia en el proceso, como corresponde, de todos aquellos que fueren estimados pertinentes y relevantes para la dictación del fallo. Pese a ello, el fallo hace expresa referencia, para rechazar el recurso, a que el Gobierno ha obrado "en virtud de los antecedentes que obran en su poder" con lo cual, con grave infracción procesal, ha dado crédito a la esca palabra de una de las partes y ha atribuido mérito decisivo a documentos secretos y anónimos, no acompañados siquiera formalmente a los autos, y de los cuales la parte recurrente no ha podido tener conocimiento. En consecuencia, que U.S. EXCMA. reitera la petición de remitir el texto de las supuestas declaraciones y los "demás antecedentes" y también que se comisione a un ocho de los miembros del Excmo. Tribunal para examinarlos en su lugar de origen y dejar las certificaciones o testimonios que correspondan en los autos; o en caso contrario, que tales supuestos "otros antecedentes" no seanen ni absoluto y tomados en cuenta para la fundamentación del fallo.

-ize se SOBRE LAS FORMALIDADES DEL DECRETO DE EXPULSION. Tal vez en esta parte <sup>es</sup> donde las comisiones del fallo recurrido resultan más graves, pues los numerosos vicios formales del decreto fueron todos denunciados en forma expresa por esta defensa; ocan todos dentro del ámbito de la revisión y control por parte de los tribunales; algunos de ellos son evidentes con los que los antecedentes allegados al recurso, se casan o no casan, y otros pudieron (y aún pueden) ser comprobados fácilmente con las diligencias probatorias que también fueron solicitadas por la defensa, y en fin, el fallo recurrido prescinde total y absolutamente de toda consideración sobre el

particular. Esta defensa señaló: que de conformidad con el Decreto-Ley 1950, un decreto de expulsión debe llevar las firmas de los Ministros del Interior y de Defensa Nacional, ya que de la copia fotostática enviada al tribunal no se advierte el cumplimiento de esta formalidad, ya que si bien aparecen escritos los nombres de los señores Ministros, no se advierten sobre ellos los rasgos propios de sus firmas. En la verificación de este extremo exige que el Excmo. Tribunal (como se pidió en primera instancia), por sí o por medio de uno de sus miembros, tome conocimiento de visu del decreto original y deje en el auto el testimonio que le corresponda. Que de conformidad con el mismo Decreto-Ley, un decreto de expulsión debe ser fundado, y que el Decreto 1950, transcrito en copia al Tribunal, no es fundado. En efecto, se limita a afirmar que el señor RENAN FUENTEALBA MOENA se constituye un peligro para la "Seguridad Interior" del Estado en virtud de antecedentes que obran en este Ministerio. La simple aserción de que concurren las circunstancias exigidas por la ley no basta para cumplir con la exigencia de fundamentación: se debe la conclusión, y no la motivación. Es necesario que el decreto exponga los antecedentes de hecho que se han considerado para su dictación y luego las razones de calificación que lleven a la conclusión de que tales antecedentes constituyen la situación prevista por la ley, al cual no se cumple en este caso. Y esto es un examen puramente formal y previo al análisis de la fundamentación misma, que puede ser correcta o errónea: para analizarla, evidentemente, atiene que existir primeramente Sobre la exigencia y na-

turalidad de la fundamentación, esta defensa citó varios autores, por vía de ejemplarización de una doctrina que es unánime (STASSINOPOULOS, "Traité des actes administratifs", págs. 198 y ss.; GARRIDO FALLA, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo I, Parte General, págs. 462-464; GORDILLO, "El acto administrativo", págs. 313-316); citó, por vía de argumentación sistemática, preceptos legales aplicables a todo procedimiento, sobre fundamentación de las resoluciones (arts. 170 y 171 del C. de P. Civil), y mencionó jurisprudencia administrativa nacional (dictámenes de la Contraloría General de la República n.º 22.881, de 1966, y n.º 58.393 de 1971). No hay, sobre toda esta argumentación, versión alguna en el falle recurrido, sobre el punto y "establecimiento de los motivos que invoca el decreto ni siquiera concuerdan con los exigidos por el Decreto-Ley 81. Este último autoriza la expulsión "cuando así lo requieran los altos intereses de la seguridad del Estado". El decreto de expulsión, n.º 1950, se limita a afirmar (sin fundamentar) que el señor FUENTEALBA "constituye un peligro para la seguridad interior del Estado". Por la gravedad de la medida, el Decreto-Ley 81 la reserva para casos extremos, cuando están afectados "los altos intereses" de la seguridad del Estado. Este es, no bastaría un daño o amenaza cualesquiera, o para prevenir o reprimir los cuales serían suficientes los procedimientos judiciales contenidos en la ley del ramo; sino una lesión o amenaza de extraordinaria gravedad; de otro modo no se explica el uso de la expresión "altos intereses". El decreto 1950, en la versión que se ha enviado al tribunal, ni siquiera afirma que están afectados los "altos intereses" de la seguridad del Estado. Menos todavía se cumple el requi-

tanto en análisis, si nos atenemos a las declaraciones oficiales hechas por el Ministerio del Interior a la ciudadanía, en las cuales explica y justifica la medida adoptada y asume la responsabilidad por ella. Allí se acusa al señor FUENTEALBA de "falta de patriotismo", "comprometer el prestigio de Chile en el exterior", "romper el receso político": acusaciones todas de carácter moral y político que el Gobierno se encontraría en la obligación de probar, pero que en sí mismas no afectan los "altos intereses de la seguridad del Estado" (su estabilidad institucional, su independencia, su integridad territorial). En ninguna parte ha afirmado el Ministerio que en la dictación del decreto hayan pesado "otros antecedentes" u otras actuaciones del señor FUENTEALBA.

Que de conformidad con el D.F.L. 79120 de 30 de Noviembre de 1927 (Ley Orgánica de Ministerios) y los arts. 13 y 33 de la Ley 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, los decretos supremos sólo pueden ejecutarse después de que se ha cumplido, entre otros trámites, con la toma de razón por la Contraloría General de la República. Sólo se exceptúan aquellos casos "especial y taxativamente señalados en la ley 14.832, que modificó la ley 10.336. Entre esas excepciones no están los decretos de expulsión (que por lo demás a esa fecha no existían). El propio Decreto-Ley 81 no autoriza el cumplimiento de la expulsión antes de la toma de razón. En la especie, y de acuerdo con los antecedentes proporcionados por el propio Ministerio del Interior y la Contraloría General de la República, el decreto se dictó y se cumplió el 26 de Noviembre, y sólo se tomó razón del mismo el 27 de Noviembre. En su primera declaración pública, el mismo día 26 de Noviembre en la noche, el Ministe-

rio del Interior dijo: "Se comunica a la ciudadanía que con fecha 26 del presente ha sido expulsado del país el señor RENAN FUENTEALBA MOENA... etc.". En la segunda declaración del Ministerio, hecha por el señor Subsecretario, con fecha 28 de Noviembre y publicada en la prensa el 29 del mismo mes, dicho alto funcionario comienza diciendo: "En el día de anteayer, 26 del presente, el Gobierno informó del decreto de expulsión del país del señor RENAN FUENTEALBA MOENA, medida que fue llevada a cabo esa misma tarde."

Si la defensa del Ministerio del Interior pretendiera ahora que ese hecho, de pública notoriedad y reconocido expresa y reiteradamente por voceros oficiales del mismo Ministerio, no le consta o no esté probada, nada costaría informarse a través de la Línea Aérea Nacional acerca del día y hora del vuelo en que fue expulsado el señor FUENTEALBA. Dejamos sólo insinuada esta diligencia, pues nos resistimos a creer que la defensa del Ministerio del Interior pueda realmente controvertir la real fecha de expulsión del señor FUENTEALBA.

Pues bien, la circunstancia de haberse cumplido el decreto antes de su toma de razón, que no es saneable a posteriori, y que consta de los selos antecedentes acompañados, se hizo presente en forma enfática y reiterada durante la vista de la causa ante la I. Corte de Apelaciones, señalándose que esta sola circunstancia era suficiente para acoger el amparo, aun sin necesidad de decretar diligencias de prueba, ni entrar a examinar el fondo de la medida.

Sin embargo, ni una sola palabra se contiene en el fallo sobre esta punto, gravísima omisión que deberá ser subsanada por U.S. Excmo.

5. Que de conformidad con las mismas disposiciones legales citadas y con el art. 13 de la Constitución Política del Estado, los decretos supremos deben ser transcritos o comunicados, entre otros, al interesado o afectado por ellos, exigencia que adquiere el carácter de constitucional cuando se trata de decretos que limitan la libertad personal o privan de ella (sentido constitucional de la voz detención según reiteradamente lo ha declarado la jurisprudencia y lo reconoce el considerando 1º del propio fallo dictado en estos autos). En la especie, la expulsión no fue notificada, transcrita o intimada en forma alguna al señor FUENTEALBA, quien sólo comprendió que se le expulsaba cuando se le conminó a subir a un avión con los motores ya en marcha, y sin indicarle siquiera su destino. Tampoco se ocupa de ello para nada el fallo recurrido.

SOBRE LA EJECUCION MISMA DE LA MEDIDA. Sobre esta particular, hicimos presentes dos consideraciones en el alegato del recurso:

1. Que el orden de expulsión se había cumplido de hecho antes de la toma de razón del decreto respectivo, y sin intimar, transcribir o notificar en forma alguna al afectado. Sobre estos aspectos, y la absoluta falta de consideraciones en relación con ellos, en la sentencia, recurrida, nos remitimos al párrafo precedente.

2. Que en la expulsión tampoco se cumplió con lo dispuesto en el inciso 2º del art. 2º del Decreto-Ley 81, que dice a la letra: "Los que sean objeto de las medidas de expulsión o abandono del país, podrán elegir libremente el lugar de su destino". En la especie, huelga decirlo, si ni

siquiera se notificó en forma alguna al señor FUENTEALBA de que sería expulsado, menos aún se respetó su derecho a elegir el lugar de su destino. No fue en absoluto consultado, y se le obligó a subir a un avión de itinerario, con los motores ya en marcha y sus escalas pre-establecidas, con orden de conducirle a Panamá.

Nada dice en absoluto el fallo de la I. Corte sobre tan importante aspecto. Parece estimar el tribunal de primera instancia que el recurso se dirige contra el decreto de expulsión; en verdad el recurso se dirige contra la expulsión misma. En la medida en que ella se ha originado en un decreto, será necesario, entre otras cosas, examinar la legalidad, formalidades y fundamentación del referido decreto, pero sin perjuicio de ello es posible que también se haya incurrido en ilegalidad o atropello en la ejecución misma de la orden de detención o expulsión, aun en el supuesto de que el decreto no hubiera sido defectuoso. La defensa del Ministerio del Interior ni siquiera contrvirtió esta circunstancia en la vista de la causa, pero si lo hubiera hecho y el tribunal tuviera dudas sobre su efectividad, lo procedente sería decretar las diligencias de investigación que fueren procedentes en el propio Ministerio del Interior, en la Dirección de Investigaciones y en la Línea Aérea Nacional.

No puede simplemente silenciarse toda consideración sobre la flagrante infracción de esta importante garantía que establece el propio Decreto-Ley 81.

SOBRE EL FUNDAMENTO DEL DECRETO. - Se hace difícil argumentar sobre este aspecto del caso cuando el tribunal de primera instancia, con incumplimiento de su deber



constitucional de "instruirse de los antecedentes", no ha ordenado agregar a los autos o constituir las constancias correspondientes, ni el texto de las supuestas declaraciones del señor FUENTEALBA a la Agencia France-Presse, que según públicas y reiteradas declaraciones del Ministerio del Interior habrían sido la única causa de su expulsión; ni los "otros antecedentes" que veladamente se insinúa ahora que estarían en el origen de la expulsión.

La atribución de U.S.Excma. y del Poder Judicial en general para examinar el fondo de la justificación de la medida adoptada deriva precisamente del principio de la separación de poderes, que no significa solamente que los unos no deben inmiscuirse en el campo de los otros, sino también, y muy principalmente, que los poderes deben moderarse y controlarse recíprocamente, para evitar abusos de poder por parte de cualquiera de ellos. Ni siquiera se trata *en* la especie del ejercicio de las atribuciones que se ha dado en llamar "privativas" del Ejecutivo como consecuencia constitucional del Estado de Sitio. Se trata aquí del ejercicio de una facultad otorgada por un Decreto-Ley (sin perjuicio de controvertir su constitucionalidad, a lo que nos referiremos separadamente), y que como afecta a las garantías constitucionales, queda bajo el control último del Poder Judicial, para vigilar que el poder de restricción de la libertad sea ejercido por el <sup>Poder</sup> Ejecutivo conforme al fin de la ley. Si el Ejecutivo no invoca motivo alguno para ejercer su atribución; o si el que invoca no es el que la ley exige, o si invocando formalmente el legal, las circunstancias demuestran que el verdadero motivo es diferente, se ha producido lo que la doctrina llama una "desviación de poder" (détournement de

pouvoir); un uso indebido de la ley; una infidelidad a su mandato y a su recto sentido; en suma, el aprovechamiento de un "resquicio" para desoir el espíritu de la institución bajo un aparente respeto a la letra de la misma.

Si dicha situación es grave en cualquiera circunstancia, ella adquiere especial gravedad cuando afecta las garantías constitucionales, particularmente la libertad personal. Ella tiene como vigilante, contralor y garantizador en la Constitución Política al Poder Judicial, a través del recurso de amparo. Si se empieza a hacer distinciones y se decide que en ciertas circunstancias el poder Judicial no puede proteger la libertad personal de los ciudadanos contra detenciones o restricciones de libertad ilegales, hay que convenir en que la garantía desaparece. La doctrina de la separación de poderes no fue ideada por MONTESQUIEU y sus seguidores para permitir el desconocimiento de las garantías individuales, sino al revés: para impedir el abuso o concentración excesiva del poder, como una manera de proteger mejor al ciudadano y sus libertades; en suma, dicha separación es un medio al servicio de un fin, que es la protección de la libertad. Sostener que no puede protegerse el fin, para no lesionar el medio es apartarse de la esencia misma de la institución.

Hay por lo demás numerosos casos en que la ley y la jurisprudencia aceptan sin problemas la revisión de la legalidad de los actos del Ejecutivo por parte del poder Judicial: v.g., los decretos de expropiación y en forma más clara todavía: las órdenes de detención emanadas de autoridad que tiene facultad para detener, como ocurre con los Intendentes y Gobernadores en los casos de los arts. 258 y 259 del C. de P. Penal. En tales casos, no se discute que la ley entrega al

Poder Ejecutivo la atribución de ordenar detenciones, pero el poder Judicial tiene por la ley (y así lo ha aceptado reiteradamente la jurisprudencia) la facultad de revisar si tales órdenes se han impartido con "mérito o antecedentes que las justifiquen", esto es, en otras palabras, debe examinar el fundamento de la orden: si se cumple el fin de la ley y si se dan o no las circunstancias que ella ha previsto para el ejercicio de tal facultad. Esta revisión la efectúa el Poder Judicial por la vía del amparo, y nunca se ha pensado que con ello interfiriera en la provincia exclusiva del Poder Ejecutivo.

Tal cosa ha sido expresada en términos categóricos y precisos en el fallo de la W. Corte de Santiago y la Excm. Corte Suprema en el caso "Amparo de ANTONIO FERRAN" (Rev. de D<sup>o</sup> y Jurisprudencia, tomo L, 2a parte, sección 4a, pág. 171) donde se leen, entre otros, considerandos como los siguientes:

"6° Que tanto en cumplimiento de lo ordenado por el art. 16 de la Constitución Política, como de acuerdo a las reglas dadas por el Código de Procedimiento Penal, el tribunal llamado a conocer del recurso debe instruirse de los antecedentes que sirven de fundamento a la orden impugnada, lo que obliga al tribunal a estudiar esos antecedentes y a declarar si ellos son bastantes para decretar con su mérito la orden de arresto de un extranjero, o si no son suficientes para justificarla;

"7° Que al proceder en esta forma el tribunal que conoce del recurso se limita a desempeñar sus funciones constitucionales y legales, sin inmiscuirse en medidas privativas del Ejecutivo, sino dando a quien lo solicita la protec-

ción qué está obligado a prestar, a fin de hacer efectiva  
-las garantías constitucionales de la libertad individual;..."

En la especie, un examen de este aspecto de la expulsión exigiria, como se ha dicho, tener a la vista el tenor de las supuestas declaraciones formuladas por el señor FUENTEALBA, y que según pronunciamientos expuestos del Ministerio del Interior, fueron los únicos fundamentos de la orden de expulsión, y en su caso, de los "otros antecedentes" que por primera vez se mencionaron en la vista de la causa como concurrentes también a fundamentar la expulsión.

No obstante, y aun sin haber cumplido esta indispensable diligencia, esta defensa formuló en estrados y reitera ahora las siguientes observaciones:

a) Si la Agencia France-Pressé transmitió un "resumen" de las declaraciones del señor FUENTEALBA, seleccionando algunas frases fuera de contexto, alterando la correspondencia entre las preguntas y las respuestas y añadiendo un marco de presentación con frases propias del periodista transmisor, ello fue hecho sin el conocimiento previo y aprobación del señor FUENTEALBA, y no puede responsabilizarse a éste por ello;

b) El Ministerio del Interior, en sus declaraciones públicas, ha reprochado al señor FUENTEALBA "falta de patriotismo"; "romper el receso político"; "mezquinos intereses partidistas"; "contribuir al desprestigio de Chile en el exterior" y otras cosas de la misma especie. Todo ello, lo hemos dicho, constituye un reproche moral o político, pero aún sin entrar a discutir <sup>su</sup> fundamento o carencia de él, no se advierte cómo eso puede lesionar los "altos intereses de la seguridad del Estado", que es la única razón que el Decreto-

Ley 81 admite para fundamentar una expulsión. Las faltas reprochadas por el Gobierno al señor FUENTEALBA pueden ser sancionadas, si fueren efectivas, por disposiciones del Código Penal, del Código de Justicia Militar y de la Ley de Seguridad del Estado. Otras, si no tienen carácter típico, quedan en entregadas al juicio moral que se formen sus compatriotas. Pero si no afectan los "altos intereses de la seguridad del Estado", no pueden fundamentar una expulsión.

c) En fin, ha afirmado en declaración pública el Ministerio del Interior que con sus declaraciones el señor FUENTEALBA se colocó "más allá de los límites que el Gobierno podía razonablemente tolerar". A este respecto, nos limitaremos a observar que el derecho de expresar libremente sus opiniones, reconocido en la Constitución Política y en las Declaraciones Universal y Americana de los Derechos del Hombre, suscritas y ratificadas por Chile, aparece también explícitamente reconocido en la "Declaración de Principios del Gobierno de Chile", del 11 de Marzo de 1974 (Cap. III, párr. 5), incluso en su forma expresa del "derecho a discrepar", le con la sola limitación de impedirse las actividades guerrilleras y la profesión pública y política de una filosofía y acción totalitarias. Fuera de esas limitaciones, que ciertamente no han sido sobrepasadas por el señor FUENTEALBA, demócrata y libertario de toda una vida, en el pensamiento y en su acción política, no se establecen otros. Es comprensible que alguna forma de discrepancia pueda ser mal recibida por los gobernantes, sobre todo en momentos difíciles para la vida nacional, pero el posible disgusto, impaciencia o enojo de la autoridad no es razón suficiente para decretar una medida de tan extrema gravedad como la expulsión

indefinida de un chileno del territorio de su patria.

Este aspecto para nada fue considerado por el tribunal de primera instancia, quien ni siquiera estimó necesario "imponerse de los antecedentes" y ordenar traer a la vista o imponerse directamente de los mismos.

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO-LEY 81, y del DECRETO-LEY 788.- Este aspecto no fue materia de discusión en la vista del recurso en primera instancia, ya que no era el tribunal competente para ocuparse de él. No obstante, el tribunal de U.S.Excma. sí que puede hacerlo, en uso de la facultad que le confiere el art. 86 de la Constitución Política del Estado.

El Decreto-Ley 81, en el cual se fundamenta el decreto de expulsión, es contrario a la Constitución Política, por establecer un claro caso de privación o restricción de la libertad personal fuera de los casos y más allá de los límites que se permiten en la Constitución Política (arts. 14 y 72 de la misma).

Por su parte, el Decreto-Ley 788, que declara "tácitamente modificada" la Constitución, cada vez que el contenido de un decreto-ley se opone a ella, y que pretende sanear la eventual inconstitucionalidad, entre otros, del Decreto-Ley 81, es igualmente inconstitucional y aplicable al caso, ya que significa hacer radicar en el Gobierno la plenitud de la soberanía (art. 2º de la C. P. del E.); priva al Poder Judicial de su atribución de declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales inconstitucionales (art. 86), y pretende hacer posible la modificación de la Constitución en forma tácita y con efecto retroactivo (art. 110 de la misma) (es de hacer notar que no se trata de un decreto-ley interpretativo,

sino declarativo).

La inaplicabilidad de ambos preceptos legales, por ser contrarios a la Constitución, se ha solicitado en recurso especial, ingresado separadamente ante el tribunal de U. S. Excma. y en actual tramitación. No obstante, por la índole del presente recurso, es posible que éste quede en situación de ser fallado antes de que ocurra lo propio con el recurso de inaplicabilidad, lo que a posteriori podría determinar el rechazo de éste por no existir ya juicio o cuestión judicial pendiente.

Sin embargo, el tribunal de U. S. Excma. tiene atribuciones para entrar de oficio a pronunciarse derechamente sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de tales preceptos a la luz de la Constitución, tal como expresamente lo dice el art. 86 de la misma. La cuestión aquí suscitada es tan delicada, grave e importante para la vida nacional, que hace un deber imperativo para U. S. Excma. entrar a examinar y fallar de oficio el punto, lo que expresamente solicito en este acto.

En cuanto a la argumentación concerniente a la inaplicabilidad de ambos preceptos, me remito íntegramente a lo expresado por esta defensa sobre el particular en el recurso de inaplicabilidad ya mencionado, y que expresamente solicito en un otrosí se tenga a la vista para tales efectos.

SOBRE LA FORMA DE ACOGER EL RECURSO.- Hago especialmente presente a U. S. Excma. que en el recurso no se solicita una derogación formal y expresa del decreto de expulsión (así como tampoco se deroga expresa y formalmente el precepto legal contrario a la Constitución), sino que se solicita se declare que el decreto es ilegal, y por lo tanto se comuni-

que a los señores Ministros del Interior y de Defensa Nacional que ellos y los funcionarios de su dependencia deben permitir el regreso al país sin obstáculos de D. RENAN FUENTEALBA MOENA.

En esta virtud,

SIRVASE U.S.EXCMA. tener presentes estas observaciones al

fallar el recurso y pronunciarse además de oficio sobre la inaplicabilidad de los Decretos-Leyes 81 y 788, para el caso de que el recurso respectivo no estuviese fallado al momento en que este amparo quede en estado de sentencia.

OTROSI.- Solicito la práctica de las siguientes diligencias, sea en carácter de trámites previos, sea en calidad de medidas

para mejor resolver después de la vista, según U.S.Excma. lo estime del caso:

1) Traer a la vista los autos sobre recurso de inaplicabilidad fundado en el art. 86 de la Constitución, interpuesto por el recurrente en este mismo amparo ante U.S.Excma. en relación con los Decretos-Leyes 81 y 788, en actual tramitación, a fin de tener presente lo expuesto en ellos, para el eventual ejercicio de la facultad de obrar de oficio que confiere a U.S.Excma. aquel precepto constitucional;

2) Comisionar a uno de los miembros del tribunal de U.S.Excma. a fin de que se constituya en el Ministerio del Interior y tome conocimiento de visu del decreto original, dejándose luego testimonio en autos de tal constancia, especialmente en lo relativo a la suscripción del decreto;

3) Solicitar al Sr. Ministro del Interior el envío del texto de las supuestas declaraciones transmitidas por la Agencia France-Presse, atribuidas a D. RENAN FUENTEALBA, y que según el Ministerio del Interior motivaron su expulsión,



que a los señores Ministros del Interior y de Defensa Nacional como igualmente de los demás antecedentes que pudieren existir en dicho Ministerio, relativos a la medida de expulsión; remitir el presente al para sin opórtese de D. RAMÓN FUENTEALBA en subsidio, recoger tales antecedentes en la misma forma

ALBA FUENTEALBA  
solicitada en la letra anterior, dejándose igualmente el testimonio que corresponda;

4) Pedir informe a la Dirección de Investigaciones acerca de la forma en que materialmente se cumplió la expulsión del señor FUENTEALBA, con explícita referencia a los siguientes puntos: (a) Fecha en que se cumplió; (b) Si se transcribió o notificó al afectado el decreto de expulsión, y (c) En qué forma se le permitió escoger libremente el lugar de destino;

5) Pedir informe o recabar el testimonio de los funcionarios que correspondan en la Línea Aérea Nacional (LAN Chile) acerca del día, hora y vuelo en que fue expulsado el señor FUENTEALBA, y las instrucciones que el comandante de la aeronave haya recibido sobre su destinación, y en su caso, quién las impartió.

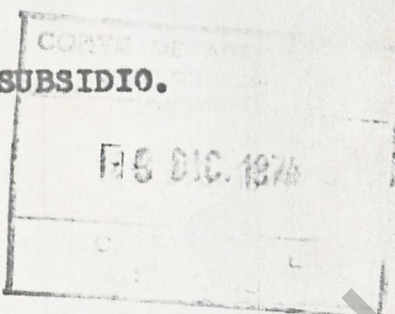
En esta virtud,  
SIRVASE U.S.EXCMA. acceder a lo solicitado.

2) Comisionar a uno de los miembros del tribunal de Investigación, a fin de que se constituya en el Ministerio del Interior y tome conocimiento de visu del documento original, debiéndose luego testificar en autos de tal constancia, expresamente en lo relativo a la suscripción del decreto;

3) Solicitar al Sr. Ministro del Interior el envío del texto de las supuestas declaraciones transmitidas por la Agencia France-Press, atribuidas a D. RAMÓN FUENTEALBA, y que según el Ministerio del Interior motivaron su expulsión;

1522 g

REPOSICION, APELANDO EN SUBSIDIO.



I.C.,

ALFREDO ETCHEBERRY, abogado patrocinante y en representación de D. PATRICIO AYLWIN, en recurso de amparo en favor de D. RENAN FUENTEALBA MOENA, a USI digo:

Solicito reposición de la resolución que dispuso "tener presente" y por lo tanto, tener por parte al señor Ministro del Interior en este recurso. Debió USI negar lugar a lo pedido, y en este sentido solicito se acogiera la reposición.

El señor Ministro no puede hacerse parte como tal, ni en representación del Supremo Gobierno, ya que no se trata de un procedimiento sometido a las reglas establecidas en la ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, único caso en que el Supremo Gobierno puede hacerse parte en el proceso a través del Ministro del Interior.

Tampoco es el señor Ministro sostenedor de la acción o del interés público, lo que corresponde al Ministerio Público.

Finalmente, no hay disposición legal alguna que reconozca el carácter de parte en un recurso de amparo a la autoridad que dictó la orden que motiva el recurso, calidad que también tiene el señor Ministro.

No tiene entonces el señor Ministro ningún título legal para hacerse parte en el recurso.

En esta virtud,

SIRVASE U.S.I. acoger la reposición solicitada. En subsidio, apelo.

EN LO PRINCIPAL, responde y pide se declare improcedente el recurso; EN EL OTROSI, abogado patrocinante y poder.

EXCMA. CORTE

RAUL BENAVIDES ESCOBAR, Ministro del Interior, General de División, domiciliado en la sede de Gobierno, Edificio Diego Portales, de esta ciudad, en el recurso de inaplicabilidad rol 19.040, a V.E. con todo respeto digo:

Evacuando el traslado que se me ha conferido por resolución de 12 de Diciembre en curso, que me fué notificada personalmente el día 16 del mismo mes, vengo en solicitar se declare improcedente el recurso planteado, por las razones que se pasan a exponer.

El presente recurso se dirige a obtener la declaración de inaplicabilidad de dos decretos leyes que se han dictado en ejercicio de la Potestad Constituyente.

No obstante, todo el recurso discurre sobre la base de que se trata de leyes comunes y nó de normas de rango constitucional.

Son tan graves las consecuencias de esta insólita posición que juzgo conveniente plantear a V.E. un solo punto concreto y específico para solicitar el rechazo del recurso. Si no se acepta que el D.L. 788 está dictado en ejercicio del Poder Constituyente y que, por tanto es una norma de rango constitucional, se estará afirmando que el Poder Constituyente se encuentra vacante y que ninguna autoridad lo detenta. Otro tanto puede decirse del D.L. 81, en la medida en que pudiere afirmarse que es contrario a la Constitución.

Pero no es así: la Junta de Gobierno ha asumido el Poder Constituyente y, en su ejercicio, puede modificar la Constitución.

Este es un hecho consecuencial e inevitable, que deriva de la decisión adoptada por las Fuerzas Armadas y Carabineros el día 11 de Septiembre de 1973. Tal decisión es legítima por la crisis absoluta del sistema institucional chileno y por la ausencia de mecanismos jurídicos idóneos para superar el conflicto gravísimo generado por la antagónica posición de grupos sociales y políticos que llevó al país al borde de la guerra civil.

Es deber de la Junta de Gobierno adoptar las medidas necesarias para que el país pueda darse una nueva Constitución Política. Mientras ello no ocurra, es también su deber dictar aquellas normas que sean necesarias para mantener la paz social y para evitar el resurgimiento de las querellas y luchas que provocaron la crisis a que se ha hecho referencia. Para ello debe, adoptar las medidas de emergencia, preventivas o de seguridad, que sean conducentes a tal fin. Tanto en cuanto a la necesidad de tales medidas haga necesario modificar la Constitución de 1925, debe ejercerse el Poder Constituyente. Con tanto mayor razón si, como ha sido el caso, se quiere que esas medidas de emergencia no tengan un carácter general sino que se apliquen a casos o situaciones, que sin llegar a ser singulares, obliguen a dictar una norma especial.

Conforme a los decretos leyes 1 y 128, de 1973, la Junta de Gobierno ha asumido el Poder Constituyente. Ello ha sido ratificado por el D.L. 527, de 1974. El ejercicio del Poder Constituyente se realiza a través de Decretos Leyes, con la firma de todos los miembros de la Junta de Gobierno y, cuando así se estime, con la de él o los Ministros que correspondan.

Inicialmente entendió la Junta que esta circunstancia bastaba para concluir que la sola dictación de un Decreto Ley importaba ejercicio del Poder Constituyente si la materia reglada por tal Decreto Ley era de aquellas que se encontraban

normadas por la Constitución. No obstante, se planteó una duda de interpretación que, incluso fué fallada por V.E. en el sentido de que, para que se entendiera ejercicio el Poder Constituyente, era menester que la Junta formulara declaración expresa en tal sentido. Caso contrario, el correspondiente Decreto Ley debería ser considerado como ley común. Así lo expresa V.E. en fallo de 24 de Julio de 1974.

Para poner término a tal duda de interpretación y para establecer de manera auténtica el sentido y alcance que debían tener los decretos leyes 1, 128 y 527, es que se dictó el D.L. 788. En él, respecto del tiempo pasado, se declaró además que todos los Decretos Leyes que pudieren eventualmente estimarse contrarios a la Constitución por no haberse invocado expresamente el ejercicio del Poder Constituyente para dictarlos, han tenido y tienen el carácter de modificatorios de la Constitución. En cuanto al futuro, se ordenó que sólo aquellos decretos leyes en que se invocara el ejercicio del Poder Constituyente, tendrían el efecto de modificar la Constitución. Para lo demás, se reafirmó la vigencia del recurso de inaplicabilidad que procede en contra de las leyes comunes. Este, y no otro, es el problema.

El D.L. 788 se ha dictado en ejercicio del Poder Constituyente y se formula declaración expresa al respecto. Es por tanto una norma de rango constitucional y nó una ley común. En idéntica situación se encuentra el D.L. 81, en la medida en que pudiere estimarse que una o más de sus normas se oponen a la Constitución, ya que así lo resuelve para la hipótesis dicha, en norma de rango constitucional y con carácter interpretativo, el art. 12 del D.L. 788.

El recurso de inaplicabilidad que contempla el art. 86 de la Constitución Política del Estado sólo procede en relación a los preceptos legales" que tengan el carácter de leyes

comunes. No procede la declaración de inaplicabilidad respecto de preceptos legales de rango constitucional. Caso contrario, se estaría admitiendo - cosa que nadie sostiene- que V.E. participa del ejercicio del Poder Constituyente.

Si la tesis del recurso tuviera el más mínimo apoyo, significaría que también serían inaplicables los decretos leyes 1, 128 y 527. Absurdo mayor no podría darse, salvo que deliberadamente se quiera volver al estado caótico del 10 de Septiembre de 1973, con toda su inminente realidad de originar una lucha civil en el país. Ocurre, sin embargo, que los aludidos decretos leyes no pueden ser declarados inaplicables, pues son normas constitucionales dictadas por la Junta de Gobierno, en ejercicio del Poder Constituyente asumido por la Fuerza Pública, en su condición de única organización institucional chilena que tenía la posibilidad y la capacidad de poner término a un conflicto sin otra salida.

Lo dicho demuestra, sin perjuicio de otras consideraciones que puedan hacerse durante la vista de la causa, que el recurso debe ser rechazado por improcedente,

En mérito a lo dicho y de lo que disponen los decretos leyes números 1 y 128, de 1973, y 527, de 1974, y de lo prescrito por el artículo 86, inciso 2º, de la Cons

1922 L

27 Dic 70  
SECRETARIA  
27 DIC. 1970

Reconsideración.

Exma. Corte

Patricio Aylwin, en los autos del recurso de amparo contra la detención y expulsión arbitraria de D. Renán Fuentealba Moena, a V.E. digo:

V.E. ha confirmado la resolución denegatoria del amparo de autos, sin otro fundamento que la copia del decreto del Interior N° 1950, de 26 de Noviembre último, que ordenó la expulsión contra la cual se reclama.

En alegaciones escritas y verbales, la defensa del recurso hizo presentes los siguientes hechos:

1) Que el referido Decreto, que conforme al D.L. 81 en que se apoya debe ser fundado, carece de toda fundamentación. La doctrina jurídica universal, consagrada en Chile tanto por la legislación como por la jurisprudencia, entiende que la "fundamentación" de un acto exige "la exposición de las razones que han movido a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste" y obliga a declarar "cuales son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emanación", de modo que "la mención de los motivos llegue a ser el índice de su legalidad". Cotejando los fundamentos o motivos indicados en el texto del Decreto con las circunstancias que la Ley contempla como justificativos del acto contenido en ese Decreto, se puede objetivamente verificar si dicho acto es legal o importa un abuso o desviación de poder, es decir, el empleo de atribuciones legales para fines ajenos a los queridos por la ley.

El Decreto 1950 se limita a afirmar, como único antecedente, que "el señor Renán Fuentealba Moena constituye

un peligro para la seguridad interior del Estado en virtud de los antecedentes que obran en poder de este Ministerio". Eso no constituye de manera alguna una fundamentación racional del acto y si algún Tribunal fundara de esa manera una sentencia, V.E. no vacilaría en anularla por falta de fundamentación adecuada. Como enseña la doctrina, "la exposición de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de Derecho". Lo que aún en una legislación tan autoritaria como la española de 1947, obliga a motivar, "con suscita relación de hechos y fundamentos de derecho", todos los actos que "limiten derechos subjetivos", exigencia que los juristas de ese país derivan de una norma de 1913, según la cual "todo acuerdo administrativo debe contener necesariamente la relación de los hechos que lo originan y los fundamentos de derecho en que se apoya, tanto para conocimiento de la Administración en ulteriores actuaciones y de los mismos interesados para poder formular el correspondiente recurso, como por resultar inmoral e improcedente denegar una solicitud o denegar una propuesta sin alegar razón o justificación alguna".

A mayor abundamiento, es público y notorio que el Gobierno, por declaraciones públicas de 26 y 28 de Noviembre pasado, emanadas del Ministerio del Interior, invocó ante el país como único fundamento de la resolución adoptada contra Fuentealba el texto del cable con que la agencia France Presse transmitió al exterior una declaración suya, hecho que en esas oportunidades movió al Gobierno a acusar a su autor de haber "desafiado a la autoridad, comprometido el prestigio de Chile en el exterior e intentado



alterar la paz interna"; pero no de "ser un peligro para la seguridad interior del Estado".

- 2) Que este único motivo invocado en el Decreto de expulsión: que Fuentealba sería "un peligro para la seguridad interior del Estado", no concuerda con las exigencias del D.L. 81, que sólo autoriza la expulsión "cuando así lo requieran los altos intereses de la seguridad del Estado, lo que supone una lesión o amenaza de extraordinaria gravedad, cosa que el acto de expulsión ni siquiera insinúa;
- 3) Que el Decreto de expulsión, fechado el 26 de Noviembre de 1974, fué cumplido ese mismo día, según declaración oficial del Ministerio del Interior, no obstante que sólo fué tramitado en la Contraloría General de la República mediante su "toma de razón" al día siguiente, lo que constituye una flagrante violación de lo dispuesto en la ley Orgánica de Ministerios (D.F.L. 7912 de 20 de Noviembre de 1927) y en los arts. 13 y 33 de la Ley 10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República;
- 4) Que no obstante la terminante disposición del art. 2 del D.L. 81 en cuanto a que "los que sean objeto de las medidas de expulsión o abandono del país, podrán elegir libremente el lugar de su destino", al señor Renán Fuentealba no se le dió la menor oportunidad de hacerlo y ni siquiera se le notificó la medida de que era objeto; simplemente fué "consignado" -para emplear la palabra usada en estrados por el abogado del Gobierno- en calidad de bulto hacia el extranjero; y
- 5) Que el Decreto de expulsión, dispuesto según se expresa en su texto por el Jefe del Estado, NO LLEVA SU FIRMA como necesariamente debía ocurrir en virtud de lo dispues

to en la ley orgánica de Ministerios y en los Decretos Leyes del actual Gobierno N<sup>os</sup>. 9, 128 y 527. Conforme a esos preceptos, los únicos Decretos Supremos en que se puede omitir la firma del Jefe de Estado son los que Ley N<sup>o</sup> 16.436 autoriza taxativamente para ser suscritos sólo por el o los Ministros respectivos "por orden del Presidente", cosa que no ocurre tratándose de la expulsión de un chileno del territorio nacional.

Oportunamente se hizo presente a V.E. que ninguno de estos hechos, invocados por la defensa de mi parte, fué objeto del menor examen en la sentencia de primera instancia que rechazó el recurso. Y se representó a V.E., respetuosa pero claramente, el deber que imperativamente la Ley le impone, que la razón reclama y la más elemental justicia exige, de hacerse cargo de estos hechos y valorizarlos con arreglo a derecho en la fundamentación de su sentencia.

Con perplejidad y pena inocultables, advierto que V.E.

ha rehuido esa obligación elemental de todo juez!

Como hombre formado en la fe en el derecho y en el respeto a los Tribunales de Justicia -hijo de un magistrado que presidió ese Exmo. Tribunal, abogado por más de treinta años, Profesor de Derecho por más de veinte, legislador y Presidente del Senado de nuestra República-, no me resigno a aceptar que el más alto Tribunal de mi Patria -de tan vigorosas tradiciones jurídicas- proceda de manera tan inconsecuente con su historia y jerarquía.

Por ello solicito reconsideración de lo que ha resuelto, para que con mayor y mejor análisis, revoque la resolución apelada y acoja el amparo que he interpuesto en favor de

Renán Fuentealba, o al menos se sirva exponer -para conocimiento de los hombres- las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a su decisión denegatoria.

A V.E. ruego, al pronunciarse sobre esta reconsideración, tener presente, además, los siguientes antecedentes:

I.- Los hechos.-

Renán Fuentealba fué sacado de su oficina el 26 de Noviembre a las 7 de la tarde por cuatro funcionarios de Investigaciones que dijeron tener orden del Gobierno para detenerlo. Dos horas y media después era embarcado en calidad de bulto, sin pasaporte ni documento alguno, en un avión LAN con destino a Panamá. No se le permitió comunicarse con su familia, ni siquiera recoger ningún efecto personal. ¿De qué delito se le acusa?

Según los remitidos públicos del Ministerio del Interior de 26 y 28 de Noviembre pasados, de haber hecho declaraciones a una agencia extranjera que "desafiaban a la autoridad, comprometían al prestigio de Chile en el exterior e intentaban alterar la paz interna".

¿En mérito de qué se formuló esa acusación?

Con el sólo mérito de un cable enviado al exterior por la Agencia France Presse, que contiene una versión periodística de la entrevista que Fuentealba concedió a un empleado de esa agencia. Fuentealba negó desde Lima, tan pronto llegó ahí, la exactitud de esa versión, y pidió que se publicara el texto íntegro de las preguntas que se le formularon y de sus respuestas. Como ni la Agencia ni el Gobierno consintieron en hacerlo, lo hizo su familia mediante inserción en El Mercurio. Pero el Gobierno, sin oír a Fuentealba ni conocer su versión sobre los hechos, ate-

niéndose exclusivamente a la versión del señor Kaufmann, dió por establecido que el texto original de la entrevista había sido modificado con la aceptación de Fuentealba. Es decir, las afirmaciones de un periodista extranjero, recién llegado a Chile, son aceptadas como plena prueba, mientras ni siquiera se oye a don Renán Fuentealba Moena, nacido, educado y recibido de abogado en Chile, con más de treinta años de profesión, que ha sido regidor, diputado y senador, que ha representado a Chile ante las Naciones Unidas y la CEPAL, que por seis veces ha presidido el Partido Político más importante del país, que ha sido profesor en el Liceo de Illapel, en el Colegio San Luis de Antofagasta y en el Seminario de La Serena, y que no hace aún dos años, presidía la Confederación de Partidos Democráticos de Chile, en la dura lucha por defender nuestro régimen institucional contra el totalitarismo que entonces lo amenazaba.

¿Cómo se justifica tan manifiesta injusticia?

Atribuyendo a Renán Fuentealba, a posteriori y cuando no puede defenderse, toda clase de actuaciones censurables: desde concomitancia con el MIR hasta "traición a la Patria" -según las palabras del abogado del Gobierno-. Pero como esas burdas acusaciones son falsas y ridículas, no se invoca ningún hecho concreto para justificarlas ni prueba alguna de su verdad.

En resumen, Fuentealba fué expulsado de Chile lo mismo que Silyenitsin de Rusia: por mera decisión de la autoridad administrativa, mediante la fuerza policial, sin ser juzgado ni siquiera oído y por el sólo delito de expresar su pensamiento. Y luego, también al igual de lo ocurrido

a Solzenitsin, se le denigra como antipatriota y con otras acusaciones mendaces, sin derecho a defenderse. Es decir -según las palabras del Código Penal, se "añade la ignominia a los efectos propios del hecho".

## II.- El derecho.-

En reiterados documentos, especialmente en su Declaración de Principios emitida el 11 de Marzo último y en su "Declaración Pública sobre los Derechos Humanos" publicada el 12 de Junio pasado, el Gobierno ha protestado su respeto por el "orden jurídico", por el "Estado de Derecho" y por los "derechos fundamentales de la persona humana". Por su parte, el señor Presidente de la Exma. Corte Suprema creyó necesario, en ocasión solemne, dar fe pública que en Chile impera un "Estado de Derecho".

Lo esencial en la concepción de un Estado de Derecho es que éste no pueda proceder sino "según reglas jurídicas establecidas, reglas que a su vez solo de una manera jurídica pueden ser modificadas. Estas reglas contienen en sí la obligación de los órganos del Estado, con lo cual queda sometida a obligación la actividad de aquel en sí mismo, ya que la de los órganos del Estado lo es de este mismo que no puede realizar una actividad que no esté realizada mediante un órgano. Ofrece esta regla, además, a los súbditos, la seguridad de que los órganos del estado quedan obligados a proceder según la regla"

(Georg Jellinek, "TEORÍA General del Estado", traducción de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, pág. 276).

Lo cual entraña, entre otras, dos consecuencias ineludibles:

a) si el Gobierno quiere ser consecuente con sus protestas de sujeción al Estado de Derecho, debe someter su propia conducta a las reglas jurídicas preestablecidas; y

b) si el Poder Judicial verdaderamente cree que en Chile impera un Estado de Derecho, debe ejercer sus atribuciones para asegurar que las reglas jurídicas sean efectivamente cumplidas.

Ahora bien: el caso de don Renán Fuentealba revela el más completo menoscabo por las reglas jurídicas que rigen la conducta de los órganos del Estado. Baste los siguientes ejemplos para demostrarlo:

1.- Son principios esenciales de Derecho, consagrados en los arts. 11 y 80 de la Constitución Política del Estado, que "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 que "la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la Ley", sin que ninguna otra autoridad pueda, "en caso alguno, ejercer funciones judiciales".

Sin embargo, Don Renán Fuentealba ha sido condenado sin ser juzgado ni siquiera oído. Lo ha sido sin invocar ley alguna que tipifique su conducta como delito ni permita aplicarle la pena de entrafamiento. Lo ha sido por decreto gubernativo invadiendo funciones privativas de los Tribunales de Justicia.

2.- Para proceder contra Don Renán Fuentealba se dice que "constituye un peligro para la seguridad interior del Estado", o que sus declaraciones dañarían el prestigio de Chile o amenazarían la paz interior. Pero los hechos que

ponen en peligro la seguridad interior del Estado, amenazan la paz interior o dañan el prestigio externo del país, constituyen delitos expresamente tipificados y castigados, con distintas y severas penas, en el Código Penal y en la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado.

El respeto al orden jurídico, al Estado de Derecho y a las prerrogativas del Poder Judicial habrían exigido, si tales cargos existieran contra don Renán Fuentealba, que se hubiera iniciado en su contra el correspondiente proceso para que los Tribunales de Justicia lo juzgaran y castigaran con arreglo a las citadas leyes.

3.- Se agrega que don Renán Fuentealba habría vulnerado las normas sobre receso político establecidas en el D.L.

78.- Pero precisamente otro D.L. el N° 436, tipificó esa infracción como delito, señalándole una pena cuya aplicación expresamente encomendó a los Tribunales de Justicia y sujetó al procedimiento previsto en la Ley sobre Seguridad del Estado.

¿Por qué, si existía este cargo contra el señor Fuentealba, no se requirió en su contra el correspondiente proceso con arreglo a ese D.L. dictado por el propio Gobierno?

4.- En vez de usar los procedimientos jurídicos precedentemente expuestos, el Gobierno procede con Fuentealba del mismo modo que la Unión Soviética con Soljenitsin: lo expulsa administrativamente del país. Para hacerlo se funda en las atribuciones que a sí mismo se otorgó por el D.L. 81; pero -como ya vimos- no cumple las formalidades establecidas en ese propio texto: no fundamenta debidamente el decreto de expulsión, omite en él la firma del Jefe del Estado, lo cumple antes de su tramitación legal, no

da al afectado oportunidad para elegir el lugar de su destino.

5.- Pero hay más: ese D.L. 81 es claramente inconstitucional. En sus Decretos Leyes N<sup>os</sup>. 1,9, 128 y 527, el Gobierno ha expresado su sujeción al "ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y en las Leyes de la República", el que según expresa disposición del art. 2 del citado D.L. 128, "continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado en la forma prescrita" por el art. siguiente del mismo texto. Este, a su vez, dispone que los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado formarán parte de su texto y se entenderán incorporados a ella".

Ahora bien: El D.L. 81, que no modificó ningún precepto de la Constitución Política, ni formó parte de su texto, ni ha sido incorporado a ella, la viola manifiestamente: a) porque establece una pena y faculta al Ejecutivo para imponerla, lo que vulnera los arts. 12 y 80 de la Carta Fundamental; y b) porque si la expulsión del territorio nacional que autoriza no se considerara pena, sino restricción de la libertad personal, ella excede los límites que los arts. 10 N<sup>o</sup> 15 y 44 N<sup>o</sup> 12 de la Constitución Política establecen para tales restricciones.

En el recurso de inaplicabilidad que interpuse ante V.E. y que se encuentra en tramitación, está circunstanciadamente detallada la inconstitucionalidad a que me refiero.

6.- Es tan evidente esa inconstitucionalidad y, por consiguiente, la falta de base jurídica capaz de sustentar en un "Estado de Derecho" la medida adoptada contra el



señor Fuentealba, que el Gobierno optó por sanearla mediante el D.L. 788, mediante el cual declara que todos los Decretos Leyes que vulneran la Constitución deben entenderse retroactivamente como modificaciones a la Constitución, aunque no hayan pasado a formar parte de ella ni se hayan incorporado a su texto. Lo cual, en buen romance, significa:

- a) que la Constitución deja de ser una regla suprema y superior a los poderes públicos y queda en un mismo plano jerárquico que todos los decretos-leyes;
- b) que en lo que los decretos leyes dictados precedentemente se refieren a materias penales, el D.F. 788 los hace aplicables retroactivamente a hechos ocurridos antes de su vigencia, con manifiesta violación del principio de la no retroactividad de la ley penal consagrado en el art. 11 de la Constitución Política;
- c) que la independencia y atribuciones del Poder Judicial quedan supeditadas a cualquier decreto-ley y la prerrogativa que el art. 86 de la Carta Fundamental otorga a la Corte Suprema para declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución es suprimida retroactivamente respecto de la legislación dictada durante más de un año.

Es decir, si hasta ahora se había cuidado de guardar cierta apariencia de respeto "al orden jurídico" y al "Estado de Derecho", mediante este D.L. 788 el Gobierno asume la totalidad del poder público por encima de toda norma, proclama como única fuente de derecho su sola voluntad y consiguientemente, se auto libera a sí mismo de toda obligación de proceder "según reglas jurídicas

establecidas".

En el referido recurso de inaplicabilidad, demostramos circunstanciadamente cómo y por qué este D.L. 788 es, también, burdamente inconstitucional. Aceptarlo, significaría aceptar la abolición del régimen jurídico y del Estado de Derecho en Chile.

El profesor inglés Karl Loewenstein, en su obra "Teoría de la Constitución" (Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, pág. 76), señala cómo estas características del llamado "régimen autoritario" implican la absoluta negación del Estado de Derecho y de las garantías o derechos constitucionales. Textualmente dice:

El concepto "autoritario" caracteriza una organización política en la cual un único detentador del poder -una sola persona o "dictador", una asamblea, un comité, una junta, o un partido - monopoliza el poder político sin que les sea posible a los destinatarios del poder una participación real en la formación de la voluntad estatal. El único detentador del poder impone a la comunidad su decisión política fundamental, esto es, la "dicta" a los destinatarios del poder. El término "autoritario" se refiere más a la estructura gubernamental que al orden social. En general, el régimen autoritario se satisface con el control político del Estado sin pretender dominar la totalidad de la vida socio-económica de la comunidad, o determinar su actitud espiritual de acuerdo con su propia imagen. La exclusión de los destinatarios del poder de la participación en el proceso político no es incompatible con la existencia de otros órganos estatales junto al supremo detentador del poder, especialmente de

una asamblea o de tribunales. Pero es característico del régimen autoritario que estos órganos separados, o bien están sometidos al control total del único detentador del poder, o en caso de conflicto con éste están obligados a ceder ..."

### III.- Lo que está en juego.-

De lo expuesto fluye que lo que está en juego en este caso y depende de la decisión de V.E. es mucho más que la situación particular de don Renán Fuentealba, de por sí injusta y digna de consideración.

Es mucho más, aún, que el derecho de cualquier chileno a vivir en el territorio de su patria y a gozar de las libertades que le garantizan el art. 10 de la Constitución Política del Estado, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, documentos ambos suscritos por Chile.

Lo que está en juego es, ni más ni menos, que la vigencia en Chile de un orden jurídico obligatorio para gobernantes y gobernados y de un Poder Judicial independiente, conforme a la concepción de "Estado de Derecho" aceptada por la tradición jurídica de nuestra Patria desde los albores de la República.

La resolución de V.E. cuya reconsideración solicito, que se limita a dar por buena la expulsión de un chileno del territorio patrio con el sólo mérito del decreto administrativo que la ordena, es decir, por la sola razón de que la autoridad que la dispuso se atribuye a sí misma la facultad de hacerlo, sin entrar a ningún examen del fundamento de tal supuesta atribución, ni de su confor-

midad con el ordenamiento jurídico general del país y en especial de la Constitución Política del Estado, ni siquiera del cumplimiento de las exigencias formales que pudiera requerir para su ejercicio, significa -lisa y llanamente- reconocer como "derecho" la sola "voluntad de los gobernantes", es decir, admitir la abolición en nuestro país del Derecho, entendido como "norma general obligatoria".

Con sobrada razón preocupa al Gobierno y debe preocuparnos a todos los chilenos, la mala imagen internacional de nuestro país con respecto al respeto al orden jurídico y a los derechos humanos. La gigantesca campaña desencadenada contra Chile por sectores de inspiración marxista, encuentra eco en todo el mundo, incluso en sectores muy contrarios a esa ideología y de la más firme convicción democrática. Ello constituye un grave daño y un serio peligro para nuestra Patria.

¿Qué debemos hacer, como chilenos y como hombre de derecho?

Quienquiera que medite seriamente, el asunto, admitirá que no basta con negar las muchas falsedades con que se difama a Chile; es preciso, también, corregir los hechos que puedan darle credibilidad a los ojos del mundo.

Por que si creemos en la verdad, debemos empezar por serle fieles.

Malo es para Chile que se diga que aquí se desconoce el orden jurídico y se vulneran los derechos humanos; pero si ello ocurre, lo malo no es que se diga, lo malo es que se haga.

Deber de todos es evitarlo, en la medida de lo posible

y en la esfera propia de sus facultades.

Como chileno, como jurista, como demócrata, asumo el deber, que mi conciencia me impone, de representar a V.E.

-única autoridad que podría actuar eficazmente para evitarlo- el grave peligro de destrucción total a que está abocado el orden jurídico de nuestra Patria en su esencia misma.

#### IV.- El derecho y la noble función judicial.-

Desde la Carta Magna, los Tribunales de Justicia tienen la sagrada misión de defender la libertad de las personas cuando es amagada arbitrariamente.

En Chile, esta misión le fué atribuida a la Corte Suprema, desde los albores de la República, al encomendarle el art. 146 de la Constitución de 1823 "proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros Poderes por las garantías individuales y judiciales". Las Cartas Fundamentales de 1833 y 1925 confirmaron esa atribución en el Poder Judicial, al encomendarle el amparo de la libertad de los habitantes de la República. Y así lo entendió expresamente la Ley Orgánica de Tribunales, hoy Código Orgánico de Tribunales, al conferirle las "facultades conservadoras" a que se refiere en su art. 3.

Pero a V.E. no sólo está confiada la tutela y amparo de los derechos subjetivos individuales. También le corresponde, en último término, proteger la vigencia del "derecho objetivo", tanto en la esfera civil y penal -de manera general- como también excepcionalmente en la propia esfera administrativa -mediante el ejercicio de las atribuciones que la Constitución y las leyes le otorgan, especialmente por la vía de los recursos de amparo, de ca-

sación, queja y de inaplicabilidad de preceptos inconstitucionales.

A través de su historia, V.E. ha sido generalmente celosa y activa en el ejercicio de estas nobles tareas, entendiéndolas como un deber sagrado e ineludible que la Patria le ha confiado. No hace aún dos años, representando al Gobierno de entonces el incumplimiento de una orden judicial, V.E. decía en su acuerdo unánime de 12 de Abril de 1973:

"La Corte Suprema de Justicia, velando sin concesiones por el mantenimiento del orden jurídico, como es su obligación inquebrantable, observa con profunda inquietud las consecuencias que para la estabilidad de los derechos y la conservación del orden público producen actuaciones como las que denunciarnos".

En reiteradas ocasiones, el actual Gobierno ha expresado solemnemente su disposición a someterse al Derecho y su respeto a la independencia y prerrogativas del Poder Judicial.

En su Declaración de Principios, se expresan entre otros los siguientes conceptos:

"El hombre tiene derechos naturales anteriores y superiores al Estado. Son derechos que arrancan de la naturaleza misma del ser humano, por lo que tienen su origen en el propio Creador. El Estado debe reconocerlos y reglamentar su ejercicio; pero no siendo él quien los concede, tampoco podría jamás negarlos"...

"Un orden jurídico respetuoso de los derechos humanos: marco para el actual Gobierno: -Chile ha vivido siempre dentro de un orden jurídico. La majestad de la ley ha estado invariablemente presente en nuestra evolución social.

Pero, además, ese orden jurídico ha sido siempre reflejo del aprecio profundo que el chileno siente por la dignidad espiritual de la persona humana y, consiguientemente, por sus derechos fundamentales" ...

De quienes han suscrito esos conceptos, no puede suponerse que rechacen el cumplimiento, por el Poder Judicial, de "suoobligación inquebrantable" de velar "sin concesiones por el mantenimiento del orden jurídico."

Pero es tendencia natural de quienes detentan el poder tratar de ejercerlo sin límites. La realización de esa tendencia entraña la abolición del Derecho. El orden jurídico supone, necesariamente, el encauzamiento del ejercicio del poder dentro de normas obligatorias preestablecidas.

Los bellos conceptos recién reproducidos de la citada Declaración de Principios, son palabras vacías y suenan a burla cuando, con el pretexto de situaciones de emergencia, no se respetan en la realidad. Pero la historia enseña que nunca las situaciones de emergencia se prolongan indefinidamente y el Derecho prescribe que aún ellas quedan sometidas a ciertas reglas reguladoras, ordenamiento jurídico. Ninguna situación de emergencia autoriza el imperio de la arbitrariedad, de la sola voluntad del que manda.

¡Nadie más y mejor que V.E. puede y debe contener los excesos o extralimitaciones que vulneran los derechos del hombre, anteriores y superiores al Estado! ¡Nadie más y mejor que V.E. puede y debe impedir las trasgresiones al orden jurídico! ¡Nadie más y mejor que V.E. puede y debe significar a quienes mandan los límites que el Derecho impone a los poderes de emergencia!

Lo que en definitiva ocurra con el Estado de Derecho, con

el orden jurídico, con los derechos humanos, dependerá en gran medida de la sabiduría con que V.E. ejerza sus atribuciones.

Los ojos de Chile, del mundo y de la historia, están puestos sobre V.E.

Por tanto,

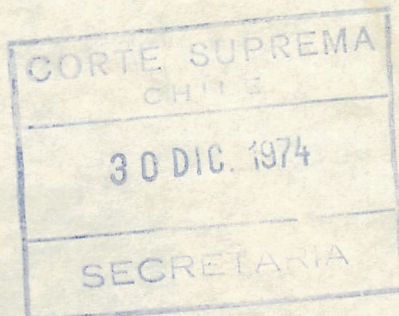
a V.E. ruego reconsiderar su resolución de hoy y, en mérito de los antecedentes expuestos, acoger el recurso de amparo deducido en estos autos a favor de don Renán Fuentealba Moena.

www.archivopatriciaoywin.cl



Se tenga presente.

Exma. Corte



Patricio Aylwin, en los autos de su recurso de amparo por detención y expulsión arbitraria de D. Renán Fuentealba, a V.E. digo:

En la reconsideración que tengo solicitada y está pendiente del conocimiento de V.E., destaco el hecho de que la resolución de V.S.E. se funda unicamente en la copia del Decreto Supremo que ordenó su expulsión, y que de esa copia aparece que dicho Decreto no está firmado por el Jefe del Estado, lo que lo priva de toda eficacia jurídica.

Al parecer, V.E. no ha reparado ni analizado debidamente la gravedad de esta omisión de un requisito de forma esencial para que exista Decreto Supremo. Ello me mueve a rogar a V.E., al pronunciarse sobre la reconsideración pendiente, tener presente las siguientes disposiciones legales que rigen la materia:

a) el D.L. 527 radica el ejercicio del Poder Ejecutivo en el Presidente de la Junta de Gobierno (art. 7), le encomienda la administración y gobierno del Estado (art. 9) y determina sus atribuciones (art. 10), entre las cuales indica: "1- Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes";

b) por su parte, el D.L. 128 prescribe, en su art. 4, que "el Poder Ejecutivo es ejercido mediante decretos supremos y resoluciones, de acuerdo con lo dispuesto en el D.L. N° 9 de 12 de Septiembre de 1973";

c) a su vez dicho D.L. N° 9 establece, en su art. 1, que "los decretos supremos podrán llevar la sola firma del Presidente de la Junta de Gobierno, precedida de la mención "Por la Junta de Gobierno" y la firma del Ministro del ramo". Y en su art. 2 este D.L. 9 agrega: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. anterior, seguirán aplicándose las disposiciones contenidas en la ley 16.436, respecto de los decretos supremos y resoluciones que dicha ley se refiere, entendiéndose que la referencia que se hace al Presidente de la República lo será a la Junta de Gobierno";

d) finalmente, la ley 16.436, en su art. 1º, enuncia taxativamente que decretos supremos pueden dictarse sin la firma del Presidente de la República y en su art. 2º dispone perentoriamente que ellos serán suscritos por el Ministro de Estado respectivo "por orden del Presidente". Y entre esos Decretos menciona, en el Ministerio del Interior, la "expulsión de extranjeros", pero no menciona la expulsión de nacionales.

De todo esto se deducen varias consecuencias ineludibles:

1º- Que la firma del Jefe del Estado de quien emana un Decreto Supremo, es una formalidad esencial perentoriamente exigida por la ley, salvo los casos de excepción taxativamente señalados en la ley 16.436.- El D.L. 128 prescribe el Decreto Supremo como forma de ejercicio del Poder Ejecutivo, y se remite sobre su particular al D.L. 9. Cuando éste dice que los Decretos Supremos "podrán llevar la sola firma del Presidente de la Junta" quiere, claramente decir, como se desprende de su texto, que no necesitan ser firmados por todos los miembros de la Junta; pero no deja abierta la posibilidad de que haya Decreto Supremo sin la firma del Jefe del Estado y la del Ministro del ramo, salvo los casos contemplados en la ley 16.436.

Esto, por lo demás, corresponde a la invariable doctrina constitucional y administrativa chilena respecto de los Decretos Supremos dictados por el Presidente de la República conforme al art. 92 de la Constitución Política del Estado. La ley Orgánica de Ministerios, D.F.L. 7912 de 1927, la ley orgánica de la Contraloría General de la República N° 10.336, la referida ley 16.436, configuran un sistema en que el primero de los requisitos de forma -solemnidad esencial- de un Decreto Supremo, es la firma del Jefe del Estado del cual emana. Sin esa firma no hay Decreto Supremo. La doctrina y jurisprudencia son uniformes en la materia. La única excepción son los Decretos Supremos expresamente exceptuados en la ley 16.436; y

2º- la exigencia de firma de dos Ministros, contenida en el D.L. 81, como ocurre en numerosos preceptos legales tratándose de determinadas materias de importancia o que por su alcance abarcan asuntos propios de la com-

petencia de más de un Ministerio significa que los decretos respectivos puedan dictarse con la firma de los solos Ministros, omitiéndose la del Jefe del Estado. Este es requisito esencial del Decreto, salvo los casos en que la ley expresamente autoriza omitirla, puesto que el Decreto Supremo es, por su naturaleza, una orden escrita emanada del propio Jefe del Estado.

Por consiguiente, es claro que el Decreto 1950, que expulsa del país a don Renán Fuentealba Moena, al no llevar la firma del Jefe del Estado, ni ser de los que la ley autoriza para ser firmados por los solos Ministros respectivos "por orden del Jefe del Estado", carece de una formalidad esencial que lo vicia de absoluta nulidad. En estricto derecho, no es Decreto Supremo y no puede surtir efectos legales.

Por tanto,

a V.E. ruego tener presente las consideraciones anteriores y pronunciarse sobre ellas al fallar la reconsideración pendiente.



En seguida, agrega el Sr. Ministro que si no se aceptare que el Decreto Ley 788 tiene rango constitucional, "se estará afirmando que el Poder Constituyente se encuentra vacante y que ninguna autoridad lo detenta". Y añade: "otro tanto puede decirse del Decreto Ley 81, en la medida en que pudiere afirmarse que es contrario a la Constitución".

El resto de la argumentación del Sr. Ministro está enderezado a convencer a V.E. que la Junta de Gobierno no es realmente titular del Poder Constituyente; se refiere a la crisis del sistema institucional chileno al 11 de Septiembre de 1973, a la ausencia de mecanismos jurídicos viables para superar el grave y conflictivo político nacional; la situación de emergencia sobrevinida posteriormente; en fin, la asunción del Poder Constituyente por parte de la Junta de Gobierno, a través de los Decretos Leyes 1, 128 y 527. Y finalmente, se afirma que el Decreto Ley 788 se dictó en ejercicio del Poder Constituyente, y que su contenido le da también posteriori carácter de "ejercicio del Poder Constituyente" a la Ley 81, "en la medida en que pudiere estimarse que una o más de sus normas se oponen a la Constitución" (punto este último sobre el cual el Sr. Ministro no se pronuncia, dejándonos así en la incertidumbre acerca de si el Decreto Ley 81 es o no ejercicio del Poder Constituyente en el criterio de la propia autoridad que lo dictó). Añade que todo este razonamiento descansa sobre un equívoco y sobre una petición de principio. El equívoco se refiere a la manera de entender la tesis sustentada por este recurso. La petición de principio

está envuelta en el razonamiento con el que se pretende demostrar que el Decreto Ley 788 constituye el ejercicio del Poder Constituyente y que éste "infunde" su constitucionalidad al Decreto Ley 81.

En efecto, la tesis sostenida por el recurso no es la de que el Poder Constituyente se encuentre vacante. Lo que se sostiene, y está dicho muy claramente, es que al asumir la Fuerza Pública la autoridad política el 11 de Septiembre de 1973, y en sus actos posteriores de ejercicio de la misma, ha declarado hacerlo con sujeción a la Constitución vigente. Pudo, señalamos, haber hecho otra cosa: declarar abolida la Constitución, o reemplazarla por Actas Institucionales u otro orden normativo. Pero no lo hizo así, sino que por el contrario, tanto en los fundamentos como en el resolutorio de los Decretos Leyes 1, 128 y 527, se reconoce la vigencia en principio de la Constitución. De este modo las Fuerzas Armadas asumen para sí las funciones constitucionales que en el texto corresponden al Presidente de la República, al Congreso Nacional y a ambas ramas de éste, pero no entenden asumir otras funciones, diversas de o más amplias que las pertenecientes a aquellos. Su modo formal de ejercicio, naturalmente, deberá amoldarse a las circunstancias creadas por los hechos históricos, pero en cuanto a su esencia, las atribuciones de la nueva autoridad son las mismas que en el texto constitucional corresponden a las autoridades anteriormente existentes, y que los cuerpos legales ya mencionados sintetizan llamándolos "Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Constituyente". Esta tesis no deriva del pensamiento político o filosófico del recurrente, sino que es la que (al menos hasta la dictación del Decreto Ley 788) está claramente ex-

puesta en las reiteradas y uniformes declaraciones públicas formuladas por las actuales autoridades y en los claros textos jurídicos promulgados por ellas mismas.

¿Cómo debe entenderse, dentro de este

esquema, el Poder Constituyente y su ejercicio? Si por Poder Constituyente se entiende el llamado "Poder Constituyente Original", esto es, la facultad de dictar una Constitución ab initio, este no es sino un aspecto de la soberanía, y por lo tanto, no reside más que en la Nación. No tiene esta atribución ninguna autoridad derivada: sea que haya recibido un mandato electoral formal y explícito, sea que haya asumido la autoridad por la fuerza de las circunstancias históricas. En efecto, siendo la Constitución un conjunto de normas que regulan el ejercicio de la soberanía, solamente puede dictarlas el propio soberano (ya que por definición no hay un poder jurídico-político superior a él). La soberanía, que externamente es independencia e igualdad frente a las demás naciones, internamente es imperio, o sea, la facultad de organizarse jurídicamente sin sujeción a otra norma jurídica superior. De allí la práctica de que las Constituciones nuevas sean dictadas por Asambleas Constituyentes de elección popular y además sometidas generalmente a una aprobación o ratificación de la Nación toda mediante un referéndum. El artículo 2 de la Constitución Política que nos rige afirma que "la soberanía reside esencialmente en la Nación", disposición que constituye el simple reconocimiento de un hecho político anterior a la Constitución. La frase que sirve de preámbulo promulgatorio al texto constitucional dice: "El Presidente de la República, por cuanto la voluntad soberana de la Nación, en su nombre, ha decretado la Constitución Política de Chile". Este texto no deriva del pensamiento político de un individuo, sino que es la que (al menos) expresa la voluntad de la Nación, por lo que es la que tiene fuerza de ley. Este texto es el que constituye el fundamento de la soberanía de la Nación, y es el que debe ser reconocido y respetado por todas las autoridades que se deriven de ella. Este texto es el que constituye el fundamento de la soberanía de la Nación, y es el que debe ser reconocido y respetado por todas las autoridades que se deriven de ella.

"rana de la Nación, solemnemente manifestada en el plebiscito  
verificado el 30 de Agosto último, ha acordado reformar la  
Constitución Política promulgada el 25 de Mayo de 1833 y sus  
modificaciones posteriores e invocando el nombre de Dios To  
poderoso, ordeno que se promulgue la siguiente como la  
CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE..."

( Se habla pues de "la voluntad soberana  
de la Nación" como la titular del Poder Constituyente Original,  
y se invoca como manifestación auténtica de la misma el  
plebiscito que aprobó el texto constitucional que se promulga.

Distinta cosa es el Poder Constituyente  
Instituído, que no es sino el órgano y la formalidad que se  
emplean para las modificaciones constitucionales en virtud de  
un mandato conferido por la Nación soberana a través del pro-  
pio texto constitucional, mandato cuyo contenido y límites es-  
tán trazados también por aquella voluntad soberana. Este Po-  
der Constituyente no puede ejercerse en forma ilimitada ni ar-  
bitraria, sino con sujeción a la voluntad del mandante, que  
es la Nación. Si se pretende que "Poder Constituyente" sig-  
nifica "Poder absoluto", se está hablando del Poder Constitu-  
yente Original, o sea, de la soberanía misma.

La autoridad que nos gobierna desde el  
11 de Septiembre de 1973, en sus declaraciones y en su ejerci-  
cio de Gobierno, ha entendido hasta ahora asumir el Poder Cons-  
tituyente Instituído, y no el Original, pues aquél, y no éste,  
es el que la Constitución atribuye al Presidente de la Repúbli-  
ca y al Congreso, que la nueva autoridad ha venido a sustituir.

Esta doctrina, a mayor abundamiento,  
es reconocida también por el propio señor Ministro en su es-  
crito de "téngase presente" que comentamos. En efecto, allí



se dice que "es deber de la Junta de Gobierno adoptar las medidas necesarias para que el país pueda darse una nueva Constitución Política" (debió decirse "la Nación" y no "el país", que es un concepto territorial, pero en todo caso la idea es clara y coincide con la que hemos venido exponiendo: el Poder Constituyente Original, para dar a la Nación una nueva Constitución completa, sólo pertenece a la propia Nación). Entretanto, como lo afirma el propio Sr. Ministro, a las autoridades corresponde adoptar las medidas de emergencia que las circunstancias hagan necesarias, y en el curso de adopción de esas medidas podrán ejercer el Poder Constituyente Instituido para modificar la actual Constitución.

En consecuencia, la tesis que se sostiene en el recurso, y que es implícitamente compartida por el señor Ministro, es la de que la Junta de Gobierno ha asumido el Poder Constituyente Instituido, no el Original, y que a él corresponden las mismas facultades, y no otras, ni mayores, que las que tenían el Presidente y el Congreso.

En el ejercicio de ese Poder, por consiguiente, la Junta de Gobierno tiene las limitaciones y debe someterse a las formalidades que emanan del texto constitucional, salvo en cuanto las circunstancias históricas las hayan hecho imposibles de aplicar. Entre esas limitaciones y exigencias se encuentra la de que la reforma constitucional debe ser expresa y comenzar a regir sólo desde que se incorpore al texto constitucional, según dispone el art. 110 de la Constitución. Esta interpretación del recurso fue expresamente reconocida y ratificada por la propia Junta de Gobierno en el Decreto-Ley 128, cuyo art. 3º, inciso 2º, dispone textualmente: "Las disposiciones de los Decretos Leyes que modifiquen

-la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella

Exactamente esa interpretación es la que compartió el tribunal de V.E. en el fallo de 24 de Julio de 1974 a que alude el escrito del Sr. Ministro: para que se entendiera ejercicio del Poder Constituyente, era menester que la Junta formulara declaración expresa en tal sentido. El Decreto-Ley 81, por lo tanto, en el cual no se invoca el ejercicio del Poder Constituyente, no puede ser tenido por tal, y a su respecto el tribunal de V.E. puede y debe formular declaración de inaplicabilidad, si estima, como se demuestra abundantemente en el recurso mismo, que sus disposiciones son contrarias u opuestas a la Constitución. Resulta por otra parte desconcertante que el propio Sr. Ministro no se pronuncie expresamente sobre el sentido y alcance del Decreto-Ley 81, y que afirme, en cambio, de modo jurídicamente inaceptable, que dicho Decreto-Ley debe ser considerado ejercicio del Poder Constituyente si se opone a la Constitución, y no ser considerado tal ejercicio en caso contrario...

En cuanto al Decreto-Ley 788, aun cuando se dice en su preámbulo que se dicta en ejercicio del Poder Constituyente, ello no basta para admitir que así sea, puesto que dicho Poder está sometido en su ejercicio a las formalidades y limitaciones que la Constitución establece, las que no se han respetado en este caso, específicamente, las del art. 110 del texto vigente, ratificadas expresamente por el art. 3º del Decreto-Ley 128. No se admiten reformas constitucionales tácitas, ni con efecto retroactivo, menos todavía reformas que no son tales, sino simples normas de prelación que

dan preferencia, en caso de incompatibilidad, a los Decretos-Leyes por sobre la Constitución, pero que dejan subsistente el texto constitucional; no hay, por consiguiente, ni siquiera una derogación tácita. Así lo sostiene el art. 2º del Decreto-Ley 788. Nótese, a mayor abundamiento, que el Decreto-Ley 788 ni siquiera es, o pretende ser, "interpretativo": es "declarativo". En suma, no es el ejercicio del Poder Constituyente Instituido, tal como éste aparece reglamentado en la propia Constitución y tal como la propia Junta de Gobierno declara expresamente haberlo asumido. En un Estado de Derecho, es obvio, una simple declaración de la propia autoridad no puede bastar para sanear el defecto originario de su propio acto.

En consecuencia, V.E. no se encuentra impedida de formular declaración de inaplicabilidad por el hecho de tratarse de "preceptos de rango constitucional". No lo es el Decreto-Ley 788, ya que sólo las reformas constitucionales debidamente promulgadas en la forma que la Constitución establece, incorporadas al texto de ésta y sin efecto retroactivo, son las que tienen "rango constitucional". Y como es V.E., privativamente, quien interpreta las disposiciones constitucionales relativas a su propia competencia, es evidente que a V.E. compete decidir, en presencia de un texto, si se trata de un precepto de carácter modificatorio de la Constitución o de un precepto simplemente legal. Para ello tendrá que atender primumordialmente a la forma en que tal precepto se haya dictado y pretenda regir; no bastará, como afirma el preámbulo del Decreto-Ley 788 con que se toquen materias constitucionales: las leyes inconstitucionales también lo hacen, y precisamente por eso se las declara tales. Resu-

miendo; frente a una disposición legal que se opone a los preceptos constitucionales hasta entonces vigentes, V.E. debe declararlo inaplicable, por ser contrario a la Constitución, a menos que se trate de una reforma constitucional, dictada de acuerdo con el Poder Constituyente Instituido, y con las formalidades y limitaciones que la propia Constitución establece. Esto último lo juzgará V.E. privativamente.

EL DICTAMEN DEL SEÑOR FISCAL.— Primeramente, en relación con el Decreto-Ley 81, el señor Fiscal estima que las disposiciones del mismo no son inconstitucionales, aduciendo los mismos argumentos que habría expresado en dictámenes anteriores en otros recursos, que se dirijan contra otros preceptos legales e invocando otras razones. En relación con aquellos, el señor Fiscal estimó en su oportunidad que "es posible que no se ajusten, estrictamente y en todo, al texto constitucional. Pero en ningún caso lo contrarían. Hay que adecuarlos a ese texto, porque hoy no existen Presidente de la República, ni Congreso Nacional". Agrega que a su juicio, pese a la inadecuación textual, no hay una "oposición o contrariedad o contradicción sustancial y de fondo" con las disposiciones de la Constitución. No podría exigirse, dice el señor Fiscal, una conformidad estricta con estas últimas, atendida "la realidad viviente". En seguida agrega que estas mismas razones son suficientes para rechazar la eventual inconstitucionalidad del Decreto-Ley 81.

A esto debe conentarse solamente que en verdad cuando el señor Fiscal dice que los preceptos a que se refiere su dictamen ("hay) que adecuarlos a este texto", en realidad <sup>parece</sup> para querer decir que es el texto constitucional el que debe adecuarse a los preceptos legales recusados, dada la "realidad viviente" en materia institucional. Y en seguida,

que la razón que invoca con respecto a los otros recursos no es valedera respecto de éste. En efecto, en aquellos casos el señor Fiscal fundamentó su dictamen en la circunstancia de que los hechos históricos producidos habían cesado en sus cargos el Presidente de la República y los miembros del Congreso, y por lo tanto no podía exigirse la intervención de los mismos que se encuentra prevista en los textos constitucionales respectivos. Pero al sostener la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 81, este recurso no invoca para nada la necesidad de intervención de tales autoridades: sostiene que dicho cuerpo legal vúlbera las disposiciones constitucionales que protegen y garantizan la libertad personal contra posibles infracciones de las autoridades, ejecutivas o legislativas, sea cual fuere la denominación de ellas, sea cual fuere la forma en que han asumido el poder. Es decir, la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 81 puede y debe juzgarse con entera independencia de los hechos históricos acaecidos el 11 de Septiembre de 1973, y a la luz solamente de los preceptos constitucionales que garantizan la libertad individual. Solamente exige aceptar que la Constitución se encuentra vigente en todo aquellos en que no haya sido modificada expresamente o en que su aplicación no se haya tornado imposible por el cambio institucional que históricamente tuvo lugar en la fecha señalada. Y eso ha sido explícitamente proclamado y admitido por las actuales autoridades.

En seguida, el señor Fiscal dice que los Decretos Leyes impugnados (el 81 y el 788) tienen el carácter de disposiciones de "orden constitucional", porque han sido dictados "en ejercicio del Poder Constituyente", y que por lo tanto a su respecto V.E. no podría ejercer su a-

tribución de declararlos "inconstitucionales". En esto el dictamen se hace eco de la tesis sustentada por el señor Ministro, que ya hemos analizado latamente en el apartado anterior.

No advierte, sin embargo, el señor Fiscal, que al afirmar tal cosa incurre en una abierta contradicción, en la cual, en cambio, no ha incurrido el señor Ministro, ya que el señor Fiscal ha comenzado por decir que el Decreto-Ley 81 no es contrario a la Constitución en su contenido sustancial y de fondo. Si por una parte no se dice en el propio Decreto-Ley 81 que él se dicte en ejercicio del Poder Constituyente, y por la otra sus disposiciones no son contrarias a la Constitución, según el Sr. Fiscal, ¿por qué entonces se dice que se trata de un precepto de "rango constitucional" y dictado en el ejercicio del Poder Constituyente? La contradicción es evidente: para aceptar tal cosa es preciso previamente admitir la constitucionalidad del Decreto-Ley 788, y en seguida reconocer que el Decreto-Ley 81 es contrario a la Constitución. Así lo advierte el señor Ministro, cuando aduce que el Decreto-Ley 81 debe ser considerado como emitido en ejercicio del Poder Constituyente "sólo si se estimare que se opone a la Constitución". Si se estima, como el señor Fiscal, que no se opone, entonces no puede sostenerse que sea ejercicio del Poder Constituyente, ya que no pretendería modificar, expresa ni tácitamente, la Constitución Política.

Finalmente, el señor Fiscal "debe lamentar" el párrafo final del recurso. El recurrente no estima haber empleado un lenguaje irrespetuoso ni inconveniente, sino haber expresado con elevación de términos lo que juzga grave consecuencia jurídica e histórica de un eventual rechazo del recurso. En todo caso, la censura de cualesquiera expresio-

nes incorrectas contenidas en el recurso, corresponde privati-  
mente a V.E. según el Código Orgánico de Tribunales, y no al  
señor Fiscal, cuya misión es emitir su dictamen y formular  
conclusiones jurídicas, y no expresar sus personales sentimen-  
tos sobre las posiciones de las partes, sea en el gozo o en el dolor  
de ellas, en la cual, en cambio, no ha incurrido el señor Ministro.  
que el señor Fiscal, en virtud de lo que el Decreto-Ley  
SIRVASE U.S. EXCMA. tener presente lo expuesto.  
Si no es contrario a la Constitución, si por una parte no se dice en el propio De-  
creto-Ley que el se dice en ejercicio del Poder Constitu-  
yente, y por la otra sus disposiciones no son contrarias a la  
Constitución, según el Sr. Fiscal, ¿por qué entonces se dice  
que se trata de un precepto de "rango constitucional" y dic-  
tado en el ejercicio del Poder Constituyente? La contradic-  
ción es evidente: para aceptar tal cosa es preciso previamen-  
te admitir la constitucionalidad del Decreto-Ley 198, y en  
seguida reconocer que el Decreto-Ley 81 es contrario a la  
Constitución. Así lo advierte el señor Ministro, cuando adu-  
ce que el Decreto-Ley 81 debe ser considerado como emitido en  
ejercicio del Poder Constituyente "sólo si se estima que se  
opone a la Constitución". Si se estima, como el señor Fiscal,  
que no se opone, entonces no puede sostenerse que sea ejerci-  
cio del Poder Constituyente, ya que no pretendiera modificar,  
expresa ni tácitamente, la Constitución Política.  
Finalmente, el señor Fiscal "debe lamentar" el párrafo final del recurso. El recurrente no estima ha-  
ber empleado un lenguaje irrespetuoso ni inconveniente, sino  
haber expresado con elevación de términos lo que juzga grave  
consecuencia jurídica e histórica de un eventual rechazo del  
recurso. En todo caso, la censura de cualesquiera expresio-

14222



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 Azocar.

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 desechada la indicación previa de los Ministros Sres. Maldonado, Rivas, Correa y Ulloa quienes estuvieron por que los alegatos se extendieran también al fondo del asunto promovido.

Nº 19040. Regístrese y archívense.

Enrique Urrutia M, José M. Eyzaguirre E, I. Bórquez M, Luis Maldonado B, Juan Pomés G, O. Ramirez M, V. Manuel Rivas del Canto, E. Correa L, O. Erbetta, E. Ulloa M, Marcos Aburto.

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 Ramirez M, V. Ma-

WWW.ArchivoPatricioAylwin.cl





1904

Sancti Spiritus, veintinueve de Marzo de mil novecientos veintinueve  
nuel Rivas del C, Enrique Correa L, Osvaldo Erbetta V,  
cinco

Emilio Ulloa M, y Marcos Aburto O.

Vistos y teniendo presente:

Carlos Meneses. Secretario Subrogante

que con el mérito del certificado de la As. del

CONFORME

que consta que en el recurso de amparo interpuesto en favor

de don Ramón Fuentes Moena, se dictó sentencia que negó

AYILWIN AZOCAR PATRICIO

lugar a dicho amparo, fallo que se encuentra ejecutoriado,

INAPLICABILIDAD

y que, en consecuencia, el pleito en que incide la presente

Nº 19040 SANTIAGO

partición de inaplicabilidad se encuentra eliminado, motivo por

el cual no existe actualmente un juicio sometido al conoci-

miento de un tribunal y que se halla pendiente;

y de conformidad, además, con lo dispuesto en el ar-

tículo 8º de la Constitución Política del Estado, se decla-

ra improcedente el recurso de inaplicabilidad deducido en

lo principal de la As. por don Patricio Ayilwin Azocar.

Se previene a los Ministros Sres. Correa y Erbe-

tte tienen además presente que la realidad procesal indica que

el juicio se encuentra eliminado y esta realidad no puede ya

ser alterada.

Acordada después de desahucio la indicación previa

de los Ministros Sres. Maldonado, Rivas, Correa y Ulloa que-

nes estuvieron por que los alegatos se extinguió también el

fondo del asunto promovido.

Nº 19040. Regístrese y archívense.

Enrique Urzúa M, José M. Eyzaguirre E, I. Aldunate

M, Luis Maldonado B, Juan Tomás G, O. Ramírez M, V. Manuel Ri-

vas del Canto, E. Correa L, O. Erbetta, E. Ulloa M, Marcos

Aburto.

Pronunciada por los Ministros don Enrique Urzúa

M, Presidente y señores José M. Eyzaguirre E, Israel Eyzaguirre

M, Luis Maldonado B, Juan Tomás G, Osvaldo Ramírez M, V. Ma-

www.archivopatricioayilwin.cl