

## INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
I. PROBLEMAS LEGALES Y CONSTITUCIONALES	2
1. Materias de ley y materias de decreto	2
2. Aprobación de las distintas clases de leyes	5
3. El problema de los senadores designados. Ideas para resolverlo	14
4. Control de legalidad y constitucionalidad: Contraloría, Tribunal Constitucional, Corte Suprema, Consejo de Seguridad Nacional. Ideas para superarlos	27
5. Problemas específicos:	
a) ¿ Puede funcionar el Congreso entre el 11 de Marzo y el 21 de Mayo de 1990 ?	55
b) Lugar de funcionamiento del Congreso	56
c) Limitaciones a las atribuciones del Congreso	60
II. PROBLEMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y POLITICOS	63
1. Hechos anteriores a 1978 (ley de amnistía)	63
2. Investigación de los hechos e indemnización de las víctimas	65
3. Caso Letelier. Fórmulas de solución	67
4. Situación de los actuales condenados y presos políticos	70
5. Algunas situaciones específicas:	
a) Pena de muerte	74
b) Ombudsman	74
c) Rehabilitación	74
d) Restitución de bienes a partidos políticos	74
e) Legalización de partidos marxistas	75
f) Derechos cívicos de Clodomiro Almeyda	76
g) Sistema electoral y justicia electoral	78
III. PROBLEMAS RELATIVOS A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	80
Consideraciones generales	80
1. Funciones políticas de la Corte Suprema	83
2. Medidas de fondo en relación con la justicia	83
3. Relaciones del gobierno democrático con la Corte Suprema. Cuestiones por resolver	85
1° Permanencia o retiro de los Ministros mayores de 75 años	89
2° Nombramiento de senadores designados	90

3° Miembros de la Corte en el Tribunal Constitucional	91
4° El Presidente de la Corte en el Consejo de Seguridad Nacional	91
5° Designaciones en vacantes y nuevos cargos	91
6° Abogados integrantes	93
7° Justicia Militar	93
8° Juicios sobre derechos humanos y similares	94
 IV. PROBLEMAS RELATIVOS A LAS FUERZAS ARMADAS	 95
1. El Consejo de Seguridad Nacional y su composición	95
2. Ley orgánica constitucional sobre Fuerzas Armadas	99
3. Permanencia en el cargo de los Comandantes en Jefe	100
 V. PROBLEMAS RELATIVOS A LA ADMINISTRACION PUBLICA	 105
1. Nombramientos	106
2. Ley orgánica constitucional n° 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado	109
3. Ley 18.834, nuevo Estatuto Administrativo	111
4. Ingreso y cesación de funciones	111
5. Autonomía de servicios:	115
a) Banco Central	116
b) Televisión y Prensa	118
c) Municipalidades y CODECOS	122
d) Consejos de Desarrollo Regional (COREDES)	122
 VI. ALGUNOS PROBLEMAS GREMIALES, LABORALES, EMPRESARIALES	 125
1. Colegios profesionales	125
2. Sindicalización libre u obligatoria	126
3. Privatizaciones	127
4. Empresas estatales, garantías del Estado	127
 VII. DOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS	 128
1. El juicio político	128
2. La consulta popular	129

## INTRODUCCION

El presente trabajo tiene un carácter estrictamente confidencial, para que sus observaciones y conclusiones tengan el carácter más libre posible.

Tenemos plena conciencia de que los hechos políticos crean su propia realidad, más allá del tenor literal de una norma jurídica, y que una amplia victoria democrática hace surgir un ambiente de respeto, de buena voluntad y de colaboración (aunque sea a veces inspirado por el temor o el interés acomodaticio). En todo caso, no anticipamos un cuadro de instituciones o de personas firmemente atrincheradas en sus leyes o privilegios y dispuestas a dar una batalla mortal en defensa de un régimen que se fue, cerradas a todo acuerdo y compromiso. Por el contrario, estamos seguros de que incluso en el terreno de las Fuerzas Armadas, que parecería ser el más difícil se podrá llegar a acuerdos razonables.

En todo caso, creemos que la búsqueda de esos acuerdos, sin dar la impresión de debilidad ni olvidar los problemas más urgentes, debe ser el primer intento político, y que en ese terreno la inteligencia, la habilidad y el don de gentes del futuro Presidente le permitirán desempeñarse mejor que ninguno. No necesita en esa materia consejos de nadie.

El objeto de este trabajo es más trazar una especie de mapa de la estructura jurídica rígida y complicada con que el régimen saliente ha pretendido dejar aherrojado al que llega; llamar la atención hacia los problemas más serios y sugerir vías de solución; mostrar cuáles son los terrenos en que se puede negociar con una mayor posición de fuerza, y en fin, sugerir soluciones en algunos problemas delicados que suscitan división de pareceres en nuestro propio bando.

Esperamos haber hecho una contribución a los objetivos comunes: consolidación de las instituciones democráticas, alejamiento de la perspectiva de un golpe de Estado, libertad de maniobra de un Gobierno que se encontrará jurídicamente muy constreñido, desarrollo de una enérgica política de protección de los derechos humanos, de consolidación de la institucionalidad democrática, de justicia social, y de restauración del espíritu fraterno y solidario de los chilenos.

I. PROBLEMAS LEGALES Y CONSTITUCIONALES.

El tratamiento de estos problemas debe preceder al de los otros, ya que precisamente el terreno en que este capítulo se mueve es el relativo al uso de las herramientas legales de que se disponen para resolver los demás. El reconocimiento de las dificultades que aquí se encuentren, y el exámen de las fórmulas para superarlas, es indispensable antes de entrar en materias más sustantivas.

1. MATERIAS DE LEY Y MATERIAS DE DECRETO

El primer aspecto que debe considerarse es la división del poder político en dos grandes areas: lo que se puede hacer por Decreto (potestad reglamentaria del Presidente de la República) y lo que debe hacerse necesariamente a través de modificación legal (ley común, Ley de quorum calificado, ley orgánica constitucional, ley interpretativa de la constitución, reforma constitucional ordinaria, reforma constitucional calificada).

El campo dejado a la potestad reglamentaria del Presidente de la República es bastante amplio. La descripción misma del cargo (art. 24); las atribuciones "especiales" del cargo (art. 32) (esto es, sin excluir otras) y la fórmula "sólo son materias de ley" (art. 60), otorgan al Presidente de la República un area muy vasta de acción libre. Precisamente muchas de las objeciones que se formulan actualmente a las leyes orgánicas constitucionales en proyecto, es que invaden terrenos que la Constitución reserva al Presidente de la República. La expresión "sólo son materias de ley", usada en el art. 60 de la Constitución

marca una diferencia importante con la Constitución de 1925, que decía "sólo en virtud de una ley se puede: .....". Esto es, la Constitución de 1925 llamaba la atención sobre ciertas materias que estaban específicamente reservadas a la ley, lo que no significaba que no pudiera legislarse sobre otras materias; en cambio, la expresión "sólo son materia de ley" significa que las materias que no se encuentran taxativamente enumeradas a continuación no son materia de ley, sino que caen dentro de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, salvo que otros artículos de la Constitución impliquen la necesidad de una ley. Es verdad que el número 20) de dicho artículo contiene una fórmula genérica, ("toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico"), pero en todo caso su redacción alude inequívocamente a la reglamentación general de un sector completo de actividades nacionales y no a nombramientos de personas o a la creación de organismos con funciones específicamente determinadas.

Precisamente la creación de ciertos organismos o la realización de ciertas actividades que proponemos más adelante para resolver algunos problemas, pueden llevarse a cabo mediante la simple dictación de decretos supremos, sin necesidad de ley.

La potestad reglamentaria del Presidente de la República encuentra su límite en la Constitución y la Ley, y el control sobre la misma se ejerce de la siguiente manera:

a) Si un decreto supremo es contrario a la ley, debe ser objetado por la Contraloría General de la República, pero el Presidente puede insistir en el Decreto, caso en el cual la Contraloría debe darle curso (art. 88).

b) Si un decreto supremo es objetado por la Contraloría por estimarlo contrario a la Constitución, el Presidente no puede insistir, y sólo tiene la facultad de requerir el parecer del Tribunal Constitucional, que decide en último término, (arts. 88 y 82 No 6o).

c) Si se estima que un decreto supremo decide o reglamenta sobre materias que según el art. 60 deben ser materia de ley, pero no es objetado de inconstitucionalidad por la Contraloría, el conocimiento y decisión del asunto corresponden al Tribunal Constitucional. Pero este sólo podrá intervenir a solicitud de cualquiera de las éámaras, dentro de los treinta días de publicado o notificado el decreto en cuestión. Esto es, bastará una mayoría simple, de miembros presentes, del Senado o de la Cámara, para hacer intervenir al Tribunal Constitucional.

Esto anticipa la importancia:

1) De que el Contralor General no actúe políticamente motivado por hostilidad contra el Gobierno;

2) De que, eventualmente, el Tribunal Constitucional no obre en la misma forma; y

3) De contar con una mayoría simple en ambas cámaras, pues ello, suponiendo que la mayoría actúe en forma disciplinada, será suficiente para impedir la intervención del Tribunal Constitucional, si no se tiene confianza en la rectitud de este.

2. APROBACION DE LAS DISTINTAS CLASES DE LEYES.

Cuando sea claro que es necesario dictar una ley, hay que tener presentes las diferentes clases de ellas y las distintas mayorías necesarias para aprobarlas.

Una importante consideración inicial es la vigencia de la ley de 4 de Julio de 1878, que nunca ha sido derogada expresa ni tácitamente, y que reglamenta la forma de computar el número de votos o miembros necesarios cuando la constitución o las leyes exijan cierta fracción o parte proporcional de miembros o votos, y el número de miembros o votantes no admitiere división exacta según la proporción exigida en la ley. Según esta, si la división dejare una fracción remanente superior a un medio, se elevará al entero superior; si fuere igual o inferior a un medio se desprejará. "Así, la tercera parte del siete será dos, y los dos tercios, cinco; la cuarta parte de once será tres, y las tres cuartas partes, ocho", (art. 1º de la ley). Como se advierte, la principal importancia de esta ley, es la regla de que la fracción igual a un medio baja, y no sube, como es habitual considerarla actualmente.

Señalaremos a continuación las diferentes clases de leyes y las mayorías que respectivamente se

requieren para su aprobación en cada cámara. Al tratarse del Senado, indicaremos un cuadro con diversas cifras, ya que el número de Senadores en ejercicio puede ser variable, por lo que se explicará más adelante respecto de los Senadores vitalicios y designados.

Cuando la Constitución exige una determinada mayoría de miembros en ejercicio, la abstención o la ausencia ocasional de Parlamentarios de oposición no beneficiará al Gobierno, ya que este tendrá que reunir de todos modos el número exigido de votos de miembros en ejercicio, no sólo de los que esten presentes.

Los miembros en ejercicio (salvo que ocasionalmente haya en alguna Cámara alguna vacante o algún miembro inhabilitado o suspendido que aún no haya sido reemplazado), son los siguientes:

Cámara de Diputados: 120 miembros, todos elegidos.

Senado: un número variable, entre 38 y 48 miembros, divididos en:

- a) 38 miembros elegidos por votación popular;
- b) 3 miembros designados por la Corte Suprema;
- c) 4 miembros designados por el Consejo de Seguridad Nacional;



d) 2 miembros designados por el Presidente de la República;

e) Un número variable de miembros vitalicios correspondientes a los ex Presidentes de la República.

Para cuando se instale el nuevo Congreso, habrá sólo un ex-Presidente, que será Pinochet. Sin embargo, no podrá ser a la vez miembro del Senado y Comandante en Jefe del Ejército, conforme al art. 55 de la Constitución. Según la misma disposición, si decidiera incorporarse al Senado, cesaría ipso jure en su cargo de Comandante en Jefe, y no podría recuperarlo. Como el ha manifestado su intención de permanecer en la Comandancia en Jefe, y eso es además lo más probable políticamente, procederemos en los cálculos que siguen sobre la base de que habrá un máximo de 47 Senadores: 38 elegidos y 9 designados.

Sin embargo, ese número también puede variar por muerte, renuncia u otra causal de vacancia entre los Senadores designados, ya que esas vacantes no son llenadas por reemplazantes.

Conforme a lo anterior, las leyes requerirían, las siguientes mayorías para su aprobación:

No	Leyes de	Leyes	Reformas	Reformas
de	quorum	Orgánic.	Constit.	Constit.
Miembros	calific.	Constit.	Ordinarias	Calific.

(May. Abs) (4/7) (3/5) (2/3)

Cámara:

120 61 69 72 80

Senado:

48 25 27 29 32

47 24 -3 27 -6 28 -7 31 -10

46 24 26 28 31

45 23 26 27 30

44 23 25 26 29

43 22 25 26 29

42 22 24 25 28

41 21 23 25 27

40 21 23 24 27

39 20 22 23 26

38 20 22 23 25

www.archivopatricioaywin.cl

Características de las distintas clases de leyes:

a) Leyes comunes. Sólo necesitan para su aprobación una mayoría de miembros presentes en cada Cámara: de este modo, las ausencias ocasionales de la oposición pueden beneficiar al Gobierno, si este no dispone de mayoría absoluta permanente.

Además, para la aprobación de esta clase de leyes es suficiente que el futuro gobierno disponga de los dos tercios de una de las dos Cámaras, aunque no tenga en la otra ni siquiera mayoría simple, según explicamos más abajo.

b) Leyes de quorum calificado. Necesitan para su aprobación la mayoría absoluta de miembros en ejercicio de cada Cámara. Las leyes que versen sobre materias propias de quorum calificado y que se encuentren en vigencia al 11 de Marzo de 1990 seguirán en vigor, aunque originalmente no hubieren sido aprobadas por mayoría especiales, y por lo tanto para modificarlas o derogarlas se requerirá quorum calificado (por ejemplo, las leyes que establecen pena de muerte, aunque en su tiempo fueron aprobadas por mayoría simple, para ser modificadas o derogadas después del 11 de Marzo requerirán quorum calificado).

Las materias respecto de las cuales se necesita una Ley de quorum calificado son:

1o Tipificación de los delitos terroristas (art. 9o de la Constitución). Actualmente rige la ley 18.314 de 17 de Mayo de 1984.

2o Tipificación de los delitos que acarrear la pérdida de la nacionalidad (Art. 11 No 3o). No dictada hasta la fecha.

3o Rehabilitación de la nacionalidad para quienes la hubieren perdido (art. 17). Por su naturaleza, deben dictarse para cada caso particular.

4o Consejo Nacional de Televisión (art. 19 No 12). Ley de reciente dictación.

5o Leyes para establecer la pena de muerte (art. 19 No 1o). Con posterioridad a la Constitución de 1980 sólo se ha dictado la ley 18.314 (antiterrorista) que la establece. Conforme se ha dicho más arriba, seguirán en vigencia las demás leyes que la establecieron desde antes y para aplicarla a nuevos casos o derogarlas, se necesitará quorum calificado.

6o Creación de empresas estatales, (art. 19 No 21). Por su naturaleza, habría que dictar una ley para cada caso. No se han dictado hasta ahora. Como es sabido, se encuentra en tramitación la ley llamada del Estado Empresario, que termina de privatizar las empresas estatales. Si ella es aprobada, la creación de una empresa estatal

nueva, o la recuperación de una anterior, requerirán de ley de quorum calificado.

7o Otorgamiento de privilegios para las empresas estatales (art. 19 No 21). Igual que en el caso anterior, debe dictarse una para cada caso. No se han promulgado hasta ahora.

8o Limitaciones para adquirir ciertos bienes (art. 19 No 21). Tal como en los casos anteriores debe dictarse una ley para cada caso.

9o Contratación de empréstitos por un plazo superior a lo que reste del período presidencial durante el cual se contratan (art. 60 No 7o). Igualmente, debe dictarse una para cada caso.

10o Tenencia de armas por parte de grupos (art. 92). No se ha dictado una ley especial. Disposiciones sobre la materia se contienen en la ley de Control de Armas, que en esta parte sería de quorum calificado para su modificación.

11o Límites de Regiones, Provincias, Comunas etc. (art. 99).

c) Leyes Orgánicas Constitucionales. Son leyes que deben dictarse necesariamente, esto es, si se derogan deben ser reemplazadas por otras. La mayoría de ellas ya han sido dictadas por este régimen, que antes de su

extinción procura dejarlas todas promulgadas. Las únicas materias sobre las cuales ellas versan son:

1<sup>o</sup> Inscripciones Electorales y Servicio Electoral (art. 18). Ley 18.556 de 1<sup>o</sup> de Octubre 1986.

2<sup>o</sup> Votaciones Populares y Escrutinios (art. 18). Ley 18.700 de 6 de Mayo de 1988.

3<sup>o</sup> Educación (art. 19 No 11). No dictada a la fecha.

4<sup>o</sup> Partidos Políticos (art. 19 No 15). Ley 18.603 de 23 de Marzo de 1987.

5<sup>o</sup> Concesiones Mineras (art. 19 No 24). Ley 18.097 de 21 de Enero de 1982.

6<sup>o</sup> Bases de la Administración Pública (art. 38). Ley 18.575 de 5 de Diciembre de 1985.

7<sup>o</sup> Estados de Excepción Constitucional (arts. 39 y siguientes). Ley 18.415 de 14 de Junio de 1985.

8<sup>o</sup> Congreso Nacional. (art. 48 y 71). En trámite, no dictada hasta la fecha.

9<sup>o</sup> Poder Judicial (art. 74). En trámite, no dictada hasta la fecha.

10o Tribunal Constitucional (art. 81).  
Ley 17.997 de 19 de Mayo de 1981.

11o Tribunal Calificador de Elecciones  
(art. 84). Leyes 18.460 de 15 de Noviembre de 1985 y 18.604  
de 23 de Marzo de 1987.

12o Contraloría General de la República  
(arts. 87 y 88). No dictada hasta la fecha.

13o Fuerzas Armadas (art. 94). En  
tramitación. No dictada hasta la fecha.

14o Banco Central. Ley 18.840 de 10  
de Octubre de 1989.

15o Consejos de Desarrollo Regional  
(Coredes) (art. 101). Ley 18.605 de 6 de Abril de 1987.

16o Municipalidades y Consejos de  
Desarrollo Comunal (Codecos) (art. 107). Ley 18.695 de 31 de  
Marzo de 1988.

También en esta materia se aplica la  
regla quinta transitoria de la Constitución. Mientras no se  
dicten las correspondientes Leyes Orgánicas Constitucionales,  
continuarán en vigencia las leyes actuales sobre esas  
materias, cuando existen. Tal sería el caso del Poder  
Judicial (regiría el actual Código Orgánico de Tribunales);  
Contraloría General de la República (su actual ley orgánica)

y las Fuerzas Armadas (sus actuales reglamentos de disciplina y decretos leyes o decretos con fuerza de ley sobre sus plantas, organización, etc.). En cambio, no habría actualmente leyes vigentes sobre Educación y Congreso Nacional. Es de presumir que antes del 11 de Marzo se habrán dictado Leyes Orgánicas Constitucionales, por lo menos sobre Poder Judicial, Fuerzas Armadas y Congreso Nacional. Según lo dicho, si no se dictaren, las actuales leyes comunes sobre esas materias seguirían vigentes y adquirirían el rango de Leyes Orgánicas Constitucionales para los efectos de su modificación o reemplazo.

d) Leyes Interpretativas de la Constitución y Reformas Constitucionales. Si se pretende dictarlas antes del 11 de Marzo (lo que es practicamente imposible), las de Reforma Constitucional deben ser sujetas a plebiscito. Las interpretativas de la Constitución estan sujetas al control del Tribunal Constitucional.

Las Leyes interpretativas de la Constitución y las Reformas ordinarias de la misma requieren los votos de los 3/5 de los miembros en ejercicio de cada Cámara. Las que hemos llamado Reformas "Calificadas" a la Constitución requieren los votos de los 2/3 de los miembros en ejercicio de cada Cámara. Son las que reforman los capítulos I. Bases de la Intitucionalidad; III. (Derechos y deberes Constitucionales); VII. (Tribunal Constitucional); X. (Fuerzas Armadas); XI. (Consejo de Seguridad Nacional); y XIV. (Reformas de la Constitución).

3. EL PROBLEMA DE LOS SENADORES DESIGNADOS.



El preámbulo anterior hace ver en toda su dimensión la magnitud del problema que representan los Senadores designados. En efecto, su número hace variar significativamente los quorum necesarios para aprobar en el Senado las diversas clases de leyes. Si los sectores hoy de oposición (y mañana de apoyo al gobierno) no obtienen 24 senadores (esto es 5 circunscripciones senatoriales en que se obtengan los dos senadores) no se dispondría siquiera de una mayoría simple mínima, necesaria para la aprobación de leyes comunes, y para la elección de Presidente del Senado, que es muy importante dentro del Consejo de Seguridad Nacional.

Para que el problema de los Senadores designados desapareciera por completo, sería preciso que la actual oposición eligiera 31 Senadores, ya que así dispondría en el Senado los 2/3 que permiten incluso las Reformas Calificadas de la Constitución.

A la fecha de escribir este trabajo es imposible vaticinar cual será el número de Senadores elegidos, pero no parece exagerado pensar que puede lograrse un número de 24, suficiente para aprobar leyes comunes y elegir Presidente del Senado.

Es evidente, por otra parte que la determinación de mayorías y minorías en el Senado no es simple cuestión aritmética. Sería más fácil obtener alguna clase de colaboración con el futuro gobierno, si son elegidas, de personas como Soria, Cumsille o Renato Gazmuri

(al menos para ciertas materias) que si son elegidos Eduardo Díaz, Cardemil o Siebert.

¿Qué mecanismos existen para resolver el problema de los Senadores designados? Examinaremos algunos.

a) Una Reforma Constitucional que derechamente los suprima en forma inmediata, o los mantenga con derecho a voz pero no a voto. Es sin duda la solución más limpia e inobjetable. Como no es una Reforma Constitucional "calificada", requeriría una mayoría de los 3/5 de cada Cámara: 72 Diputados y 28 Senadores.

Si no dispone derechamente de 28 Senadores, el gobierno debería entrar a negociar con la Derecha para la aprobación de esta Reforma. Tiene como antecedente favorable el que en las conversaciones de la Democracia Cristiana con Renovación Nacional, fue uno de los puntos en que existió acuerdo (supresión de los Senadores designados, a excepción de los ex-Presidentes de la República). En el programa de Renovación Nacional para la actual campaña (pág. 7) se lee textualmente: "Respecto de la supresión de los Senadores designados y de la integración del Tribunal Constitucional, materias que no fueron incluidas en la Reforma (la que se aprobó en Julio), hubo coincidencias entre Renovación y la Oposición Democrática, quedando pendientes tanto los términos precisos de un eventual proyecto de Reforma, como la oportunidad en que el mismo podría ser impulsado. Renovación Nacional considera, en todo caso que la Constitución debe ser tan estable como sea posible, razon por la cual ninguna

modificación a su texto podría introducirse precipitadamente, sino que cuando las circunstancias políticas, lo aconsejen y ello no implique debilitar o alterar la estabilidad del régimen democrático".

Dicho de otra manera, Renovación Nacional mantiene su compromiso de contribuir a la supresión de los Senadores designados, pero los resguardos que ha agregado a continuación, permiten adivinar que negará su concurso para una Reforma inmediata, si advierte que con ella el futuro gobierno, quedaría con mayoría de 2/3, que le permitiría reformar toda la Constitución. Aduciría seguramente la "inoportunidad" de la Reforma, o el peligro de que a través de ella se pretenda reemplazar íntegramente la Constitución, lo que para ellos sería, "debilitar o alterar la estabilidad del régimen democrático".

Es muy posible también que Renovación Nacional facilite los votos necesarios para la supresión de los Senadores designados, pero condicione su apoyo a un acuerdo formal, conforme al cual las posibles Reformas Constitucionales, futuras se limiten a determinadas materias, al menos durante un lapso prolongado en el futuro. Sólo llegado el momento si se escoge esta vía se podrá concluir si las exigencias puestas por Renovación Nacional en tal caso son aceptables o no, y cual es la cuota de sacrificio que puede hacerse con tal de lograr la eliminación de los Senadores designados.

b) Puede sostenerse la tesis de que es improcedente designar Senadores para el Congreso que se instalará en Marzo 1990. Así se ha afirmado, sobre la base de que el art. 45 de la Constitución (Senadores designados) se encuentra suspendido en su vigencia por la disposición 21<sup>o</sup> transitoria "hasta que entre en funciones el Senado". Luego, hasta esa fecha no sería constitucionalmente posible designar Senadores, y como tales nombramientos deben hacerse "dentro de los 15 días siguientes a la elección de Senadores que corresponda", no sería posible efectuarlas después del 11 de Marzo (el plazo de 15 días después de las elecciones vencería el 29 de Diciembre).

Sin embargo, parece un hecho político que tanto el Presidente de la República como el Consejo de Seguridad (y muy probablemente también la Corte Suprema) no compartirán este punto de vista, y pretenderán hacer uso de su facultad de designación entre el 14 y el 29 de Diciembre.

Frente a esta situación, caben dos posibilidades:

1<sup>o</sup> Se promulga la Ley Orgánica Constitucional sobre el Congreso, con una disposición según la cual el 11 de Marzo se incorporarán al Senado tanto sus miembros elegidos como los designados. Por la naturaleza de esta ley, tendría que ser sometida al dictamen del Tribunal Constitucional, y si este no formulara reparos a su Constitucionalidad, no quedaría recurso jurídico alguno para

impugnar la tésis de que habrá senadores designados ya desde el primer Senado.

Tenemos la impresión, dada la integración del Tribunal Constitucional, de que este aceptará la idea de que los Senadores designados pueden serlo desde este primer período, por su deseo de favorecer al gobierno y amparándose en el argumento por analogía con lo que habría ocurrido si hubiera triunfado el "Si" en el plebiscito, además de que la intención clara del constituyente sería la de que el Senado funcionara desde su inicio con Senadores designados y no sólo después de cuatro años, para lo cual no habría razón lógica alguna.

2o Si la Ley del Congreso nada dispone sobre el punto, correspondería a los tres funcionarios u organismos que designan Senadores (Corte Suprema, Consejo de Seguridad y Presidente de la República), proceder a nombrarlos. En el caso de la Corte Suprema y del Consejo de Seguridad, ellos se limitarían a tomar los acuerdos correspondientes y comunicarlos al Senado. En el caso del Presidente debería designar sus Senadores por Decreto Supremo.

Con respecto a la Corte Suprema y al Consejo de Seguridad, no habría un mecanismo jurídico que permitiera impugnar la constitucionalidad de sus designaciones. El Tribunal Constitucional no está facultado para revisar este aspecto. El art. 82 No 11 le permite pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y

causales de cesación en el cargo de los parlamentarios. Aquí no se trataría de ninguna de estas situaciones, ya que la primera es aplicable a los candidatos a Senador (que aquí no los hay) y las otras dos a Parlamentarios que ya están legítimamente en ejercicio. No hay salida jurídica para esta situación, ya que respecto de los Senadores designados no existe una proclamación oficial de su calidad de tales, como en cambio lo hace el Tribunal Constitucional, respecto de los elegidos por votación.

En el caso del Presidente de la República, podría existir un control jurídico ya que la designación de los Senadores que a él corresponden se hace mediante decreto supremo. De estos decretos debe tomar razón la Contraloría General. Si esta compartiera el criterio de la improcedencia de la designación, devolvería los decretos de nombramiento, objetados por ser contrarios a la Constitución. El Presidente podría entonces aceptar este criterio y no insistir en designar Senadores, o bien pedir al Tribunal Constitucional un pronunciamiento al respecto (art. 82 No 6o). Aquí podría producirse la paradójica situación de que la Contraloría y el Tribunal Constitucional, estimaran contraria a la Constitución la designación de Senadores, y por lo tanto el Presidente de la República no la haría, pero no tienen atribuciones para declarar lo mismo respecto de los designados por la Corte Suprema y el Consejo de Seguridad, de manera que estos sí que podrían ser designados y se incorporarían al Senado.

De modo de que si se desea abrazar esta doctrina y sostener que la designación de Senadores es improcedente por esta vez, sólo cabría anunciarlo publicamente antes de que los Senadores fueran designados (esto es, antes de la elección presidencial) y dirigir nuestro candidato o la directiva de la Concertación sendas comunicaciones, que se harían públicas, a la Corte Suprema, al Consejo de Seguridad y al Presidente de la República, haciendo ver nuestra razones para estimar que la designación es improcedente. No obstante esto tiene un riesgo, ya que si dichas personas u organismos no aceptan tales razones (y es casi seguro, que al menos el Consejo y el Presidente no las aceptarán) y proceden a efectuar su nombramiento, el Presidente recién elegido va a enfrentar un serio conflicto constitucional aun antes de hacerse cargo del poder, conflicto en el cual a la larga se vería obligado a ceder, ya que no existen mecanismos jurídicos que le permitan hacer prevalecer su opinión, ni someter la contienda a otra instancia neutral. Habría que admitir, como una derrota política, la presencia y actuación de un número de Senadores de quienes se ha dicho con anterioridad que no tienen título legítimo para desempeñarse como tales.

Por tales razones, pensamos que no sería conveniente hacer cuestión de este punto dado el clima de inestabilidad política que se crearía, y el tiempo y esfuerzo que consumiría al nuevo gobierno recién elegido.

No obstante, dejamos testimonio de que esta vía existe. Y si el conflicto llega realmente a

darse en caso de que la Contraloría haya tomado razón, sin objeciones, de los decretos de designación de Senadores, hechos por el Presidente, se podría llegar a someter a juicio político al Contralor (art. 48 letra C de la Constitución) y aun al mismo Presidente que hizo las designaciones. Para que la acusación prosperara se necesitaría simple mayoría en la Cámara y mayoría absoluta de miembros en ejercicio en el Senado (caso del Contralor), y mayoría absoluta de los miembros en ejercicio en la Cámara, y 2/3 de los Senadores en ejercicio, en el Senado (caso del Presidente de la República). Sin embargo, a nuestro juicio aun en este caso extremo, el juicio político exitoso no invalidaría por sí sólo los decretos de nombramiento de los Senadores, de los que se tomó razón. Sería necesaria la dictación de una ley expresa para declararlos nulos.

c) Buscar la manera de provocar la renuncia voluntaria de uno o más de los Senadores designados (no existe manera de forzarla directamente, salvo en el caso de que hayan perdido una condición de elegibilidad o incurrido en una causal de inhabilidad). Conforme a la Constitución, las vacantes que se produzcan en los cargos de Senadores designados no se llenan, con lo que el número total de Senadores en ejercicio disminuye, y por lo tanto, también los quorum, según se ha explicado en la tabla precedente.

d) Tratar de conquistar el apoyo, o al menos la abstención (cuando ella influya) de uno o más de los Senadores designados, sea de modo permanente, sea para ciertos proyectos de especial importancia.



La practicabilidad de este recurso dependerá, como es natural de quienes sean las personas designadas.

En principio, parece difícil pensar, que pueda contarse con la colaboración de los cuatro ex-Comandantes en Jefe elegidos por el Consejo de Seguridad, como tampoco con la de los dos Senadores designados por el Presidente de la República. Empero, no siempre será esto tan absoluto. Así, la situación no es la misma si el Senador designado de entre los ex-Rectores, fuera por ejemplo, el General Soto Mackenney, que si fuera Guillermo Clericus. El primero demostró cierta cordura y flexibilidad al frente de la Universidad de Chile; el segundo, una ciega intransigencia en la Universidad de Concepción. Lo mismo en cuanto al Comandante de la Marina o de la Fach. La situación es distinta si el elegido es Matthei (si renuncia a la comandancia), que si es Leigh (impensable) o Ruiz Danyau por la Fach, y Merino si se retira, Neumann o Montero (otro impensable) por la Armada. Dando por sentado, que el General Stange pertenezca en el cargo como lo ha manifestado en Carabineros sólo habría tres elegibles : Ardiles, Huerta y Mendoza. En la Armada y Carabineros, por consiguiente podría entrar a aplicarse la regla del artículo 45, según la cual si sólo existieren tres personas o menos que reúnan la calidad exigida, la designación puede recaer en otra persona que haya desempeñado "Servicios Relevantes" en la institución de que se trate (expresión que la Constitución no especifica más).

Es tal vez más promisorio el cuadro respecto de los tres que son designados por la Corte Suprema. Al respecto, naturalmente, puede hacerse una aproximación previa para lograr un acuerdo en esas designaciones. Si ello no es posible, o no se logra éxito, la Corte deberá designar los siguientes Senadores:

1o Dos ex-Ministros de la Corte Suprema, que hayan desempeñado el cargo durante dos años continuos. La constitución prevee su elección en votaciones sucesivas, de tal modo que si se forman bandos de mayoría y minoría dentro de la Corte, el bando mayoritario designará a los dos Senadores.

Estan en situación de ser elegidos: Eduardo Varas Videla, Enrique Urrutia Manzano, Ramiro Méndez Brañas, Ricardo Martín Díaz, y los retirados este año, en virtud de la "Ley Oferta": Abraham Meersohn Schijman, Octavio Ramírez Miranda, Estanislao Zúñiga Collao, Carlos Letelier Bobadilla, Víctor Manuel Rivas del Canto y Osvaldo Erbetta Vaccaro.

Si la Corte Suprema decide elegir previa conversación o un cierto acuerdo con el nuevo gobierno, designaría ex-Ministros "no confrontacionales" y en ese caso los nombres más probables serían Ricardo Martin, Eduardo Varas, Ramiro Méndez o Víctor Manuel Rivas.

Si en la elección de la Corte Suprema, influye la presión del gobierno que se va, los probables

designados podrían ser Enrique Urrutia, Carlos Letelier u Osvaldo Erbetta.

Si la Corte decide sin acuerdos previos ni influencias del gobierno (lo que es difícil de pensar) una norma de deferencia podría llevarla a designar a sus ex-Presidentes: Enrique Urrutia y Ramiro Méndez, o a los Ministros más antiguos (Varas, Urrutia, Méndez, Rivas). Por razones de salud, serían poco probables Zúñiga y Ramírez. Por su edad muy avanzada, Urrutia y Rivas (este último factor es muy importante si se considera que los Senadores designados que fallezcan o renuncien no pueden ser reemplazados hasta el período siguiente.

En todo caso, salvo el evidente caso de Enrique Urrutia, no parece imposible obtener alguna especie de cooperación, al menos en casos concretos, por parte de esta pareja de Senadores.

2o Un ex-Contralor General de la República, que haya desempeñado el cargo a lo menos por dos años continuos. Actualmente sólo cumplen estos requisitos Héctor Humeres y Enrique Silva Cimma. Los cumpliría también el actual Contralor Osvaldo Iturriaga, si este dejara el cargo. Aún en esa hipótesis, sólo habría tres personas elegibles, por lo cual podrían ser designadas otras personas que hubieran desempeñado "funciones reelevantes" en la Contraloría.

Sin influencias de uno u otro lado (y salvo factores ocultos que nosotros desconozcamos) lo más probable es que la Corte designara a Humeres, o en subsidio, a Iturriaga, si ha renunciado. Es impensable que elija a Silva Cimma.

Si hay presiones del gobierno, se aplicaría la regla del art. 45, y podría ser designado Sergio Fernández (que fue Contralor General, aunque no por dos años) o Hugo Araneda (que fue Sub-Contralor General).

Si hubiera alguna conversación o acuerdo con el Presidente electo, sería necesario proponer a algún buen candidato probablemente entre quienes sirvieron cargos altos en la Contraloría durante los gobiernos anteriores al actual.

Si el designado fuera Fernández, nada hay que hacer. Los otros nombres mencionados no son, a nuestro juicio, enteramente reacios a un entendimiento.

e) Una mayoría adversa en el Senado, que llegue a impedir la existencia de la mayoría simple necesaria para dictar leyes comunes, puede ser, contrarrestada si se dispone de los 2/3 en la Cámara de Diputados (esto es, 80 diputaciones). En efecto, merced al mecanismo previsto en los arts. 65 y siguientes de la Constitución para los casos de desacuerdo entre ambas Cámaras (y que sería largo de detallar aquí, pero ha sido examinado minuciosamente), si se cuenta con los 2/3 en una Cámara (que obviamente sería la de

Diputados) se puede imponer un proyecto de ley a pesar del rechazo de la otra Cámara (el Senado).

Dos limitaciones tiene este expediente:

1o Sólo sirve para la aprobación de leyes comunes. Las otras requieren de todos modos ciertas proporciones de votos de los miembros en ejercicio de cada Cámara.

2o El sistema no funciona si la Derecha (futura oposición) llegara a su vez a controlar los 2/3 del Senado (31 Senadores). Aún considerando 9 Senadores designados, para reunir los 31 votos la Derecha debería tener 22 Senadores elegidos por votación popular, lo que a la fecha de este trabajo parece prácticamente imposible.

4. CONTROL DE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD.

Tanto el ejercicio de la potestad reglamentaria como el despacho de las leyes estan sometidos a control desde diversos angulos y por diversos organismos, segunda instancia de examen que hay que superar, aunque se haya conseguido mayoría para aprobar una ley.

Ese control no es en principio rechazable, ya que es el que impide en un régimen democrático normal que un gobierno que cuente con mayoría parlamentaria se salga de la Constitución y de la Ley. Pero en la situación en que se encontrará el nuevo gobierno, tales mecanismos de control habrán sido estructurados por el gobierno que termina, con un criterio evidentemente político y con el propósito de

obstaculizar las iniciativas del nuevo gobierno, lo que hace necesario buscar la manera de modificar los mecanismos de formación de tales entes, y el reemplazo de sus actuales integrantes ( o los que pueda designar el actual régimen, antes del 11 de Marzo) por personas que den garantía de versación jurídica e imparcialidad política.

a) En materia de decretos supremos, el control de legalidad está entregado a la Contraloría General de la República. Desempeña este cargo actualmente Osvaldo Iturriaga Ruíz, designado por el régimen militar. Es inamovible en su cargo, salvo por juicio político. Su retiro es obligatorio a los 75 años, para lo cual le faltan 10. Si decide retirarse o renunciar antes del 11 de Marzo, la designación de su reemplazante corresponderá al actual Presidente, con acuerdo de la Junta. Si lo hace después de esa fecha lo designará el nuevo Presidente con acuerdo del Senado.

La revisión de la Contraloría respecto de los decretos supremos se ejerce de 2 maneras, según la clase de decretos de que se trate:

1º Tratándose de decretos ordinarios, ejercicio de la postestad reglamentaria, el Contralor puede negarse a tomar razón si los estima contrarios a la ley. En tal caso, el reparo puede salvarse mediante el llamado decreto de insistencia con la firma del Presidente y de todos sus Ministros, caso en el cual el Contralor debe darle curso.

Este obstáculo, por lo tanto, puede ser salvado con los solos recursos del ejecutivo.

2o Cuando se trata de decretos con fuerza de ley; de decretos que promulgan una ley o una reforma constitucional, por apartarse del texto aprobado, o de un decreto o resolución que el Contralor estima contrario a la Constitución (por su contenido), si la Contraloría los repara, no puede haber decreto de existencia, y el Presidente sólo tiene la facultad (no la obligación) de recurrir al Tribunal Constitucional, para que este falle la controversia.

3o No esta claro en la Constitución, si el Tribunal Constitucional puede revisar la constitucionalidad de los decretos supremos aun si no han sido reparados como tales por la Contraloría.

En efecto, el art. 82, que enumera las funciones del Tribunal, señala en su número 6o que este puede revisar la constitucionalidad de un decreto supremo cuando este hubiere sido reparado por inconstitucional en la Contraloría, y en ese caso, sólo a requerimiento del Presidente de la República.

Pero el número 5o del mismo artículo, le confiere la facultad de resolver, los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso de que constitucionalmente corresponda, o dicte un decreto inconstitucional. Esta última frase parecería, en

contradicción con el número siguiente, indicar que el Tribunal Constitucional podría examinar la constitucionalidad (aunque no la simple legalidad) de cualquier decreto supremo, aunque este no hubiere sido reparado por el Contralor. Sin embargo, más adelante, cuando explica los alcances del fallo o resolución del tribunal en esta materia el mismo artículo 82 dispone que "si el tribunal acogiere el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta". Nada dice para el caso de que el reclamo haya sido motivado simplemente por la dictación de un decreto inconstitucional, que es el tercer caso previsto en el Nº 5º. Eso parece dar a entender que los "reclamos" contra un "decreto inconstitucional" a que se refiere el Nº 5º, solo se aplicarían a decretos promulgatorios de leyes, ya que el efecto del reclamo acogido sólo podría ser, según la propia Constitución, la promulgación de la ley que no lo ha sido (que no es el caso) o la promulgación del texto correcto: no hay otra posibilidad.

La cuestión tiene enorme importancia ya que por esta vía el Tribunal Constitucional podría entrar a controlar prácticamente todos los decretos del ejecutivo, aunque no hubieren sido objetados por la Contraloría como inconstitucionales, ni hubiere solicitado el Presidente la intervención del Tribunal. Para que este último pudiera examinar la constitucionalidad de cualquier decreto bastaría (art. 82) con que así lo pidiera una mayoría simple de cualquiera de las dos Cámaras, o la cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de ellas (quorum que con



certeza podrá reunir la Derecha). Es de hacer notar que el art. 48 de la ley 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional, va más allá del texto de la Constitución y confiere a los fallos dictados conforme al número 5o del art. 82 un efecto que la Constitución no les atribuye. En efecto, dicho art. 48 se refiere a la sentencia del Tribunal que, al acoger el reclamo "promulgue la ley; rectifique la promulgación incorrecta, o declare la inconstitucionalidad de un decreto". La Constitución sólo contempla los dos primeros sentidos en que puede pronunciarse el fallo; no considera el tercero.

No hay autoridad u organismo que pudiera sanjar esta discrepancia de criterio: el Presidente de la República podría desconocer la facultad del Tribunal para declarar inconstitucional cualquier decreto, aun no objetado por la Contraloría, y negar fuerza obligatoria al fallo del Tribunal Constitucional. Sería un grave conflicto institucional, la conveniencia de afrontar el cual debería decidirse en la circunstancia misma, tomando en consideración las eventuales reacciones políticas y la importancia del contenido del decreto impugnado.

b) En materia de leyes (y de algunos decretos, como se ha dicho anteriormente) el control de constitucionalidad lo ejerce el Tribunal Constitucional.

Sus miembros son 7, designados en la siguiente forma:

1o 3 Ministros de la Corte Suprema, elegidos por esta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas. Como se ha hecho observar anteriormente, la designación en votaciones "sucesivas" asegura que, en caso de haber tendencias o bandos internos dentro de la Corte Suprema, el bando mayoritario obtendrá los 3 cargos. Los actuales miembros por este grupo, y las respectivas fechas de terminación de su mandato, son los siguientes:

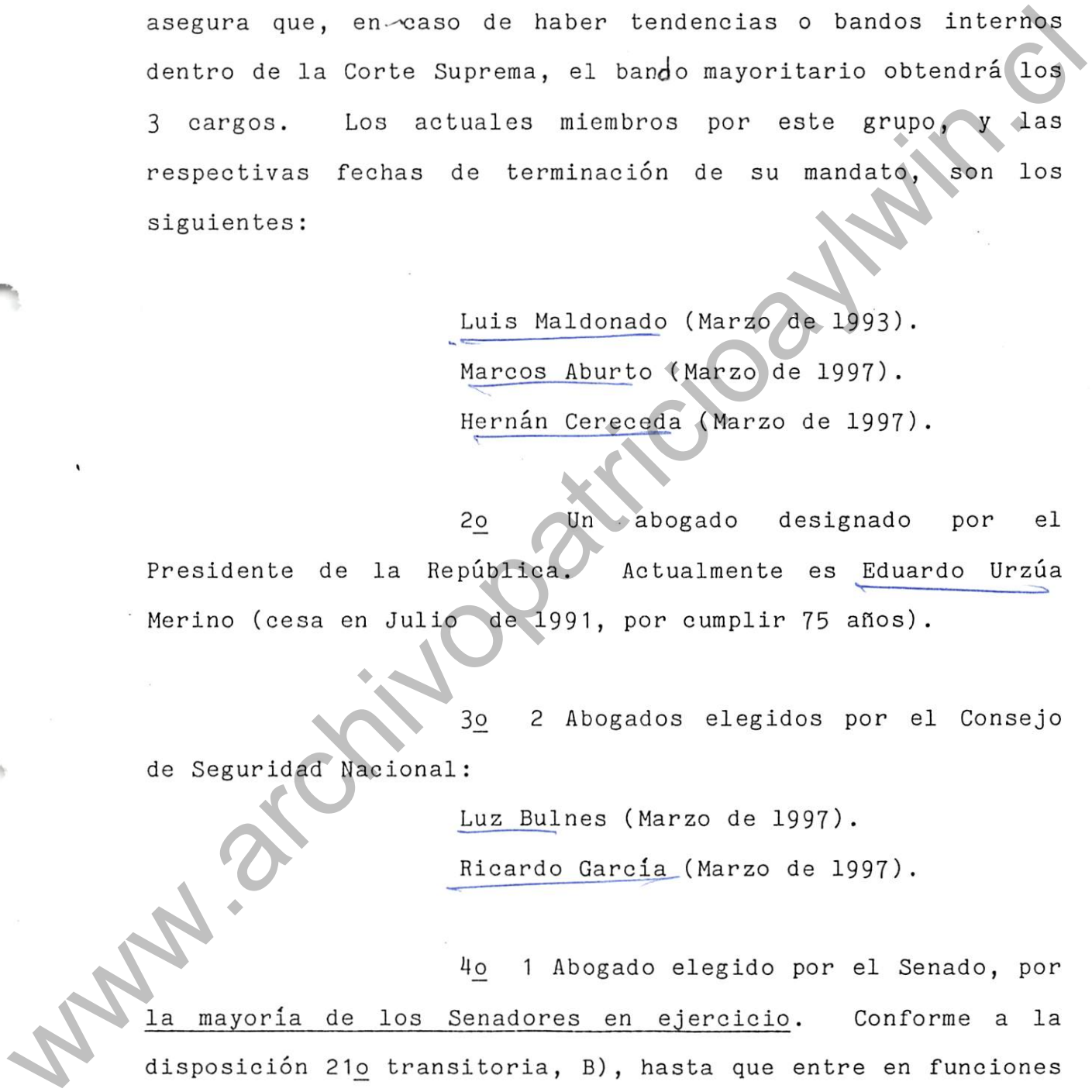
- Luis Maldonado (Marzo de 1993).
- Marcos Aburto (Marzo de 1997).
- Hernán Cereceda (Marzo de 1997).

2o Un abogado designado por el Presidente de la República. Actualmente es Eduardo Urzúa Merino (cesa en Julio de 1991, por cumplir 75 años).

3o 2 Abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional:

- Luz Bulnes (Marzo de 1997).
- Ricardo García (Marzo de 1997).

4o 1 Abogado elegido por el Senado, por la mayoría de los Senadores en ejercicio. Conforme a la disposición 21o transitoria, B), hasta que entre en funciones el Senado (11 de Marzo de 1990) la designación de este integrante la hizo la Junta de Gobierno. Es Manuel Jiménez (termina su período en Marzo de 1997).



El Tribunal Constitucional no tiene una facultad general de pronunciarse sobre todos los problemas o cuestiones de constitucionalidad que se susciten, ni tampoco puede actuar de oficio. Su competencia, sin embargo, es bastante extensa y puede resumirse así:

1o Control obligatorio de Constitucionalidad. Conforme a la Constitución, todas las leyes orgánicas constitucionales y las leyes interpretativas de la constitución deben ser sometidas, antes de su promulgación a la revisión de tribunal constitucional. Dicha revisión se refiere a toda la ley. La decisión no necesita ser fundada, salvo en dos casos:

1) Cuando se trate de leyes interpretativas de la constitución, y

2) Cuando durante la discusión parlamentaria se hubiere suscitado debate respecto de la constitucionalidad de ciertas disposiciones, el fallo del Tribunal deberá ser fundado respecto de esas cuestiones.

2o Control eventual o resolución de conflictos. El Tribunal resuelve las cuestiones sobre constitucionalidad que se presenten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Pero esta atribución sólo la ejerce a petición del Presidente de la República; de cualquiera de las Cámaras, o de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de ellas,

petición que deben ser formulada antes de la promulgación de la ley. Las disposiciones consideradas inconstitucionales no podrán ser incorporadas al proyecto de ley, reforma o tratado.

También resuelve el tribunal sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; de un decreto supremo que se estime inconstitucional (ver más arriba) y de algún decreto dictado por el Presidente de la República cuando este pueda referirse a materias reservadas a la ley conforme al art. 60. En estas situaciones el tribunal no puede actuar de oficio, sino a requerimiento del Presidente de la República; de una de las dos Cámaras, o de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de ellas, según los casos.

3o Otras atribuciones. El tribunal resuelve también sobre las cuestiones suscitadas con motivo de la convocatoria a plebiscito, o cuando el Presidente de la República ha omitido la promulgación de una ley o haya promulgado un texto diverso del aprobado; declara la inconstitucionalidad de movimientos, órganos o partidos políticos y la responsabilidad individual de las personas que realizaron los hechos que llevaron a la declaración de inconstitucionalidad, conforme al art. 15 del No 19 (Partidos Antidemocráticos o Violentistas); informa al Senado previamente a la declaración de impedimento grave del Presidente de la República; resuelve las cuestiones sobre inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de Ministros de Estados y Parlamentarios. El

Tribunal tampoco puede actuar de oficio: en la petición de declarar inconstitucional a un partido y las inhabilidades de los Ministros de Estado para poder ser nombrados o permanecer en su cargo hay acción popular (cualquiera persona puede pedir al tribunal que se pronuncie sobre ellas). En las otras, se exige el requerimiento del Presidente de la República, o de alguna de las Cámaras, o de un cierto número de miembros de esta.

Se comprende fácilmente, la enorme importancia que reviste el tribunal constitucional. Si sus miembros actúan en función de defender la institucionalidad actual y el inmovilismo procurado por el actual régimen, puede constituir un escollo muy difícil de salvar.

Examinaremos a continuación las soluciones que pueden intentarse para resolver el problema que se produciría en caso de que el tribunal adoptara una actitud de obstaculización de la política del nuevo gobierno.

A) Reforma Constitucional. Entendemos que existió también acuerdo con Renovación Nacional para reformar la Constitución y cambiar íntegramente la composición del Tribunal Constitucional, que quedaría formado así:

1o) 3 Ministros de la Corte Suprema, designados por sorteo;

2o) 2 Miembros del Senado designados en una sola votación (sin que se exija la mayoría de los

miembros en ejercicio). La votación única prácticamente asegura uno designado por la mayoría y otro por la minoría del Senado, a menos que el gobierno cuente en él con más de los 2/3;

3o) 2 Miembros designados por el Presidente de la República.

Esta integración aseguraría que al menos 3 de los siete miembros del tribunal (los 2 designados por el Presidente y uno de los nombrados por el Senado) no actuarían con criterio obstruccionista en el tribunal constitucional. En cuanto la designación de Ministros de la Corte Suprema por sorteo, tiene menos inconvenientes que el sistema vigente, pero dada la actual composición de la Corte (Veáse más adelante) y como 13 de los 17 miembros han sido designados por este régimen, es muy probable que en el resultado del sorteo fueren designados Ministros semejantes a los actuales en su pensamiento. Además, se corre el riesgo de que los sorteados no sean los más competentes desde el punto de vista jurídico. En fin, puede tener cierta ventaja la permanencia en el cargo de Maldonado y Cereceda (veáse más abajo capítulo correspondiente a la Corte Suprema).

Tal vez pudiera encontrarse una fórmula intermedia, en el sentido de que los miembros correspondientes a la Corte Suprema serían elegidos en lo sucesivo en una sola votación simultánea, y mientras tanto continuarían en sus cargos los actuales miembros del tribunal

correspondientes a dicha Corte hasta su muerte, renuncia, retiro o expiración del plazo legal.

En principio, parecería que Renovación Nacional debería tener menos resistencia a aprobar esta reforma que en el caso de los Senadores designados, ya que no influye directamente en las mayorías para aprobar leyes, pero teniendo el tribunal constitucional un poder de control tan amplio, es también posible que se invoquen pretextos para evadir el compromiso adquirido o postergarlo indefinidamente, con la excusa de inoportunidad de la Reforma o que se pida un precio político por ello.

Huelga decir que para que esta Reforma fuera eficaz sería preciso especificar que ella acarrea la cesación inmediata en los cargos de quienes actualmente los desempeñan (con la posible excepción de los miembros de la Corte Suprema, mencionada más arriba) y la provisión de los mismos conforme a las nuevas disposiciones constitucionales.

B) Cambio en las personas que integran el tribunal, sin alterar su estructura.

No son alentadoras las perspectivas, en cuanto a cesación (voluntaria o forzada) de los actuales miembros en sus cargos, dejando aparte las especulaciones sobre fallecimiento o enfermedad incapacitante, que no son previsibles.

Por la vía de la simple expiración de funciones, la vacancia más próxima sería la de Eduardo Urzúa, en Julio de 1991, por cumplir la edad de retiro forzoso. Pero esa fecha es demasiado lejana, ya que significaría que durante un año y medio del próximo gobierno el tribunal mantendría intacta su integración actual. Llegado el caso, sin embargo, esta vacante sería la que corresponde llenar por el Presidente de la República. Si se llega a un entendimiento con la Corte Suprema ya existiría una mayoría no obstruccionista de cuatro votos en siete.

Las dos vacantes siguientes afectarían a Luis Maldonado y Marcos Aburto. Sus períodos expiran en Marzo de 1993, cuando sólo restará 1 año al nuevo gobierno. Además, los dos serían reemplazados por la Corte Suprema, donde la mayoría ha sido designada bajo el gobierno actual (salvo que para entonces se hubiere innovado en la estructura e integración de la Corte Suprema).

Está dentro de lo posible que por razones de edad o de salud, Maldonado y Urzúa renuncien a sus cargos antes de la expiración de sus respectivos períodos. Si fuera este último, ello podría alterar el predominio del continuismo en el tribunal, como se ha hecho ver más arriba.

En el caso de los 3 miembros correspondientes a la Corte Suprema, ellos dejan de ser miembros del Tribunal Constitucional, si pierden la calidad de Ministro de dicha Corte. Por razones de salud, ello podría ocurrir, según lo actualmente previsible, con Maldonado, aquejado de una seria



afección a la vista. En todo caso, y en calidad de miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, los 3 podrían ser acusados y destituidos en juicio político, por "notable abandono de sus deberes". Para ello sería necesaria simple mayoría en la Cámara y mayoría absoluta de miembros en ejercicio en el Senado. En fin, para que este método resultara útil, sería preciso asegurarse de que los miembros que reemplazaran a los destituidos fueran mejores que estos, dificultad a la que también nos hemos referido precedentemente, mientras no cambie la composición de la Corte Suprema.

Si llega a producirse una vacante respecto del miembro del Tribunal designado por el Presidente de la República (Urzúa) corresponderá al nuevo Presidente designar su reemplazante. Ello sería decisivo si se pudiera contar con la colaboración o independencia de los tres miembros de la Corte Suprema, ya que se produciría una mayoría de cuatro votos en siete.

Si la vacante se produce respecto del miembro del tribunal que es designado por el Senado (Jiménez) debe recordarse que su reemplazante será nombrado por la mayoría absoluta de miembros en ejercicio de dicha rama del Congreso, donde vale todo lo ya dicho respecto del Senado y sus eventuales mayorías. En suma: en estos momentos no hay seguridad de que se pudiera contar con él.

Por fin, si las vacantes se producen respecto de los miembros que designe el Consejo de Seguridad Nacional,

es este mismo organismo quien deben designar sus reemplazantes. El Consejo de Seguridad (más adelante nos referimos a sus funciones) esta actualmente integrado por el Presidente de la República, los Miembros de la Junta de Gobierno, el Presidente del Consejo de Estado y el Presidente de la Corte Suprema (disposición vigésima quinta transitoria). Se trata, por lo tanto, de un organismo de siete integrantes que conforme al texto constitucional, sus acuerdos por mayoría absoluta, de los miembros en ejercicio con derecho a voto. Esto es, siempre se necesitarán Cuatro votos conformes.

Pero a partir del 11 de Marzo de 1990 el asiento correspondiente al Presidente de la República será desempeñado por Patricio Aylwin. Cesará también en su cargo el Presidente del Consejo de Estado, organismo que desaparecerá, y tomará su lugar el Presidente del Senado, cuya identidad e inclinación política se ignoran, ya que será designado por el Senado mismo (veáse lo dicho más arriba sobre mayorías en ese cuerpo). Se mantendrá el Presidente de la Corte Suprema (Maldonado) y se integrará el Contador General. De este último (Iturriaga) no se sabe si se retirará voluntariamente de su cargo: en todo caso, tiene derecho a permanecer en el Consejo de Seguridad mientras sea Contralor. En cuanto a los Comandantes, han manifestado su intención de conservar su cargo Pinochet, por el ejército, Stange, por Carabineros. Tenemos la impresión de que también Matthei desea conservar la comandancia. Merino en cambio ha reiterado su intención de retirarse, mientras no lo haga no puede tenerse por seguro.

*Oyler  
Maldonado  
Matthei  
Stange  
Iturriaga*

*Pinochet  
Des. Secedo & 2  
Merino*

De este modo, si puede lograrse un acuerdo entre los 4 miembros civiles (Presidente de la República, del Senado y de la Corte Suprema, y Contralor General) aunque los cuatro votos militares se uniformaran en otro bando, sería forzoso llegar a un acuerdo, ya que ambas facciones se bloquearían mutuamente y ninguno podría reunir una mayoría de 5 que impusiera la elección de un candidato determinado. Mientras esa situación subsistiera, la o las vacantes correspondientes a miembros designados por el Consejo, continuarían en tal calidad. El Tribunal Constitucional, por lo tanto quedaría temporalmente reducido a 5 o 6 miembros, los cuales sin embargo son suficientes para sesionar, conforme al art. 81 de la Constitución. Los acuerdos se toman por simple mayoría (3 en 5 o 4 en 6). En caso de empate (3 a 3) , el art. 80, letra f de la ley 17.997, orgánica del Tribunal Constitucional, otorga voto de calidad para dirimirlo al Presidente (en la actualidad lo es Maldonado).

Reviste mucha importancia quien sea Presidente del Senado, ya que si es un continuista incondicional, se sumará a los votos uniformados y dará la mayoría de 5 requerida. Tanto Maldonado como Iturriaga, no pueden considerarse incondicionales del actual régimen y creemos posible obtener su cooperación, al menos para impedir una designación políticamente motivada que pudiera ser reespaldada, por los Comandantes, (como ocurrió recientemente, en que se impidió la elección de Ambrosio Rodríguez como miembro del Tribunal, en reemplazo de Enrique

Ortúzar; se nombró en cambio a Ricardo García, que si bien pertenece al régimen y ha tenido cargos de gobierno, es en lo personal menos extremistas que Rodríguez).

Por otro lado, no debe pensarse que Stange, se alínea incondicionalmente con Pinochet en toda circunstancia, dada su personalidad y algunas de sus declaraciones públicas, y el hecho de que en el Consejo Pinochet será su igual, habiendo dejado de ser Presidente de la República.

C) Creación de una instancia paralela de examen constitucional. Si fracasa el acuerdo para una Reforma Constitucional sobre la composición del Tribunal Constitucional; si no se producen alteraciones en cuanto a la identidad de las personas que lo componen, y se advierte que a través de sus fallos se intentará bloquear leyes o decretos del nuevo gobierno, consideramos aconsejable la creación por ley (ley común) de un organismo consultivo que ejercería un control o examen de constitucionalidad preventivo sobre los proyectos de leyes en tramitación o ya despachados, antes de su promulgación. Algunos constitucionalistas piensan que hasta podría hacerse por reglamento o decreto supremo, pero opinamos que si es posible tener mayoría para la dictación de una ley común, es preferible hacerlo por ley. Para su integración, varias fórmulas son posibles: por ejemplo, 3 miembros designados por el Presidente de la República; 2 por el Senado; 2 por la Cámara de Diputados y 2 por la Corte Suprema (9 miembros en total). Los designados por el Senado, la Cámara y la Corte Suprema deberían serlo en una sola votación, lo que daría representación a las minorías. De

op

todos modos, y aún suponiendo continuistas a uno de los designados por cada Cámara, y a los 2 de la Corte Suprema, habría una mayoría no continuista de 5 a 4.

Los designados o elegidos deberían desempeñar o haber desempeñado en cualquier tiempo las cátedras de derecho constitucional o administrativo en cualquiera de las Universidades tradicionales (las no sujetas al sistema de "Universidades madrinas") o señalarseles cualquiera otra condición que asegurara su alta competencia jurídica, no su experiencia política, precisamente para contrastar, la composición o inclinación política del Tribunal Constitucional.

Este organismo (al que podría denominarse Consejo Consultivo Constitucional u otro nombre semejante):

1<sup>o</sup> Emitiría su opinión sobre la constitucionalidad de las leyes o decretos durante su tramitación, o en todo caso antes de su promulgación;

2<sup>o</sup> Lo haría a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las ramas del Congreso, y

3<sup>o</sup> Lo más importante, su parecer tendría sólo carácter consultivo o informativo: no tendría validez jurídica obligatoria. Si se pretendiera darle un valor obligatorio, creemos que sería inconstitucional, ya que invadiría funciones o atribuciones que la constitución entrega actualmente al Tribunal Constitucional.

Si bien es indudable que esto último les restaría una inmediata eficacia política, no hay duda de que representa una ventaja enorme que ese Consejo Consultivo, integrado todo por prestigiados juristas examine todas las cuestiones constitucionales que se hayan suscitado o se adivine que el Tribunal Constitucional pueda querer objetar. Si dicho Consejo debate esas cuestiones; concluye en favor de la constitucionalidad de la ley, y su fallo está sólidamente fundado, y se hace público, es evidente, que será mucho más difícil para el Tribunal Constitucional fundamentar seriamente una tésis contraria. Y si sus fallos son repetidamente contrarios al parecer del Consejo, quedará en evidencia que está cumpliendo sus funciones con criterio político y no técnico.

C) Corte Suprema. La Corte Suprema conserva la facultad de declarar inaplicable un precepto legal contrario a la Constitución, con las siguientes limitaciones:

1<sup>o</sup> Debe existir una causa pendiente, ante la propia Corte Suprema o ante otro Tribunal;

2<sup>o</sup> La Corte no puede declarar inconstitucional una ley o un precepto en relación con aquellos aspectos que el Tribunal Constitucional haya declarado anteriormente conformes a la constitución. Esto parecería excluir los casos más probables y numerosos de dudas sobre constitucionalidad, ya que estos seguramente habrán sido planteados antes al Tribunal Constitucional. A

este propósito, el control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional, conforme a los números 2º a 6º del art. 82, se refiere siempre a cuestiones específicas, las que no podrán volver a ser examinadas por la Corte Suprema. Pero en el número 1º del art. 82 se establece un examen general de constitucionalidad respecto del contenido íntegro de una ley, aunque no se haya suscitado ninguna cuestión de constitucionalidad durante su discusión. En tales casos, la aprobación del Tribunal Constitucional ¿Significará que la Corte Suprema no podrá entrar a examinar la Constitucionalidad de ninguna parte de dicha ley? A nuestro juicio, la limitación de la Corte Suprema, sólo se extendería a aquellos aspectos que hubieren sido objeto específico de discusión en el Tribunal Constitucional, según se refleje en su fallo o dictamen, ya que respecto de los demás no ha existido un pronunciamiento explícito y razonado sobre un precepto legal concreto.

3º El fallo de la Corte, si estima que el precepto en cuestión es inconstitucional, sólo tiene como consecuencia que resulte inaplicable para el caso particular en que se suscitó: no deroga ni anula la ley en términos generales, aunque en la práctica es obvio que los tribunales dejarán de aplicar ese precepto en otros casos.

Por todas estas razones, estimamos que el Control de institucionalidad por parte de la Corte Suprema no será fuente de conflictos políticos, y quedará en la práctica reducido a los casos en que ciudadanos particulares,

se sientan lesionados en sus derechos constitucionales, en causas no políticas.

D.) Consejo de Seguridad Nacional. Este organismo no ejerce propiamente un control constitucional ni legal: su control es más bien político. Es la manera que el régimen ideó para otorgar a las Fuerzas Armadas y Carabineros una vigilancia permanente sobre el gobierno civil, y preparar el camino para el golpe de estado si sus opiniones no son seguidas o escuchadas por el gobierno o el Congreso. Siempre existirá en esa eventualidad la excusa de decir: "Hicimos lo posible por evitar una solución de fuerza; dimos a conocer nuestra opinión y no fuimos escuchados; el patriotismo y el deber de garantizar el orden institucional nos obligaron a hacer uso legítimo de la fuerza".

El capítulo XI de la Constitución reglamenta la existencia y funciones del Consejo de Seguridad Nacional y es uno de los capítulos que no puede ser modificado sin el voto de los 2/3 de los miembros en ejercicio de cada Cámara.

Sin duda, la función más importante de este Consejo, y que en el fondo motivó su creación, es la que establece el art. 96 letra b: "Hacer presente al Presidente de la República al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a un hecho, acto o materia que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional". Esta atribución está complementada por la de la letra d) del mismo artículo, conforme a la cual el Consejo



X puede "recabar de las autoridades y funcionarios de la administración todos los antecedentes relacionados con la seguridad exterior e interior del estado". En tal caso, agrega el artículo, el requerido estará obligado a proporcionarlos, y su negativa será sancionada en la forma que establezca la ley.

Las demás funciones del Consejo son: a) Asesorar al Presidente de la República en cualquiera materia vinculada a la seguridad nacional, en que este lo solicite, lo que no plantea ningún problema político; b) Informar, previamente, sobre la dotación de fuerzas de aire, mar y tierra; salida de tropas al exterior e ingreso de tropas extranjeras, lo que tampoco parece plantear cuestiones políticas importantes en lo inmediato, aparte de que el Informe del Consejo no es obligatorio para el Presidente de la República, y c) Ejercer las demás atribuciones, que esta Constitución le encomienda.

Esto último parece indicar que no podrían encomendarse otras funciones al Consejo por simple ley, ya que no se ha utilizado la fórmula habitual "que la constitución y las leyes le encomienden", sino sólo la Constitución.

Estas funciones son:

1o El Presidente de la República y el Congreso deben escuchar al Consejo antes de la declaración de

Guerra autorizada por ley (art. 32 No 21) (aunque sin estar obligados a seguir su parecer);

2o Prestar su acuerdo para remover, a iniciativa del Presidente de la República, a los Comandantes en Jefe del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y al Director General de Carabineros " en casos calificados " (no se dice por qué motivos ni a juicio de quien) (art. 31 No 18 y 93 inciso 2o). En estos casos el acuerdo es obligatorio, esto es, si el Consejo no presta su acuerdo, el Comandante respectivo no puede ser removido.

3o Prestar su acuerdo (también obligatorio) para:

A) Declarar el Estado de Asamblea en caso de guerra externa (art. 40 No 1o);

B) Aplicar el Estado de sitio en forma inmediata mientras el Congreso se pronuncia sobre la proposición presidencial.

C) Declarar el Estado de emergencia.

D) Declarar el Estado de catástrofe en caso de calamidad pública;

4o Designar cuatro senadores ex-Comandantes en Jefe del Ejército, Armada y Fuerza Aérea y ex Director General de Carabineros

5<sup>o</sup> Designar 2 abogados como miembros del Tribunal Constitucional.

6<sup>o</sup> Calificar (obligatoriamente) la situación de guerra o peligro de guerra que faculte al Banco Central para obtener, otorgar o financiar créditos al estado o entidades públicas o privadas y

7<sup>o</sup> Diversas facultades durante la vigencia de las disposiciones transitorias, que dejarán de tener importancia al terminar estas el 11 de Marzo de 1990.

Es de presumir que las atribuciones del Consejo en materia de contingente de tropas, declaración de guerra y estados de excepción, no suscitarán mayores conflictos en un futuro inmediato.

Las atribuciones que si tienen una actual alcance político son:

1<sup>o</sup> Su atribución, absolutamente desproporcionada, para designar dos integrantes del Tribunal Constitucional y sus reemplazantes, y 4 Senadores no elegidos por voto popular;

2<sup>o</sup> La necesidad de contar con su consentimiento para remover "en casos calificados" a los Comandantes en Jefes y

3o Su facultad de "hacer presente" su opinión (o sea, expresar un parecer político) respecto de cualquier hecho, acto o materia, "que a su juicio" atente gravemente contra las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional. Esto es especialmente grave en lo que se refiere al Tribunal Constitucional, ya que este es (teóricamente al menos) un organismo puramente jurídico, cuya misión es la de determinar la constitucionalidad de determinadas disposiciones legales. Que el Consejo pueda hacerle presente al Tribunal su opinión respecto del alcance político de las disposiciones llamadas a ser calificadas por el Tribunal, es presionar a este para que se decida en favor de la inconstitucionalidad por razones políticas o de conveniencia; no de estricta juridicidad. Ello es tanto más serio si se considera que 2 miembros de ese tribunal han sido designados por el Consejo, y por lo tanto, debe suponerseles especialmente sensibles a las "opiniones" de este.

¿Cómo puede neutralizarse la enorme influencia política del Consejo de Seguridad? Examinaremos alternativas:

1o) Una Reforma Constitucional Calificada, (esto es por los 2/3 de miembros en ejercicio de cada Cámara) para modificar su composición y atribuciones. Ignoramos si existe al presente algún acuerdo con Renovación Nacional al respecto, o si se contaría con mayoría parlamentaria para esta aprobación. Si se cuenta con ella, por cierto que el problema (legalmente) está resuelto.

Analizaremos otras alternativas para el caso de que este acuerdo no se obtenga.

2o) Tiene gran importancia la alteración de la composición del Consejo acordada en la última Reforma Constitucional. Sus miembros con derecho a voto son ahora 8: El Presidente de la República (en Marzo Aylwin); el Presidente del Senado (cuya identidad e ideas políticas no se conocen por ahora); el Presidente de la Corte Suprema (Maldonado); el Contralor General de la República (Iturriaga); y los Comandantes en Jefe (Pinochet y Stange, que se saben permanecerán; Matthei, que probablemente también decidirá quedarse, y el sucesor de Merino, que se ignora, o bien este mismo, si cambia de parecer y se queda).

Tanto para sesionar como para tomar acuerdos, el art. 95 exige mayoría absoluta de miembros en ejercicio, esto es, 5 personas habilitadas para votar. Esto significa que si los cuatro miembros civiles votan en un mismo sentido, pueden bloquear cualquier acuerdo que los 4 uniformados deseen imponer. Si consiguen además ganar un voto uniformado (el más probable podría ser Stange) pueden prevalecer sobre los otros 3 uniformados. El efecto de bloqueo también se consigue aunque no se cuente con uno de los votos civiles, pero si se cuenta con el voto ocasional o permanente de un uniformado.

Se desprende de esto la enorme importancia que tiene la determinación de quien sea Presidente del Senado y quien sea Contralor General, y el

alcanzar alguna especie de entendimiento con el Presidente de la Corte Suprema.

3o) La Constitución no contempla la dictación de una ley orgánica constitucional, y ni siquiera de una ley común, para regular el funcionamiento del Consejo, y lo deja entregado a un simple reglamento interno dictado por el propio Consejo (art. 96, inciso final). Ahora bien, dentro de la jerarquía de las normas legales, ese reglamento no puede ser contrario a la ley (ni, obviamente, a la propia constitución. Por lo tanto, una ley común (siempre que no sea contraria a la constitución) puede reglamentar el funcionamiento de Consejo (salvo que el Tribunal Constitucional estimara que no puede dictarse una ley sobre el particular, ya que la Constitución ha entregado esta materia al reglamento, y el art. 60 no la incluye entre las que son materias de ley. Pero ello equivaldría a elevar el Reglamento a la categoría de verdadera ley).

El actual reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Seguridad Nacional (Diario Oficial del 11 de Mayo de 1988) debe entenderse a nuestro juicio tácitamente modificado, por la Reforma Constitucional de Julio de 1989, ya que en su art. 1o sólo señala como integrantes del mismo a las 7 personas que el anterior texto constitucional indicaba, y en su art. 19 prescribe que el reglamento podrá modificarse con el voto conforme de 4 de sus miembros (que entonces eran mayoría, pero ahora no lo son). Pero no debe entenderse modificado el art. 5o, que, repitiendo el texto constitucional, se refiere a "la mayoría

absoluta de miembros con derecho a voto", concepto que es igualmente aplicable cualquiera que sea el número de integrantes del organismo (era de 4 cuando los miembros eran 7; es de 5 ahora que son 8; podría ser de 6 si posteriormente los miembros aumentaran a 11).

Para la destitución de un Comandante en Jefe, ni la constitución, ni el reglamento dicen nada acerca de la inhabilidad de este para votar en esa materia que lo afecta personalmente. No obstante, aunque se le estimara inhabilitado, siempre tendría el carácter de miembro del Consejo con derecho a voto (en todas las demás materias) y por lo tanto, igualmente sería necesario reunir una mayoría de 5 miembros votantes para probar la destitución. Para usar esta vía de remoción de un Comandante, resultaría imperativo, por lo tanto, contar con los votos civiles y al menos con uno de los votos uniformados.

La destitución de un Comandante en Jefe puede lograrse también, sin necesidad de acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por la vía del juicio político, materia sobre la cual volvemos al final de este trabajo. Para ello hay que reunir, simple mayoría de miembros presentes en la Cámara de Diputados y mayoría absoluta de miembros en ejercicio en el Senado.

40) Conforme al art. 96, los acuerdos u opiniones de aquellos que el Consejo envía al Presidente, al Congreso o al Tribunal Constitucional sobre los hechos, actos o materias que a su juicio atenten gravemente contra las

bases de la institucionalidad o puedan comprometer la seguridad nacional, "serán públicos o reservados, según lo determine para cada caso particular el Consejo". El art. 60 del Reglamento repite aproximadamente esta misma regla: Será en definitiva el propio Consejo (por su mayoría indispensable de 5 miembros) el que determine si los acuerdos serán públicos o reservados, y si son públicos, en que forma se difundirán.

No obstante, parece claro que esta regla es valedera, sólo para el Consejo mismo, pero no para el destinatario de su acuerdo u opinión. El que la recibe (Presidente de la República, Congreso o Tribunal Constitucional) será libre de hacerla pública a su voluntad. En el caso del Congreso, estimamos que cada Cámara, al tomar conocimiento de la comunicación del Consejo, puede hacerla pública si lo desea. Lo mismo vale para el Presidente de la República y para el Tribunal Constitucional, aunque en este último probablemente, no se contará con mayoría desde un comienzo.

Esta observación tiene por objeto mostrar que si el Consejo de Seguridad se divide en sus votaciones (como suele ocurrir actualmente en la Corte Marcial) entre los votos uniformados y los civiles, es aconsejable que esta situación se haga pública, para poner de manifiesto que los representantes uniformados actúan con criterio político y no realmente de seguridad nacional y que en caso de estar proyectando un golpe de estado, no habrán contado previamente con el asentimiento de las cabezas más importantes de la civilidad (Presidente de la República, del



Senado, de la Corte Suprema, Contralor General). Recuérdese que una de las justificaciones del golpe de 1973 fue el respaldo anticipado que según las Fuerzas Armadas le había sido dado por la representaciones de la Contraloría, y los acuerdos de la Cámara y de la Corte Suprema haciendo ver el quebrantamiento de la ley por parte del gobierno de Allende. Eso no podría invocarse si en las resoluciones del Consejo de Seguridad las autoridades máximas de esas instituciones no han acompañado en sus planteamientos a los Jefes Militares. Para estos efectos, los arts. 17 y 18 del reglamento, autorizan a los miembros del Consejo para fundamentar sus votos y para pedir que se deje testimonio en actas de sus opiniones discrepantes de los acuerdos adoptados. Habría que hacer uso de esta facultad en todo caso.

#### 5. Problemas Específicos.

a) ¿Puede funcionar el Congreso entre el 11 de Marzo y el 21 de Mayo de 1990? Desde luego, tendría que ser objeto de convocatoria a legislatura extraordinaria, sea por el Presidente de la República o por sí mismo si no lo estuviera por aquel, según los arts. 51 y 52.

Se ha insinuado por algunos que la legislatura extraordinaria no sería posible entre el 11 de Marzo y el 21 de Mayo de 1990, ya que la constitución sólo la permite "durante el receso parlamentario" y se entendería por "receso" sólo el período entre dos legislaturas ordinarias. Como al 11 de Marzo de 1990 no va ha haber precedido, ninguna legislatura ordinaria, no se trataría de un "receso": sólo lo habría a partir de 18 de Septiembre de 1990.

Si la ley orgánica constitucional del Congreso, llega a referirse al punto, tendrá que haber al respecto un pronunciamiento del tribunal constitucional. Lo absurdo de la tesis sostenida hace difícil pensar que pese a la tendencia política de ese tribunal, vaya a llegar a la conclusión de que el Congreso no puede legislar durante más de 2 meses, ni ordinaria ni extraordinariamente, con lo que no se podrían dictar leyes de ninguna clase durante ese período. Esto es, habiendo dejado de existir la Junta, y no pudiendo legislar el Congreso hasta el 21 de Mayo, el país no tendría poder legislativo durante ese lapso.

No creemos que esta tesis deba ocuparnos mayor extensión en rebatirla, ni que llegue a plantearse seriamente en la práctica.

b) Lugar de funcionamiento del Congreso.  
Como es sabido, existe una ley que establece el funcionamiento del Congreso en Valparaíso. Se trata, conforme al art. 60 No 17, de una materia que necesariamente debe regularse por ley, pero no es ley orgánica, ni de quorum calificado. No se ha dictado una ley que señale donde debe residir el Presidente de la República, ni donde debe funcionar la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, materias que también deben ser reguladas por ley, conforme a la misma disposición. El actual art. 94 del Código Orgánico de Tribunales, dispone que "la Corte Suprema tendrá su sede en la capital de la República. "No obstante, no hay tampoco una ley que en términos generales señale que Santiago es la Capital de la República. El Reglamento de funcionamiento del

Consejo de Seguridad (que no es ley) dispone en su art. 30 que "el Consejo tendrá su Sede en la ciudad donde deba residir el Presidente de la República". Pero tampoco hay hasta ahora una ley que determine la ciudad de residencia del Presidente de la República.

Se ha puesto en duda la constitucionalidad de la ley que estableció el funcionamiento del Congreso en Valparaíso, ya que el art. 60 No 17 se refiere a las leyes "que señalen la ciudad en que debe residir el Presidente de la República, celebrar sus sesiones el Congreso Nacional, funcionar la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional" texto que da a entender que debe ser una sola y misma ciudad aquella en que tengan asiento los 3 poderes del estado y el tribunal constitucional. La ley que determinó el funcionamiento del Congreso en Valparaíso fue ley común, y por lo tanto, no pasó por el control del Tribunal Constitucional.

En el momento de redactar este trabajo, se ha presentado a la Corte Suprema un Recurso de Inaplicabilidad de la ley de funcionamiento del Congreso en Valparaíso, sobre la base indicada. Si la Corte Suprema decide entrar al fondo del asunto (ya que bien puede desechar el recurso, por razones formales o procesales, para no fallar el fondo) puede declarar la inconstitucionalidad (lo que estimamos altamente improbable durante este período) o bien decidir que no es inconstitucional (esto es, que la constitución no hace obligatorio que los poderes del estado residan todos en una misma ciudad). El problema de constitucionalidad queda así

zanjado, pero el hecho de que la ley sea considerada constitucional, no significa que no pueda ser derogada.

Queda así planteado un delicado problema político en relación con la 5a. Región. No está en juego, obviamente, un problema de principios, ni de política fundamental, pero sí de conveniencia práctica. Personalmente, estimamos inconveniente, que el Congreso funcione separado del ejecutivo, ya que ambos tienen la calidad de co-legisladores, y de hecho la iniciativa para legislar en materias de mucha importancia y durante la mayor parte del año, pertenece exclusivamente al Presidente de la República. Además, está claro que la iniciativa del actual régimen para trasladar el Congreso a Valparaíso, no fue el fruto de ningún estudio acucioso y técnico, sino un simple gesto destinado a generar simpatías políticas en Valparaíso, promulgada cuando no había Congreso en funciones que pudiera decidir, ser consultado o protestar.

Si el futuro Presidente estima que no se trata de una cuestión tan importante que justifique la distracción de esfuerzos políticos en los comienzos del gobierno y prefiere dejar las cosas como estan, al menos por el momento el resto de este comentario es superfluo.

No obstante, si se piensa que el Congreso puede funcionar junto al Ejecutivo en Santiago, sería preciso dictar una ley para ello. Y si se quiere dictarla antes del 21 de Mayo de 1990, tendría que ser de iniciativa

presidencial, ya que se trataría de legislatura extraordinaria. Ello provocaría:

1o Resistencias dentro de los propios parlamentarios de gobierno, especialmente los de la 5a. Región, que se han comprometido publicamente, a mantener el Congreso en Valparaíso. No sería políticamente conveniente ofrecer el espectáculo de una división interna tan pronto después de asumir el gobierno;

2o Cualquiera que fuera su real pensamiento frente a la idea, no cabe duda, de que por el solo hecho de ser una iniciativa presidencial que encuentra oposición en su propio bando, los parlamentarios y partidos de derecha combatirían la iniciativa y aparecerían como los campeones de los intereses de Valparaíso, frente al "centralismo santiaguino".

Sin embargo, por otra parte resulta inobjetable que el derecho a decidir donde va a funcionar reside esencialmente en el propio Congreso, a través de la dictación de la ley respectiva.

¿Cómo resolver este problema, secundario pero perturbador? A nuestro juicio, podría aprovecharse el hecho indudable de que en Marzo el edificio del Congreso no va a estar enteramente habilitado para su funcionamiento ordinario, y apenas si en precarias condiciones para la constitución del Congreso y la ceremonia de transmisión del

mando. Para encontrar una solución intermedia, podría entonces dictarse una ley que dispusiera aproximadamente así:

"En tanto no se encuentre totalmente habilitado el edificio que se construye en Valparaíso, el Congreso Nacional, funcionará provisionalmente en la ciudad de Santiago.

"El Congreso se instalará definitivamente en Valparaíso, conforme a la ley No ..... cuando tales instalaciones se encuentren debidamente terminadas y un decreto supremo lo señale así, previa consulta a los Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado".

Con este sistema, puede decidirse más adelante, y según el deseo de los Parlamentarios, la conveniencia o el momento del traslado a Valparaíso. Puede también pensarse en variantes de este esquema, como por ejemplo dejar entregada la decisión de traslado definitivo a un acuerdo de ambas ramas del Congreso, en vez de un decreto del Presidente de la República, para sí dar énfasis al principio de que el propio Congreso debe decidir acerca de su traslado. En todo caso, la idea central es la expuesta más arriba.

c) Limitaciones a las atribuciones del Congreso. No hay una disposición constitucional que prescriba derechamente que deba dictarse una ley orgánica constitucional relativa al funcionamiento del Congreso, pero

los artículos 48 y 71 hacen referencia a "la ley orgánica constitucional relativa al Congreso", de lo que se infiere la necesidad de su existencia. Se sabe igualmente que existe un proyecto sobre el particular, cuyo texto exacto y completo no conocemos.

La disposición de dicho proyecto que ha suscitado más alarma es la que limitaría la competencia de un Congreso para el juicio político a las personas y a los actos posteriores a su instalación. A nuestro juicio, ello sería inconstitucional por razones muy evidentes que los constitucionalistas han expuesto: bajo la forma de una ley orgánica sería en realidad una verdadera reforma constitucional. No sabemos todavía si esta iniciativa será aceptada por la Junta: si lo es, deberá pasar obligatoriamente por el control del tribunal constitucional. Si este la objeta, ello significaría el fin de la iniciativa; si no la objetara, sólo podría dejarse posteriormente sin efecto mediante otra ley orgánica constitucional, sobre lo cual vale lo comentado en capítulos precedentes. Sin embargo, nos parece que el juicio político puede tener más utilidad como herramienta para remover a las personas que permanezcan en los cargos actuales que como instrumento de sanción para hechos pasados, por lo cual en nuestra opinión esa iniciativa, de ser aprobada, no tendría una trascendencia decisiva.

Mayor gravedad pueden tener las disposiciones de dicha ley que limiten las atribuciones de las ramas del Congreso para establecer sus propios reglamentos internos.

Ignoramos la medida en que el proyecto de ley que se apruebe en definitiva se introduzca en este terreno. Si lo hace, y salva el obstáculo de la revisión por el Tribunal Constitucional, no quedaría otra vía para deshacer estas trabas, que la modificación de la ley orgánica constitucional. Sin embargo, como se trata de las atribuciones del propio Congreso, es probable que pudiera producirse con facilidad un acuerdo político entre gobierno y oposición para aprobar de común acuerdo los cambios pertinentes.



## II. PROBLEMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y POLITICOS.

### 1. HECHOS ANTERIORES A MARZO DE 1978.

No hay duda de que éste es un campo en se requiere tomar decisiones y medidas eficaces y prontas, para satisfacer legítimas demandas de las víctimas de abusos, para disipar temores infundados de quienes no deberían tener motivo para ello, para conocer la verdad sobre los aspectos ocultos o ignorados de los atropellos a los derechos humanos, para indemnizar a las víctimas o a sus familiares, rehabilitar la memoria de los condenados injustamente, y en fin, para procurar que todos estos aspectos tengan una resolución rápida y no se prolonguen indefinidamente como fuente de conflicto, especialmente entre las Fuerzas Armadas y el poder político civil.

El programa político de la Concertación considera la derogación o nulidad del Decreto Ley 2191 de 1978, sobre amnistía, para permitir la investigación de los hechos, la determinación de las responsabilidades penales y las consecuentes sanciones en los casos de crímenes contra derechos humanos (fusilamientos sin proceso o con simulacro de él; torturas; detenciones-desapariciones).

Esta programa ha sido seguido de numerosas declaraciones públicas o artículos de prensa del bando del Gobierno, que tienden a demostrar la imposibilidad jurídica de derogar una ley de amnistía, y de declaraciones más o menos altaneras y desafiantes de personeros de las Fuerzas Armadas y Carabineros, en el sentido de que éstas "no aceptarían" o "no tolerarían" tal derogación o anulación.

Ello muestra de antemano que, al menos al inicio del nuevo régimen, éste será tal vez el proyecto políticamente más conflictivo, y donde late sordamente el riesgo de un nuevo golpe de Estado (o, sin llegar a tanto, una actitud de resistencia o desobediencia de las Fuerzas Armadas, aunque no se proponga el derrocamiento del Gobierno). Será prácticamente imposible, si no se dispone de mayoría absoluta en ambas cámaras, ni de una mayoría de dos tercios en la de Diputados, conseguir por consenso los votos faltantes, ya que aun los representantes más moderados y flexibles de Renovación Nacional han manifestado tajantemente su oposición a cualquier tipo de revisión de esa ley.

Del mismo modo, y suponiendo que los resultados electorales o la supresión de los senadores designados permitieran contar con mayoría simple en cada cámara (pues se trataría de un ley común) es difícil que la ley derogatoria superara la valla del Tribunal Constitucional. Debemos aclarar que a nuestro juicio no hay inconveniente constitucional o legal para derogar una amnistía que no se ha dictado en favor de ninguna persona en particular, sino

antes de que haya condena, o siquiera investigación o proceso. En estos casos, nadie tiene derechos adquiridos, sino que se trata de una simple renuncia unilateral del Estado a ejercitar acciones penales, decisión que puede cambiar si lo estima conveniente. Tampoco viola el principio de la irretroactividad de la ley penal, ya que el resultado de la derogación es precisamente que el hecho va a ser sancionado conforme a la ley vigente a la época de su perpetración. La ley posterior (de amnistía) no le quitó al hecho su carácter delictivo, ni le redujo la pena, sino que sólo suspendió su persecución. Confesamos, en cambio, que no entendemos bien lo que podría entenderse por "nulidad" de la ley de amnistía. Formalmente, revistió los caracteres de una ley, y como tal ha sido aplicada. La Constitución no contempla un mecanismo por el cual pueda declararse retroactivamente que una ley en realidad nunca lo ha sido. Si se promulgó y aplicó como ley, ha existido, y no hay otra forma de enmendar sus efectos que derogarla expresa o tácitamente.

Por lo tanto, al decir que la derogación total o parcial de la ley de amnistía difícilmente sería admitida sin reparos por el Tribunal Constitucional, no lo decimos porque pensemos que realmente sea inconstitucional, sino por las inclinaciones políticas de los miembros del Tribunal, por el temor que experimentarían de provocar un nuevo golpe de Estado, y por la evidente presión que se ejercerá sobre los integrantes del Tribunal por las Fuerzas Armadas y los partidos políticos continuistas.

Si esa situación llega a producirse, el Gobierno carecería de vías jurídicas para insistir en negar validez o desconocer los efectos de la ley de amnistía. Podría pensarse que una manera fácil de cumplir con el compromiso contraído sería simplemente enviar el respectivo proyecto derogatorio (no es necesario entrar aquí al examen detallado de las modalidades o extensión de la derogación), prácticamente a sabiendas de que, o no habrá mayoría para aprobarlo, o en todo caso, que será rechazado por el Tribunal Constitucional. Pero esta vía no nos parece aconsejable:

a) Porque no sería un esfuerzo honrado por cumplir lo ofrecido en el programa, ni sería leal con quienes han tenido fe en nosotros y en lo prometido;

b) Porque de todas maneras, aparecería como una derrota del Gobierno;

c) Porque en todo caso, el solo envío del proyecto suscitaría un clima de grave confrontación política, probablemente con campañas de prensa y manifestaciones de masas en favor del proyecto, frente al Congreso y al Tribunal Constitucional, y de declaraciones políticas o amenazas de golpe o desobediencia por parte de las Fuerzas Armadas, clima ingrato y peligroso que conviene evitar, especialmente si se sabe que el proyecto va a :

ser rechazado, y

d) Especialmente, porque al quedar las cosas como están ahora, subsistirían sin solución varios problemas de la máxima importancia moral, política y hasta pecuniaria, que deben ser resueltos:

- 1) Investigación de los hechos y establecimiento de la verdad, de modo que ésta se haga pública;
- 2) Identificación de los responsables, aunque sea sólo para recibir sanciones morales;
- 3) Indemnización a las víctimas o a sus herederos, por los daños sufridos, y rehabilitación cívica (incluso póstuma) de quienes fueron condenados injustamente.

En efecto, la interpretación dada por la Corte Suprema a la ley de amnistía ha impedido la iniciación de procesos para investigar los hechos, si siquiera para averiguar si los delitos cometidos son de los beneficiados por la ley de amnistía o no; y como consecuencia, tampoco ha hecho posible el cobrar indemnizaciones por daños materiales y morales (derecho que subsiste a pesar de la ley de amnistía), ya que la obligación de indemnizar recae sobre los culpables, y se ignora quiénes son éstos, precisamente por la falta de investigación.

En consecuencia, si no se tiene la seguridad de que la derogación total o parcial de la ley de amnistía va a ser aprobada por el Congreso y aceptada por el Tribunal Constitucional, consideramos aconsejable no enviar el respectivo proyecto, y buscar en cambio soluciones alternativas, que pasamos a examinar.

## 2. INVESTIGACION DE LOS HECHOS E INDEMNIZACION DE LAS VICTIMAS.

Tal como se propone en el programa de la Concertación, debe atenderse a la indemnización de las víctimas de los atropellos a los derechos humanos. Los pasos necesarios para ello son:

- a) Creación de un Fondo de Indemnización, de cargo fiscal. No es posible hacer estimaciones acerca de la magnitud del Fondo, ni de su fuente de financiamiento, aspectos que los técnicos en economía deben establecer. Puede, eso sí, hacerse un cálculo aproximado del número de detenidos-desaparecidos, fusilados sin proceso o por Consejos de Guerra. Más difícil es estimar el número de víctimas de tortura. Podría limitarse la indemnización, dentro de este último grupo, a quienes, a consecuencias de las torturas, hubieren quedado con secuelas físicas permanentes

(o si hubieren fallecido, a sus deudos). La indemnización para las víctimas, por consiguiente, no sería de cargo de los eventuales culpables, sino del Estado.

b) Quienes alegaren encontrarse en los casos indemnizables, deberían presentar sus casos, con los antecedentes probatorios, cuando los tuvieran, y en general, con todos los datos que permitieren justificar su derecho.

c) Para no prolongar excesivamente esta situación, los afectados tendrían un plazo relativamente breve para presentar sus casos: v.g., unos tres meses.

d) El derecho a obtener indemnización sería decidido por una Comisión de Indemnización, la que tendría las más amplias facultades de investigación, en todo semejantes a las de un juez del crimen (salvo la de decretar detenciones, pero sí las <sup>de</sup>recabar información de toda clase de organismos oficiales, ordenar pericias, citar testigos, incluso con facultad de apremio para los reuñentes, etc.), apreciaría los antecedentes en conciencia, y en suma, averiguaría hasta donde fuere posible la veracidad de las reclamaciones, la realidad de los hechos, la identidad de los culpables y el derecho a indemnización. Lo único que la Comisión no podría hacer sería aplicar sanciones a los culpables, ni remitir los antecedentes a la justicia del crimen para ese efecto (precisamente por no haberse derogado la ley de amnistía), ni establecer con el valor de cosa juzgada (pues no sería un tribunal) las responsabilidades civiles de quienes aparecieren como culpables.

e) Quienes recibieren indemnización del Fondo deberían ceder en favor del Estado su derecho individual a ser indemnizados por los personalmente responsables; el Estado decidiría si es posible o conveniente ejercitar esas acciones y así se evitaría la iniciación de incontables juicios (aunque fueran civiles) contra los que aparecieren como culpables.

f) También la Comisión tendría un plazo relativamente breve para realizar sus averiguaciones: posiblemente, unos seis meses. Como apreciaría los antecedentes en conciencia, no necesitaría reunir plena prueba legal para reconocer el derecho a indemnización. El monto de las indemnizaciones debería ser establecido atendiendo a las disponibilidades del Fondo, y sería necesario estudiar con mayor detenimiento si ellas serían uniformes en su monto, de acuerdo con la categoría de la ofensa recibida, o se dejaría un margen de apreciación para cada caso.

g) En cuanto a la composición de la Comisión, deberían ser personas que ofrecieran las más amplias garantías desde el punto de vista de su rectitud e imparcialidad; preferentemente sin figuración política relevante, y además, con cierta experiencia en investigaciones criminales. Sería indicado designar jueces en retiro, como RUBEN GALECIO o JOSE CANOVAS. Merecería una reflexión más cuidadosa decidir si pudiera integrarse con uno o más uniformados de alta graduación en retiro, conocidos por su desaprobación de aquellos métodos, libres de toda sospecha de participación personal en los abusos y de deseo de revancha con sus ex compañeros, pero que a la vez den implícitamente a las Fuerzas Armadas garantías de que no se pretende destruir su imagen o desacreditar a sus miembros con ligereza. (¿Habría alguien que reúna esas características?).

h) El desempeño exitoso de la Comisión permitiría alcanzar la mayor parte de los objetivos que se persiguen con la derogación eventual de la ley de amnistía: conocimiento de la verdad; determinación del destino final de los desaparecidos y paradero de sus restos; divulgación extensa de las conclusiones de la Comisión, para crear un sentimiento generalizado de repudio y horror hacia esos hechos; reparación para las víctimas o sus deudos. Sólo quedaría sin lograrse el castigo penal de los culpables y la obligación personal de éstos de indemnizar a las víctimas.

La creación del Fondo y de la Comisión serían materia de ley común, pero probablemente ella no suscitaría las mismas resistencias que la derogación de la ley de amnistía: podría incluso ser el resultado de una negociación política, como precio por renunciar a la idea de la derogación (si se advierte que ella es imposible de lograr o que provocaría graves problemas institucionales). Recordamos que juristas de influencia en el campo de la Derecha se han mostrado en principio favorables a una idea de esta clase (como RIVADENEIRA y VALENZUELA SOMARRIVA).

### 3. CASO LETELIER.

Este asunto estaría en una situación especial. Si bien el Gobierno de los Estados Unidos tendría buena voluntad (así lo esperamos) para llegar a un acuerdo satisfactorio con un gobierno de restauración democrática y dispuesto a establecer la verdad, no debemos pensar que el solo advenimiento del nuevo Gobierno bastará para que los Estados Unidos

se olviden del caso.

Cerrado el camino de la extradición, que no puede ser solicitada nuevamente por los mismos cargos en relación con las mismas personas, y terminada la vigencia de la disposición 24a transitoria, que permitía expulsiones administrativas sin proceso, no queda otro camino que la investigación y sanción del crimen a través de un proceso interno (el llamado "proceso de los pasaportes") y la correspondiente indemnización a la familia de las víctimas.

Sin embargo, el asunto no puede resolverse por la misma vía que se ha propuesto en el párrafo precedente para la generalidad de los casos, ya que las responsabilidades por el caso Letelier fueron expresamente excluidas de la amnistía por el propio texto de la ley: están, por lo tanto, sujetas a investigación judicial en la actualidad, y una Comisión Especial no podría intervenir en un caso sometido al conocimiento de la justicia, con una investigación paralela, aunque ésta no tuviera por objeto establecer responsabilidades legales, penales o civiles.

De los dos aspectos del caso, el que parece más fácil de resolver es el de la indemnización a la familia, sea por un acuerdo directo con ella, sea a través de un acuerdo por intermedio del Gobierno de los Estados Unidos (que ha hecho suya la demanda de indemnización de Juan Pablo Letelier, ciudadano norteamericano), sea aceptando la competencia del tribunal o comisión establecido por el Tratado de 1914, cuya aplicación ha solicitado expresamente el Gobierno de los Estados Unidos, y respecto del cual el actual régimen militar sólo ha dilatado su respuesta (aunque reemplazó a uno de los representantes de Chile en la Comisión), sin aceptar ni rechazar explícitamente el procedimiento. El acuerdo de indemnización no necesitaría un fundamento expreso en el reconocimiento de la responsabilidad penal de Contreras y Espinoza o de la DINA (incluso sería difícil hacerlo por ley, ya que es un terreno reservado por la Constitución al Poder Judicial): hasta podría tener el carácter de una indemnización "de gracia" del Gobierno de Chile. Lo mejor sería que el asunto fuera resuelto por la Comisión prevista en el Tratado de 1914, pero ello tendría la desventaja de que seguramente el procedimiento sería largo y mantendría el asunto pendiente mucho tiempo, cuando todo aconseja resolverlo lo más pronto posible.

El otro aspecto, es decir, el establecimiento de responsabilidades penales para Contreras, Espinoza y cualesquiera otros responsables, sólo será posible si la investigación continúa a cargo de la justicia civil (seguramente con un Ministro en Visita, como comenzó), y si además se cuenta con u-

na actitud positiva de cooperación por parte de la Corte Suprema. Lo primero es indispensable, pues si bien la investigación podría también tener éxito en la justicia militar, la actitud constante e invariable de los fiscales, jueces y Ministros militares muestra que ellos están comprometidos institucionalmente para no hacer luz en el caso. Baste con recordar la vergonzosa actuación del General Orozco como fiscal. Incluso el Ministerio Público Militar, creado hace pocos años para sostener la acción contra los culpables, y cuya intervención fue solicitada por el Gobierno de Estados Unidos para obtener una investigación más acuciosa (y denegada entonces por el Gobierno de Chile) ha venido a actuar posteriormente en el caso, pero precisamente en sentido contrario, es decir, para impedir que el proceso sea reabierto. De este modo, con el personal actual de la justicia militar será imposible obtener una investigación enérgica e imparcial, verdaderamente interesada en llegar a la verdad. Por otra parte, es muy probable que en de la Ley Orgánica Constitucional sobre las Fuerzas Armadas, en actual tramitación, se contendrán disposiciones que harán imposible para el Poder Ejecutivo o la Corte Suprema efectuar nombramientos, traslados o cambios en el personal de los Juzgados y Fiscalías Militares y en la Corte Marcial, para reemplazar a los actuales funcionarios comprometidos por otros imparciales.

La solución debe buscarse por una ley modificatoria de la competencia de los tribunales militares (sea una ley general, como más adelante se propone, o más restringida, pero aplicable a este caso concreto), por la cual, tratándose de un delito común (homicidio) y no militar, la competencia pase a la justicia civil, o bien se separen los procesos, dejando la eventual falsificación de pasaportes en la justicia militar y entregando los homicidios a la justicia civil. Siendo una ley procesal, regiría in actum y no entrañaría ningún problema de retroactividad, ya que no afectaría al fondo del asunto, sino sólo a su tramitación.

Creemos que si a través de las leyes orgánicas constitucionales sobre Poder Judicial o Fuerzas Armadas se pretendiera "congelar" las actuales relativas competencias de la justicia militar y la civil, esas disposiciones serían calificadas por el Tribunal Constitucional como propias de ley común, y modificables por lo tanto en la misma forma, aunque estuvieren incorporadas al texto de leyes orgánicas constitucionales (como lo ha hecho el Tribunal en otros casos), ya que la Constitución prevé leyes orgánicas para determinar la organización, estructura, etc., de las instituciones citadas, pero no detalles como competencias judiciales o procedimientos de esta índole. Si esas leyes contemplaren disposiciones como las anticipamos, y el Tribunal Constitucional las dejara pasar sin observaciones, creemos que sería

necesario empeñarse a fondo para lograr la mayoría necesaria (si no se dispone de ella inicialmente) para modificar en esa parte la ley orgánica constitucional de que se tratara. Esto es importante, no sólo en relación con el caso Letelier, sino por lo que más adelante se expone sobre la necesaria restricción de la competencia de la justicia militar de modo general. Por lo demás, no creemos que los sectores sensatos de la futura oposición quieran quebrar lanzas en defensa de la impunidad de Con- treras.

La segunda condición de éxito del camino propuesto consiste en asegurarse la rectitud e imparcialidad de la Corte Suprema, que hasta ahora ha respaldado los propósitos decididos de la justicia militar en el sentido de no llevar adelante el proceso y procurar que éste continúe paralizado hasta que, cumplidos tres años de paralización, se reanude el transcurso del plazo de prescripción (que se extingue en Septiembre de 1991). La Corte Suprema debería pronunciarse en favor de la reapertura del proceso (lo que suspendería otra vez la prescripción) y de la amplia admisión de las pruebas que se han ofrecido hasta la saciedad, particularmente los testimonios de TOWNLEY y de FERNANDEZ LARIOS, y la realización de todas las diligencias que de ella deriven.

Para asegurar esta actitud de la Corte Suprema en orden a cumplir imparcialmente sus deberes, es necesaria una aproximación privada, directa e inequívoca con sus miembros, para decidirlos a hacer justicia, en la forma en que más adelante se detalla al tratar de los problemas relativos a la administración de justicia.

#### 4. SITUACION DE LOS ACTUALES PRESOS Y CONDENADOS POLITICOS.

Sin duda será un problema urgente para el nuevo Gobierno decidir la suerte de las personas que actualmente se encuentran procesadas o condenadas por "delitos políticos". El programa de la Concertación anuncia para estos casos la "invalidez procesal de dichos juicios" y su radicación en los tribunales ordinarios, y también la derogación de leyes dictadas durante el régimen militar para sancionar conductas que son moral y políticamente lícitas, y para reducir penas desproporcionadas, en otros casos. Se propone, en fin, "declarar la exención de responsabilidad penal de todos los procesados y condenados por delitos políticos, salvo los de homicidio, lesiones gravísimas, secuestro y sustracción de menores", delitos que pasarían a ser juzgados por tribunales ordinarios.



Las dificultades mayores que este programa presenta son: la vaguedad del concepto de "preso político" y de "delito político"; la difícil "anulación" de un proceso a través de una ley, y al mismo tiempo mantenerlo o reanudarlo en otra jurisdicción, y los obstáculos constitucionales para otorgar libertad provisional, indulto o amnistía en delitos terroristas.

La manera de resolver estas dificultades exige que se distinga entre diversas situaciones:

a) Las personas que actualmente se encuentran condenadas por delitos que no sean de la ley sobre Terrorismo. A su respecto, no hay obstáculo para la facultad presidencial de otorgar indultos particulares para cada caso, sea en forma de remisión, reducción o conmutación de la pena. También podría dictarse respecto de ellas una ley de indulto general o de amnistía, si se cuenta con mayoría y ambiente favorable para ello (ley común).

b) Las personas actualmente condenadas por delitos terroristas. Respecto de ellas, la Constitución prohíbe la amnistía y el indulto. Pero si se modifica la ley sobre Terrorismo (que es sólo ley de quórum calificado, no ley orgánica), de tal modo que los delitos por los cuales esas personas están condenadas dejen de ser delitos, o por lo menos dejen de ser calificados de delitos terroristas, estas personas se beneficiarían retroactivamente, a pesar de existir sentencia firme, conforme al art. 18 del C. Penal. Si según la modificación legal, el hecho dejara de ser delito, el condenado recuperaría su libertad inmediatamente, y la condena se eliminaría; si pasara a tener menos pena, el condenado se beneficiaría de la reducción; si el delito se mantiene como tal, pero deja de ser terrorista, es posible otorgar indultos y amnistías a los condenados.

c) Las personas actualmente procesadas por delitos no terroristas. Estas personas pueden obtener su libertad incluso bajo la legislación actual. Para asegurarles un juicio imparcial, se puede trasladar a la justicia civil la competencia para juzgar sus casos, y puede también legislarse (ley común) en el sentido de que en tales procesos la prisión preventiva no pueda durar más allá de cierto plazo, o que a partir de la declaratoria de reo (que para la ley supone ya probado el delito y fundadas presunciones de participación para el reo), el sumario no pueda durar más allá de un período determinado (v.g., 90 días).

d) Las personas actualmente procesadas por delitos terroristas. Es el caso más difícil. Constitucionalmente, no pueden recibir el beneficio de la libertad provisional. La solu-

ción para estos casos consiste en modificar la ley sobre Conductas Terroristas (que es ley de quórum calificado), de tal modo que gran cantidad de delitos hoy calificados de terroristas por la ley, o bien dejen de ser delitos, o sigan siéndolo, pero no delitos terroristas. En este último caso, la situación pasa a ser la que se ha descrito en el párrafo anterior: ya no se aplica la prohibición constitucional de libertad provisional, pues ya no se trata de delitos terroristas.

Para los que a pesar de todo continuaran siendo procesados por delitos terroristas, podrían adoptarse las siguientes medidas:

- 1) Trasladar la competencia a los tribunales civiles (ley simple);
- 2) Limitar obligatoriamente la duración del sumario o del proceso en general (ley simple);
- 3) Establecer (por ley simple) que, transcurrido cierto plazo desde que el reo está en prisión preventiva (v.g., seis meses) la prisión preventiva se siga cumpliendo en la propia casa del reo (prisión domiciliaria). No hay disposición constitucional que lo prohíba: por el contrario, el art. 19, n°7º letra (d) de la Constitución dispone: "Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto" (cárceles). Por añadidura, el Código de Justicia Militar actual, art. 137, inciso penúltimo, permite esta prisión preventiva en la propia casa cuando el reo es un Oficial. Nótese que eso no es una forma de libertad provisional (que estaría prohibida por la Constitución), sino una forma de cumplir la prisión preventiva en un recinto en vez de otro.

Será preciso convencer a los llamados "presos políticos", a sus abogados defensores y a nuestros aliados que ponen una mayor insistencia en este punto, de que no hay mecanismo jurídico que permita resolver en forma instantánea y simultánea todas esas situaciones que son diversas, y que, en fin, el solo propósito jurídico y de resistencia al régimen, no basta (a nuestro parecer) para justificar toda clase de crímenes, sobre todo cuando alcanzan a individuos personalmente inocentes de los crímenes cometidos por el régimen. Para tales casos, sólo garantizaremos un juicio justo y rápido, y alguna reducción de las penas, cuando ellas parecieren desproporcionadas con la gravedad de la ofensa.

Como corolario de lo anterior, resumiremos en los siguientes puntos la ruta de solución de este problema:

a) Modificación de la Ley Antiterrorista (mediante ley de quórum calificado) para dejarla reducida a ciertos crímenes de la mayor gravedad y cometidos con propósito político. No entraremos aquí en el detalle de esa modificación, que ha sido ya estudiada;

b) Traslado de la competencia para juzgar esos delitos a la justicia civil. Es ley común.

c) Reducir las penas excesivas, limitar la duración de los procesos y permitir la prisión domiciliaria pasado cierto tiempo. También es materia de ley común.

Como medida de orden más general, debe procederse en la forma más rápida posible a suscribir y ratificar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aun no vigentes en Chile, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto se logra a través del mecanismo ordinario de aprobación de un tratado (Congreso y Presidente).

Cuando las circunstancias y las mayorías políticas lo permitan, será preciso derogar la prohibición constitucional de otorgar libertad provisional, indulto o amnistía a los procesados o condenados por delito terrorista, que es claramente contraria al Pacto (Covenant) sobre Derechos Civiles y Políticos, y si ha de mantenerse en la Constitución alguna referencia específica al terrorismo, deben señalarse los límites generales a los que deba ceñirse la ley común para calificar una conducta como terrorista.

Aunque desde ya puede sostenerse fundadamente que las leyes internas que contradigan los tratados internacionales vigentes han quedado tácitamente derogadas, en virtud de la reforma del art. 5° de la Constitución, que incorpora a ella los derechos reconocidos por los tratados vigentes, sería conveniente encargar a una Comisión o Grupo de Estudio la revisión de todas las disposiciones legales internas que sean incompatibles con los tratados vigentes, y declararlas expresamente derogadas o modificadas. Distinto es el problema cuando lo opuesto a un tratado vigente es una disposición constitucional (como la que acabamos de señalar), pues ello requeriría al menos de una ley interpretativa genérica de la Constitución, o derechamente la reforma de ésta.

## 5. ALGUNAS SITUACIONES ESPECIFICAS.

a) Pena de muerte. Debe dictarse cuanto antes una ley (de quorum calificado) que declare abolida total y definitivamente la pena de muerte , sin reservas ni excepciones de ninguna clase (ni para delitos de alta traición, ni deserción en tiempo de guerra, etc.). Si más adelante fuere posible, sería deseable una reforma constitucional que incorporara a ésta la prohibición de la pena de muerte.

b) Ombudsman. Mediante ley común debe crearse este cargo, llamado también Defensor del Pueblo, con amplísimas facultades de investigación de denuncias, aunque sin poder aplicar directamente sanciones, sino remitir los antecedentes a las autoridades que pueden sancionar (tendría en forma permanente aproximadamente las mismas atribuciones que proponemos entregarle para un fin específico a la Comisión para Reparaciones de Víctimas ). Sobre esta institución ya hay numerosos estudios.

c) Rehabilitación. Sin perjuicio de la amnistía de 1978 que los favoreció, debe dictarse una ley (común) que declare expresamente rehabilitados a todos los condenados por Consejos de Guerra, y los restablezca (a ellos o a sus herederos, si han fallecido) en los derechos cívicos, previsionales, honoríficos y remuneraciones que les habrían correspondido sin aquellas condenas, o que perdieron como consecuencia de las mismas, y los indemnice por los derechos patrimoniales de que fueron privados (ya que sería imposible restablecerlos en sus antiguos cargos).

d) Restitución de bienes. Debe dictarse una ley común (a menos que modifique en algún aspecto la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, lo que no nos parece necesario) que disponga la restitución de los bienes confiscados a los partidos políticos como resultado de la disolución de los mismos, o indemnización por el valor de dichos bienes cuando no fuere posible restituirlos en especie, por haber dejado de existir o por encontrarse en el dominio de terceros que los han adquirido de buena fe. Esta restitución o indemnización debería otorgarse a los actuales partidos políticos que llevaren la misma denominación de aquellos que fueron víctimas de la confiscación, pero debe tenerse especial cuidado en señalar que esta restitución se hace en virtud de "afinidad ideológica", "similitud de objetivos" u otra semejante, con los partidos anteriores, ya que el art. 3º transitorio de la Ley 18.603

Orgánica Constitucional sobre Partidos Políticos, dispone que "en ninguna circunstancia los partidos políticos serán sucesores de partidos, entidades, agrupaciones, facciones o movimientos de carácter político que hayan existido con anterioridad a la vigencia de esta ley, ni tendrán con ellos continuidad jurídica patrimonial o de cualquiera otra índole". De este modo, debe evitarse calificar a un partido político actual de "continuador" o "sucesor" de otro antiguo, ya que ello significaría modificar el referido artículo, expresa o tácitamente, lo que requeriría las mayorías propias de una ley orgánica constitucional (naturalmente, si se dispone de dichas mayorías, puede procederse a la modificación directamente).

Si no existieren actualmente partidos que llevaren la misma denominación que los antiguos, podrían aplicarse las reglas que establece el mismo art. 3° transitorio de la Ley de Partidos Políticos para adjudicar el mejor derecho al nombre de los partidos políticos en formación, u otras semejantes.

La declaración del derecho a restitución, los bienes objeto de la misma, la indemnización en su caso, y la decisión de quién es el titular de todos esos derechos, podrían dejarse en primera instancia al Director del Servicio Electoral y en segunda, al Tribunal Calificador de Elecciones, o bien entregarse a una Comisión ad-hoc, en una o dos instancias.

e) Legalización de partidos marxistas. El Tribunal Constitucional, por sentencia de 31 de Enero de 1985, pronunciada en requerimiento de declaración de inconstitucionalidad contra el Movimiento Democrático Popular (MDP), el Partido Comunista de Chile, Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) y Partido Socialista de Chile (fracción Almeyda), acogió dicho requerimiento y declaró inconstitucionales a dichas organizaciones, en calidad de tales, ya que entonces no había partidos políticos legales.

El fundamento de la declaración de ilegalidad fue el art. 8° de la Constitución, entonces vigente, por estimar el Tribunal que dichos movimientos u organizaciones tendían a propagar el "marxismo-leninismo", o simplemente el "marxismo", y que éste era una doctrina que "propugnaba la violencia y una concepción de la sociedad, del Estado y del orden jurídico de carácter totalitario".

El art. 8° fue derogado en el plebiscito de Julio de 1989, y las restricciones para la libre constitución de partidos políticos fueron trasladadas al art. 19 n° 15, pero con significativas diferencias en relación con el texto anterior del art. 8° . La inconstitucionalidad se limitó a "los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrá-

tico y constitucional; procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad".

No entraremos aquí al examen de si la sentencia anterior del Tribunal Constitucional debe ser considerada modificada en virtud del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna (sí lo haremos en el caso de Almeyda), ya que de todos modos la nulidad de aquella sentencia no bastaría para otorgar el carácter de partidos políticos a quienes no lo tenían al ser sentenciados. Por consiguiente, el Partido Comunista, el Partido Socialista (fracción Almeyda) o cualquier otro movimiento u organización alcanzado por aquella sentencia y que desee constituirse en partido político conforme a la actual ley, debe someterse a los trámites prescritos por ésta. La supuesta inconstitucionalidad del partido solicitante no puede ser declarada por el Servicio Electoral, sino por el Tribunal Constitucional, que puede actuar a requerimiento de cualquiera persona (acción pública, conforme al art. 82 de la Constitución).

Si se requiriere al Tribunal Constitucional, y la sentencia de éste fuere desfavorable al partido solicitante, no quedaría más camino que la reforma del art. 19 n° 15 de la Constitución.

f) Derechos cívicos de Clodomiro Almeyda. Por sentencia de 21 de Diciembre de 1987, el Tribunal Constitucional, por cuatro votos contra tres, acogió el requerimiento formulado contra Clodomiro Almeyda y determinó que éste había incurrido en la conducta consistente en la realización de actos destinados a propagar doctrinas que propugnaban la violencia, o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases.

Como consecuencia de ese fallo, Almeyda fue "suspendido" en su derecho a sufragio por el período de diez años desde la declaración del tribunal (lo que ocurrió el 21 de Diciembre de 1987), ya que el art. 16 contemplaba específicamente esta sanción para las personas castigadas por el Tribunal Constitucional "en conformidad al art. 8° de esta Constitución". Además, se le aplicaban todas las sanciones accesorias de pérdidas de derechos cívicos e inhabilitaciones que el art. 8° contemplaba, sin posibilidad de rehabilitación durante diez años.

A nuestro juicio, esa sentencia aplicó a Almeyda una "pena constitucional", ya que la principal de ellas, la suspensión de sus derechos cívicos, figura en el catálogo de penas del Código Penal; el texto del art. 8° la calificaba de

"sanción" (decía: "las p-rsonas sancionadas en virtud de este precepto..."), y se refería a las otras privaciones o restricciones de derechos diciendo: "Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley..." y establecía una serie de limitaciones o supresiones de derechos, de las cuales al menos una, la inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos, es una pena expresamente definida como tal por el Código Penal; en fin, se refería genéricamente a "las inhabilidades contempladas en este artículo" y preveía la hipótesis de reincidencia (que como se sabe, presupone la existencia de una condena penal anterior).

Todo ello hace que sea plenamente aplicable al caso de Almeyda el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, que pasa incluso por encima de la cosa juzgada, ya que el art. 8° en el cual se fundamentó la condena fue derogado, y las disposiciones legales que lo reemplazaron son distintas: no sancionan la misma conducta, y en todo caso imponen penas inferiores, tanto la principal (suspensión del derecho de sufragio) como las accesorias (inhabilidades de diversas clases), todas ellas más restringidas o más breves en alcance y duración que las impuestas a Almeyda.

Cuando éste fue sancionado, la "suspensión" del derecho de sufragio era aun teórica, pues no se había dictado la Ley Orgánica Constitucional 18.556 sobre Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, y en la práctica ningún chileno gozaba del derecho de sufragio. Pero al dictarse la referida ley, en su art. 39 prohibió la inscripción en los registros de las personas naturales sancionadas en conformidad al art. 8° de la Constitución, las que sólo podrían inscribirse una vez expirado el plazo de diez años de suspensión impuesto por la sentencia, contados desde la fecha de ésta (en el caso de Almeyda, terminaría en 1997, o en 1992, si se aceptara la rebaja retroactiva por modificación de la Constitución).

Almeyda tiene dos caminos para obtener la recuperación de su derecho de sufragio:

1) Dirigirse al Tribunal Constitucional, solicitándole la revisión de la sentencia que lo condenó, fundándose en la derogación del art. 8° de la Constitución. Si esa petición se acoge, el problema está resuelto, pero si es denegada, queda prácticamente bloqueado el segundo camino.

2) Sin pasar por el Tribunal Constitucional, solicitar derechamente su inscripción en los registros electorales. Si la Junta Inscriptora se niega a inscribirlo, tiehe nuevamente dos vías posibles:

## 1°) Reclamación

ante el Juez del Crimen correspondiente, con derecho a apelación ante la Corte (y eventualmente, a una queja ante la Corte Suprema), conforme al procedimiento establecido en el art. 50 de la Ley de Inscripciones Electorales.

## 2°) Un recurso de

protección ante la Corte de Apelaciones respectiva en primera instancia, y ante la Corte Suprema en segunda.

La vía que hemos señalado como

(2) tiene la ventaja de que sustrae el asunto al conocimiento del Tribunal Constitucional. Dada la composición actual y la tendencia política de sus miembros, es probable que denegara la petición de Almeyda. Es cierto que la sentencia original contra éste fue adoptada en mínima diferencia de cuatro votos contra tres, pero debe recordarse que de los tres votos que favorecieron a Almeyda, sólo uno (Maldonado) permanece en el Tribunal, en tanto que los otros dos (Valenzuela y Phillippi) han dejado de pertenecer al Tribunal (muy probablemente por haber emitido esos votos en favor de Almeyda).

Naturalmente, la decisión sobre lo que debe hacerse pertenece exclusivamente al propio Almeyda y sus asesores, ya que su rehabilitación no se materializa a través de decretos supremos, ni de leyes. Si todas estas vías fracasaran, no quedaría otro camino que el de una reforma constitucional, si se lograra acuerdo para ello o se dispusiera de mayoría suficiente.

g) Sistema Electoral y Justicia Electoral. No parecen problemas inmediatos, ya que las elecciones siguientes no tendrán lugar hasta cuatro años más. Pero no es superfluo recordar que también existió un principio de acuerdo con Renovación Nacional en estas dos materias:

(1) Restablecimiento del sistema tradicional, con alguna modificación, de representación proporcional para las elecciones de senadores y diputados, y

(2) Modificación de la actual composición del Tribunal Calificador de Elecciones, para disminuir el excesivo peso que actualmente tiene la Corte Suprema en la designación de sus integrantes, con el reparo adicional de que los tres Ministros o ex Ministros de la misma son elegidos en votaciones sucesivas, lo que asegura que pertenecerán al mismo bando o corriente de la Corte.



No nos corresponde entrar en proposiciones detalladas sobre una posible nueva integración, pero sería necesario ocuparse de ello con suficiente anticipación a las elecciones siguientes.

[www.archivopatricioaylwin.cl](http://www.archivopatricioaylwin.cl)

III. PROBLEMAS RELATIVOS A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Este es uno de los terrenos más delicados en que debe moverse el nuevo Gobierno: probablemente aquí se plantearán más problemas que en las relaciones con las mismas Fuerzas Armadas. Aparte de los problemas políticos, de los que nos ocuparemos ahora, la justicia no es eficiente en su tarea: es cara, lenta, anticuada y mala.

Aunque está libre de corrupción generalizada, han existido últimamente atisbos de este grave problema. El sistema de nombramientos por proposición de los propios tribunales y por elección del Ejecutivo, ha creados los vicios del nepotismo y de la influencia política en los nombramientos, tanto de jueces como de abogados integrantes. Esto último se ha hecho particularmente notorio en un régimen que ha durado 16 años, con una estructura autoritaria y un mismo pensamiento político.

Se ha dicho reiteradamente, y es verdad, que el Poder Judicial no se considera verdaderamente a sí mismo como un Poder del Estado, sino como un servicio público más.

Ya la estructura del sistema, que concentra facultades casi omnímodas en la Corte Suprema, atenta contra la independencia de los jueces inferiores, quienes no desean exponerse a conflictos con la Corte Suprema que puedan perjudicar sus calificaciones o sus ascensos. Los criterios con que se efectúan las calificaciones de los jueces y Ministros son absolutamente vagos y fundamentados en factores puramente subjetivos. La desnaturalización del recurso de queja, provocada por la propia Corte Suprema, ha transformado esta última en una tercera instancia, hasta la que llegan los asuntos judiciales más insignificantes, y en la que se fallan, sin escuchar alegatos de las partes, toda clase de asuntos, cuya suerte depende en muchos casos de los "alegatos privados" y del mayor o menor grado de influencia y amistad de que gocen las partes o sus abogados respecto de los Ministros. El sistema de designación de los abogados integrantes otorga al Gobierno que los nombra una influencia desproporcionada en el resultado de las causas.

La falta de recursos económicos priva al Poder Judicial de un aspecto muy importante de su independencia.

Durante el régimen militar, el Poder Judicial, y particularmente la Corte Suprema, han sido culpables de graves debilidades y omisiones (que incluso en varios casos darían justificación a un juicio político), en materia de protección de derechos humanos y de sanción de abusos e incorrecciones cometidos por el Gobierno. Recordemos las situaciones principales:

(1°) Aceptación del Decreto Ley 788, de 1974, que declaró radicada en la Junta de Gobierno la potestad constituyente originaria y admitió la "derogación tácita" de la Constitución cada vez que un decreto ley la violaba. Eso fue, incluso en el plano teórico, el fin del Estado de Derecho en Chile.

(2°) Renuncia al examen y revisión de los fallos dictados por los Consejos de Guerra que funcionaron durante los primeros tiempos del régimen, abdicando de una facultad que claramente la Constitución otorgaba a la Corte Suprema, y que habría permitido enmendar verdaderas aberraciones jurídicas e incluso salvar muchas vidas.

(3°) Negativa sistemática a acoger recursos de amparo relativos a las detenciones administrativas practicadas en virtud de los estados de excepción: no sólo para revisar la justificación intrínseca de tales detenciones, sino incluso para verificar el paradero del detenido y el trato que se le daba (tortura, incomunicación, etc.). Una actitud enérgica habría podido proteger la vida y la integridad física de muchos detenidos.

(4°) La interpretación dada al Decreto Ley 2191 sobre Amnistía, que ha impedido siquiera realizar la investigación completa que la ley ordena, antes de sobreseer, y que habría permitido al menos averiguar los hechos y dar una base a las víctimas o sus deudos para impetrar indemnizaciones civiles.

(5°) La actitud de pasividad, y muchas veces de obstruccionismo sistemático respecto de otras investigaciones no sujetas a la ley de amnistía, particularmente cuando el resultado de las mismas hubiera podido comprometer al Gobierno o sus secuaces: caso de los degollados; caso de los quemados; asesinato de Tucapel Jiménez; extradición en el caso Letelier; investigación en el caso "pasaportes"; respaldo a las medidas abusivas y arbitrarias de la Justicia Militar, particularmente en relación con la Vicaría de la Solidaridad, etc.

(6°) La declaración de que el Presidente de la República se encuentra totalmente exento de responsabilidad penal en casos como el negociado de El Melocotón y de las frecuentes injurias a opositores, considerados todos por los Tribunales como "actos de administración" sujetos sólo a juicio político, imposible mientras el Senado no funcione.

Para asegurarse una mayoría en la Corte Suprema favorable a sus políticas y decisiones, el Gobierno militar partió ya de un cuerpo judicial supremo fuertemente hostil al Gobierno de Allende, que celebró la caída de éste, que ciñó la banda presidencial a Pinochet y que tuvo declaraciones públicas justificantes del nuevo régimen que fueron mucho más allá de las estrictas prohibiciones legales para los jueces que los inhiben de manifestar públicamente opiniones políticas.

Sobre este terreno ya abonado, el Gobierno recurrió además a las siguientes medidas:

(1°) Eximió de la obligación de retirarse a los 75 años, establecida por la nueva Constitución, a los miembros de la Corte Suprema que tenían esa calidad al promulgarse la Constitución, por medio de una disposición transitoria. Todos ellos, en mayor o menor grado, daban apoyo político espontáneo al régimen.

(2°) Modificó el sistema de nombramiento de abogados integrantes (que sin ser funcionarios de carrera, integran los tribunales cuando faltan Ministros titulares: en la Corte Suprema es la forma normal y habitual de integración de las Salas), nombramiento que quedó en manos del Ejecutivo, el cual, como es obvio, se aseguró de designar sólo a sus partidarios.

(3°) Creó cuatro nuevas plazas de Ministros en la Corte Suprema, que hizo llenar por promoción de partidarios suyos.

(4°) Como era obvio que, aun exentos del retiro obligatorio, la edad avanzada haría retirarse de todos modos a muchos Ministros de la Corte Suprema en un plazo breve, precipitó la producción de un alto número de vacantes, ofreciendo en 1989 una ley de beneficios extraordinarios y excepcionales a los Ministros de la Corte Suprema de más de 75 años que decidieran retirarse en un término muy breve (tres meses). Así fueron designados en 1989 seis nuevos miembros de la Corte Suprema, aparte de otros dos que fueron nombrados este mismo año por renuncia y fallecimiento de otros tantos titulares.

Es obvio que al llenar esas ocho plazas se tomó en cuenta ante todo la docilidad política de los nombrados, y no su independencia ni su capacidad como juristas.

Esto crea un panorama muy complejo, difícil de manejar, cuyos aspectos principales pasamos a analizar.

## 1. FUNCIONES POLITICAS DE LA CORTE SUPREMA.

Aparte de su función propiamente jurisdiccional (que es la única que debería tener), la Corte Suprema tiene actualmente muchas funciones políticamente importantes:

(1°) Su Presidente asume como Vicepresidente de la República con todos los poderes del titular (art. 31 de la Constitución) si el Presidente electo se encuentra imposibilitado para tomar posesión del cargo, en segundo orden de precedencia después del Presidente del Senado (que no estará elegido hasta el 11 de Marzo), y también ocupa un lugar en el orden de precedencia para ocupar dicho cargo cuando el Presidente en ejercicio deba ser subrogado.

(2°) Designa tres senadores, de los cuales dos deben haber sido miembros de ella;

(3°) Decide las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia, salvo las que corresponde decidir al Senado;

(4°) Tres de sus Ministros integran el Tribunal Constitucional;

(5°) Tres de sus Ministros o ex Ministros integran el Tribunal Calificador de Elecciones;

(6°) Un cuarto miembro del Tribunal Calificador es también nombrado por la Corte Suprema;

(7°) El Presidente de la Corte Suprema integra el Consejo de Seguridad Nacional.

El ejercicio de tan importantes facultades con un espíritu políticamente hostil hacia el nuevo Gobierno puede tener una influencia considerable en la creación de obstáculos para la labor legislativa y administrativa de éste. También, evidentemente, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional misma: aprobación o desautorización, estímulo o represión, etc., en relación con las causas sobre derechos humanos o políticamente sensitivas: complots o atentados contra el nuevo Gobierno, terrorismo revanchista, control de armas y de grupos armados, etc.

## 2. MEDIDAS DE FONDO EN RELACION CON LA JUSTICIA.

Como el propósito de este trabajo no es el de

sugerir políticas de fondo y de largo alcance, que han sido o están siendo estudiadas por personas o comisiones de la candidatura, nos limitaremos a enumerar sucintamente aquellas que nos parecen más importantes, para considerar en el párrafo siguiente la situación inmediata con que el nuevo Gobierno se verá enfrentado al asumir. Algunas de estas medidas podrán implementarse rápidamente, mediante decreto supremo o ley común; otras necesitarán de reforma de leyes de quorum especial o aun de reforma constitucional.

(1°) Autonomía económica del Poder Judicial. Se traduce en un porcentaje fijo de los ingresos de la nación que debe ser destinado al Poder Judicial para que éste lo administre con entera independencia, contando con el apoyo técnico necesario.

(2°) Creación de un Consejo Superior de la Justicia. Este organismo, cuya creación es rechazada por el continuismo, y despierta recelos incluso en los jueces independientes o inclinados por el progreso, nos parece indispensable. Es el organismo que viene a representar la opinión de la comunidad jurídica nacional, y que por esta vía suple lo que es la debilidad política del Poder Judicial (y su garantía de independencia): que no recibe su poder constitucional de la votación del pueblo. Sus funciones pueden ser muy variadas, siempre que contribuyan a ilustrar al Poder Judicial y a cooperar con él; no a sustituirse al mismo. Debe ser al menos escuchado en el ingreso, calificaciones, ascensos, nombramientos y retiros de los magistrados.

(3°) Creación de una Escuela de Jueces, por la cual fuera obligatorio pasar para poder ingresar al Poder Judicial, y que impartiera cursos de actualización y perfeccionamiento, que sería necesario aprobar para acceder a los grados superiores de la carrera;

(4°) Necesidad de la aprobación del Senado para la designación de los miembros de la Corte Suprema (esté sistema rigió mucho tiempo para la designación de Embajadores y de los Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas, sin que ello acarrearla la politización de tales nombramientos).

(5°) Establecimiento de un sistema objetivo de reglas para las calificaciones judiciales, de modo de evitar en cuanto fuere posible la arbitrariedad en los ascensos y procurar una situación de verdadera igualdad de oportunidades en esta materia.

(6°) Creación de la Policía Judicial, dependiente directamente del Poder Judicial. Básicamente, se trataría de la actual policía de Investigaciones, salvo tal vez en algunas de sus funciones, que podrían ser confiadas a Carabineros o entregadas a un organismo de creación especial.

### 3. RELACIONES DEL GOBIERNO DEMOCRATICO CON LA CORTE SUPREMA.

Es éste tal vez el único terreno en que los contactos con la Corte Suprema pueden - y tal vez deben - comenzar incluso antes de la elección presidencial. En efecto, dado que los senadores designados deben serlo entre el 15 y el 29 de Diciembre, es conveniente sondear cuanto antes la posición de la Corte frente al problema de la procedencia o improcedencia de nombrar senadores en este período, y si se advierte en ella el criterio favorable a nombrarlos, procurar que sean designados senadores "razonables" o que incluso estuvieren dispuestos en algún momento a renunciar después del 29 de Diciembre (influyendo de este modo sobre los quorum en el Senado, ya que no son reemplazables). Igual importancia tiene (aunque no tan decisiva, por razón de número) la posición que adopte el Presidente de la Corte en el Consejo de Seguridad. Como el día 15 de Diciembre es Viernes, día habitual de Pleno en la Corte Suprema, no sería extraño que ésta, si ya tiene tomada una decisión en la cuestión de los senadores, y para no ser objeto de peticiones o presiones, decidiera designar ese mismo día sus senadores. Si no ha habido tiempo para debatir largamente el tema antes de esa fecha, puede al menos tratar de conseguirse que las designaciones, si se las va a estimar procedentes, no se efectúen sino próximo a expirar el plazo constitucional.

Las perspectivas de negociaciones en general con la Corte Suprema deben considerar primero la composición actual y tendencia de ésta.

Presidente de la Corte es Luis Maldonado. Sin poder ser considerado simpatizante de oposición, es un hombre flexible, no hostil al futuro Gobierno, y que ha dado algunas muestras de independencia frente al Gobierno, como cuando votó en el Tribunal Constitucional en favor de Almeyda, y en el Consejo de Seguridad en favor de Ricardo García en vez de Ambrosio Rodríguez, para integrar el Tribunal Constitucional. En los últimos años, se ha marcado un distanciamiento con Rosende, quien habría realizado maniobras (que fracasaron) para impedir su elección como Presidente en la sucesión de Retamal. Su hija Mónica, Fiscal de la Corte de Apelaciones de Santiago, le hace llegar las inquietudes de la Asociación Nacional de Magistrados, en la que ella es dirigente, y cuyas posiciones chocan habitualmente con las

políticas del Ministerio de Justicia. En suma, es una persona con quien se puede conversar y llegar a entendimientos. Su período termina en 1993 (de ningún modo lo alcanza el retiro obligatorio por edad), pero por sus años (82) y su estado de salud (ha sido sometido últimamente a varias operaciones menores, y padece de un mal progresivo que lo va privando de la vista), no se puede descartar una vacancia antes de la expiración de ese período.

Viene en seguida el grupo de los Ministros antiguos, que tienen más de 75 años, y que decidieron permanecer en la Corte a pesar de la ley de beneficios extraordinarios. Ellos son:

Rafael Retamal (83). Su personalidad y posición son conocidas. Su apoyo inicial al régimen militar se fue modificando con el tiempo. Es probablemente el más opuesto al Gobierno que termina. Rechaza la tesis de que la exención de retiro obligatorio a los 75 años termina el 11 de Marzo próximo y que los Ministros de esa edad o mayores cesan en sus funciones en esa fecha (punto al que nos referiremos más adelante).

Enrique Correa Labra (84). Personalidad poco accesible a contactos de esta índole. Probablemente comparte la tesis de Retamal en cuanto al problema del retiro obligatorio en Marzo, ya que, habiendo sufrido en 1989 una crisis cardiaca muy grave, decidió permanecer en la Corte sin aprovechar los beneficios extraordinarios, lo que no tendría mucho sentido si creyera que su período debe terminar de todos modos en Marzo. Además, expirado normal o anticipadamente el período presidencial de Maldonado, la tradición no interrumpida de la Corte lo pondría en el primer lugar de sucesión, por antigüedad. Inicialmente muy partidario del régimen militar, se ha ido distanciando de éste. Al parecer, tiene pocas simpatías por el influyente Ministro Cereceda, de quien hablamos más abajo.

Emilio Ulloa Muñoz (84). En general, es una personalidad sin rasgos muy enérgicos o marcados; no están claras las razones por las que haya decidido permanecer en la Corte. Sus perspectivas de sucesión en la Presidencia son más remotas, ya que CORREA es más antiguo que él. Personalmente, es caballeroso y amable. Políticamente se le consideraba radical (cuando eso tenía un significado político claro). En la Corte votó siempre con la mayoría pro-Gobierno, pero sin manifestar violenta hostilidad por la oposición (como en cambio hicieron URRUTIA, EYZAGUIRRE y BORQUEZ).

Vienen luego los Ministros "nuevos". Al aumentarse en tres plazas el número de miembros de la Corte Suprema, fue-



ron designados, en este mismo orden, Hernán Cereceda, Servando Jordán y Enrique Zurita.

De los tres, puede decirse que Jordán tiene una personalidad un tanto difícil, aislada, aunque siempre inclinada políticamente por el actual régimen. Tiene un hijo que es Oficial de Marina. No es un incondicional dentro de los bandos de la Corte Suprema, pero tampoco parece muy influyente sobre los demás. Después de Correa, es el de acceso menos fácil para conversaciones.

Zurita es abierto, comunicativo, y ciertamente se puede conversar con él. Su nombramiento causó cierta sorpresa, pues en la Corte de Apelaciones había tenido varios votos independientes del Gobierno. Tiene una vinculación familiar con Orlando Sáenz. Cumplirá los 75 años el 8 de Diciembre de 1990 y en ningún caso puede favorecerlo la exención de retiro obligatorio de la disposición transitoria, ya que pasó a integrar la Corte Suprema después de promulgada la Constitución.

Cereceda es sin duda el Ministro más influyente en la actualidad. Es además miembro del Tribunal Constitucional (los otros dos Maldonado y Aburto, cuyos períodos terminan en 1993; el de Cereceda termina en 1997). Se ganó la completa confianza de Rosende, y todos los nombramientos hechos a continuación lo han sido por consejo, influencia o al menos aceptación de Cereceda, que ha pasado así a asumir un liderazgo natural respecto de los Ministros que le deben su nombramiento. Rosende espera seguir controlando desde afuera la Corte Suprema, gracias a estos nuevos designados y a través de Cereceda. Nuestra impresión es que se equivoca, y que Cereceda (que indiscutiblemente espera conservar su posición de influencia y acceder más temprano que tarde a la Presidencia de la Corte) está deseoso de entrar en acuerdos con el futuro Gobierno, de lo que ha dado muestras inequívocas, que no es del caso detallar aquí. Retirados o fallecidos los cuatro Ministros de más de 80 años actualmente (Maldonado, Retamal, Correa, Ulloa), Cereceda pasaría a ser el segundo en antigüedad, después de Aburto. En todo caso, el grupo de Ministros que Cereceda ha hecho designar (Faúndez, Béraud, Toro, Araya, Perales, Valenzuela Erazo, Mery) son de personalidad tranquila, de poco relieve (con la posible excepción de Valenzuela Erazo, de carácter más enérgico y políticamente más distanciado del nuevo Gobierno), que estarán más prontos a seguir las aguas de Cereceda que a quebrar lanzas por un Pinochet que ya no va a ser Presidente, o por un Rosende que ya no va a ser Ministro.

Dos Ministros están en una posición especial: Marcos Aburto y Roberto Dávila.

Aburto fue designado por el régimen actual. Tiene 73 años cumplidos, y por lo tanto, no pudo acogerse a la ley

de beneficios extraordinarios. Una vez retirados los cuatro anteriores, quedaría como el Ministro más antiguo para suceder a Maldonado a la Presidencia. No obstante, para él es de importancia decisiva que se dilucide si la exención de retiro obligatorio a los 75 años subsiste o no después del 11 de Marzo de 1990: si subsiste, puede esperar su turno para Presidente aun después de cumplir 75 años; si no subsiste, debe retirarse al cumplir esa edad, el 25 de Mayo de 1991, salvo que antes de esa fecha hubiera sido elegido Presidente, pues la Constitución permite al Presidente de la Corte permanecer en el cargo hasta la expiración de su período, aunque durante él cumpla los 75 años. Como el período de Maldonado termina en 1993, esa eventualidad sólo podría ocurrir si éste falleciera o se retirara voluntariamente antes de esa fecha. En suma, le convendría la tesis del retiro obligatorio si tuviera la seguridad de ser elegido Presidente antes de cumplir 75 años; le convendría la tesis contraria si no tiene esa seguridad, pues le permitiría esperar un tiempo más largo. Tiene parentesco cercano con Narciso Irureta, que lo conoce bien. Se dice que fue el candidato de Rosende para suceder a Retamal en la Presidencia (en vez de Maldonado), maniobra que no tuvo éxito. Tiene un delicado problema familiar con uno de sus hijos, lo que lo ha hecho particularmente vulnerable a las presiones del Gobierno.

Dávila fue Relator de Pleno de la Corte Suprema durante muchos años; conoce por lo tanto bien la Corte; es apreciado por los Ministros antiguos (más que Cereceda) y tiene también influencia sobre los más nuevos. Lo ayudó en su nombramiento (que no fue fácil a nivel de Gobierno) una larga carrera anterior en la Justicia Militar (anterior a este régimen). Judicialmente, debe ser considerado como muy independiente. Perteneció a la masonería. Sin duda accesible a conversaciones de entendimiento.

Finalmente, el Ministro Hernán Álvarez, aunque pertenece al grupo de los designados por Cereceda, es judicialmente un buen Ministro. No estamos muy al tanto del desempeño que haya tenido en Copiapó, de cuya Corte proviene. Antes fue Ministro en Rancagua. En los comienzos de su carrera, como **juaz en Santiago** era considerado una figura promisorio, con buen porvenir, y políticamente con simpatías por la U.P. Esto último, obviamente, suponemos que habrá cambiado, pero es tal vez un antecedente de que no debe ser considerado hostil o intransigente.

Examinado el panorama de los Ministros con quienes habría que tratar, no nos parece extremadamente difícil alcanzar un modus vivendi con la Corte actual. Es indispensable, sin embargo, que estas conversaciones no tengan carácter oficial, ni sean hechas por el hoy candidato y mañana Presidente. El o los emisarios

que se escojan deberán, sin embargo, dar a los Ministros la impresión clara de que hablan por encargo y con autoridad.

¿ Qué puntos deberían materia de estas conversaciones ?

(1°) Permanencia o retiro de los Ministros Retamal, Correa y Ulloa después del 11 de Marzo de 1990 (Maldonado puede permanecer, sin discusión, hasta el término de su período). Personalmente, creemos que desde el punto de vista estrictamente jurídico, dichos Ministros cesan en sus cargos en la fecha indicada. No nos interesa por ahora entrar a justificar esta tesis. No obstante, es obvio que ellos mismos no piensan así, ya que decidieron quedarse en la Corte resistiendo la oferta del desahucio extraordinario. Uno de los tres al menos lo ha dicho abiertamente. Si el resto de los Ministros comparte este punto de vista, probablemente el tema ni siquiera llegue a plantearse formalmente en la Corte, y dichos Ministros continuarán integrando como de costumbre. Si, por el contrario, el resto de los Ministros piensa que el retiro es forzoso, procederán a formar las quinas para proveer las vacantes, aun contra los votos o la protesta de los afectados.

En cuanto al Gobierno, si cree conveniente hacer valer la tesis del retiro forzoso, y provocar así tres vacantes inmediatas, tiene que obtener previamente el acuerdo de los interesados, o al menos del resto de la Corte en número suficiente para hacer mayoría. De lo contrario, el Gobierno tendría que enviar un oficio a la Corte Suprema pidiendo la remisión de las quinas; la Corte respondería haciendo ver la improcedencia de formar las quinas, porque los cargos no están vacantes, y el Gobierno no tendría manera de insistir jurídicamente en su tesis; debería aceptar su derrota política, habiendo ganado de paso tres enemigos en la Corte Suprema innecesariamente. Hay, ciertamente, medios extraordinarios para continuar la batalla: cesar los pagos de sueldos a los Ministros que se considere indebidamente en sus cargos; juicio político por "notable abandono de sus deberes" a los magistrados que no formaron las quinas, y enjuiciamiento por "prolongación indebida de funciones públicas" a los Ministros que insistieron en quedarse. Sería como tomar un cañón para matar un mosquito, y un estado de cosas políticamente desastroso.

Por lo tanto, si se desea provocar las vacancias, hay que hacerlo previo acuerdo con la Corte. Pero ¿vale la pena empeñarse en provocarlas ? A nuestro juicio, y considerando que dos de los tres Ministros en cuestión han mostrado en los últimos tiempos bastante independencia del Gobierno actual, y el tercero no tiene el apasionamiento ni el liderazgo para crearnos problemas serios en lo inmediato, y que además

inevitablemente la edad avanzada los hará retirarse a un plazo no muy largo, no parece existir una conveniencia especial en forzar las vacancias inmediatas, salvo que existiera un acuerdo con los restantes Ministros que hacen las quinas, para proponer el nombramiento de personas de competencia y prestigio y que hubieren sido injustamente postergadas en su carrera por el actual régimen, debido precisamente a su independencia. De ello trataremos más adelante. Nuestro Consejo sería, si no hay una perspectiva muy clara acerca de quiénes serían los reemplazantes, no insistir en la tesis del retiro forzoso.

Tampoco hay que olvidar que el tema no interesa sólo al Gobierno, sino también a los propios Ministros: unos, porque tendrían que irse; otros, por sus perspectivas de sucesión en la Presidencia. Si una mayoría interna de la Corte, por propia iniciativa, opta por la tesis del retiro y envía las quinas al Ejecutivo, éste tendrá que manifestar su punto de vista: si coincide con esa tesis, cursará los nombramientos correspondientes. Si no coincide con ella, deberá provocar un conflicto constitucional, negándose a efectuar los nombramientos, por ser constitucionalmente improcedentes. Creemos que no valdría la pena provocar un conflicto de esta clase sólo por mantener en servicio a tres ancianos Ministros.

En suma, en uno o en otro caso, es políticamente aconsejable atenerse al parecer de la propia Corte, y no tomar ninguna iniciativa sin asegurarse un acuerdo previo sobre los eventuales reemplazantes. Las consultas convendría hacerlas principalmente con Cereceda, Dávila y Aburto.

(2°) Nombramiento de senadores designados. Nos parece casi imposible que la Corte opte por la interpretación según la cual no procede designar senadores en este primer período (véase lo dicho más arriba). Si llegara a darse esta eventualidad improbable, ello crearía una situación muy incómoda para el actual Presidente y para el Consejo de Seguridad, que deben designar a los otros senadores. Incluso en dicho Consejo el Presidente de la Corte Suprema debería seguir el parecer de ésta y oponerse a la designación de los senadores de dicho organismo. En el caso del Presidente de la República, los decretos en que designara a sus dos senadores deberían ser sometidos a control de constitucionalidad por la Contraloría, que debería ser especialmente cuidadosa si ya tuviera el parecer públicamente expresado por la Corte Suprema, en el sentido de que no procede designar senadores. Complica más la situación el hecho de que el Contralor integra también el Consejo de Seguridad Nacional, donde debería expresar su parecer personal. Si el Contralor estimara inconstitucionales los nombramientos, el Presidente de la República podría pedir al

Tribunal Constitucional que zanjara el diferendo. Pero el Tribunal Constitucional, a su vez, está integrado por tres miembros de la propia Corte Suprema... que ya habría expresado su parecer contrario al del Presidente actual. En todo caso, el desenlace de esta situación podría hacer variar el número de senadores que se designara, muy importante para los cómputos de quórum y de mayoría, según se ha explicado precedentemente.

Pero insistimos en que es muy remota la posibilidad de que la Corte Suprema se incline por la tesis de la improcedencia de designar senadores, y que simplemente proceda a hacerlo. Sería entonces importante conversar con los Ministros sobre las personas en quienes recaerían las designaciones: personas razonables, no confrontacionales, y que eventualmente estuvieran incluso dispuestas a renunciar a su cargos (ya que estas vacantes no son llenadas).

(3°) Los miembros de la Corte en el Tribunal Constitucional. Sus representantes actuales son Maldonado (pero no por ser Presidente de la Corte), Aburto y Cereceda. Esto debería conversarse con dichos Ministros: primero, respecto de su actitud general, ya que no se advierten asuntos que pudieren ser materia de pronunciamiento del Tribunal en un futuro inmediato, con la posible excepción de la derogación de la ley de amnistía, si se opta en definitiva por impulsar dicho proyecto, y en segundo término, la actitud de aquellos en cada caso concreto que vaya surgiendo. Una actitud de cooperación positiva de estos Ministros podría verse facilitada por la creación de la Comisión Consultiva Constitucional (véase más arriba), aunque por otra parte, dada la idiosincracia de los Ministros, ello pudiera interpretarse como un intento de influencia o presión indebida sobre ellos. Sólo las conversaciones directas podrían dilucidar el punto.

(4°) El Presidente de la Corte en el Consejo de Seguridad Nacional. Es de extrema importancia, según se ha explicado más arriba, ya que el sector uniformado sólo dispone de cuatro votos en el Consejo, que toma sus acuerdos con cinco al menos; es decir, necesita captar al menos un voto civil. Es una materia que debe conversarse directamente con el Presidente de la Corte.

(5°) Designaciones en vacantes y nuevos cargos. Hay un número no despreciable de magistrados de gran prestigio, reconocida independencia y merecimientos, que han sido injustamente postergados en sus justificados deseos de llegar a la Corte Suprema, y que esperan que durante el Gobierno democrático se les haga justicia. Por otra parte, es indudable que su llegada a la Corte Suprema mejoraría el nivel actual de ella y

contribuiría a una integración más equilibrada de la misma.

Las primeras vacantes que podrían presentarse, dentro del cuadro analizado más arriba, serían las de Retamal, Correa y Ulloa, por edad. Para llenar estas vacantes, debe tratarse de llegar a un acuerdo con los actuales Ministros, a fin de que incluyan en las correspondientes quinas a los magistrados que el nuevo Gobierno estime merecedores de ser nombrados para poder elegir entre ellos. Si no se llega a tal acuerdo, y los Ministros actuales insisten en incluir sólo nombres inaceptables, la única manera de imponerse a la mayoría de la Corte es aprovecharse de la disposición constitucional conforme a la cual en toda quina debe figurar por derecho propio el Ministro más antiguo de la categoría inferior. Si los restantes nombres no son adecuados, la política de nombrar al "derecho propio" equivaldría a designar en las primeras vacantes a Víctor Hernández Rioseco, Ministro en Concepción, injustamente postergado mucho tiempo, y con merecimientos suficientes, y a Enrique Paillás, actual Presidente de la Corte de Santiago, que ha dado sobradas muestras de coraje cívico e independencia, tanto en la Corte de Apelaciones de Santiago como en la Corte Marcial. Luego vendrían dos Ministros de Temuco: Orlando González Castillo y Oscar Carrasco Acuña, este último muy buen jurista.

Si tales vacantes no se producen por esa vía, creemos que serían necesarias dos medidas:

(a) Dictación de una ley (común) semejante a la que dictó el Gobierno en 1989, ofreciendo beneficios extraordinarios de retiro para los Ministros de la Corte Suprema, pero sin limitación de edad ni señalamiento de plazo. Ello podría hacer más fácil el retiro a quienes decidieron permanecer, y tal interesaría también a los de más edad, próximos a los 75 años (Zurita, Béraud), en un retiro anticipado.

(b) El número de miembros de la Corte Suprema es actualmente de 17, pero no está fijado en la Constitución, sino en el Código Orgánico de Tribunales. La ley orgánica constitucional sobre el Poder Judicial seguramente mantendrá ese número. Como se ha explicado precedentemente, si no alcanza a dictarse esa ley orgánica antes del 11 de Marzo de 1990, adquirirá esa categoría ipso jure el actual Código Orgánico de Tribunales. Hubo una tentativa (desistida) de Rosende por aumentar a 21 el número de miembros de la Corte, idea que ésta resistió, aunque probablemente por las personas que se pensaba designar (el Ministro Dreyse, Ambrosio Rodríguez y el "Fiscal Torres"). Personalmente, creemos que el actual número de 17 miembros es suficiente para las necesidades de la Corte, pero que es neces-

rio aumentar el número en cuatro plazas (a menos que por alguna vía se produjere un número elevado de vacancias muy pronto, lo que no divisamos), para equilibrar la Corte. Si el número de Ministros queda fijado en la Ley Orgánica Constitucional, habría que reunir la mayoría parlamentaria necesaria para reformarla.

El posible parecer contrario de la Corte Suprema no sería, en todo caso, obligatorio, y podría evitarse previo acuerdo acerca de las personas que se designarían.

En efecto, aunque fuera posible llegar a entendimientos satisfactorios con la actual Corte, es imposible ignorar el hecho de que durante el actual régimen numerosos magistrados que tenían sobrados merecimientos por su talento, conocimientos, integridad e independencia para llegar a la Corte Suprema, fueron empujados al retiro (Rubén Galecio, José Cánovas) o postergados por no haber mostrado incondicionalidad al Gobierno (Adolfo Bañados, Enrique Paillás, etc.: la lista es larga). Los que permanecen en la carrera esperan, con toda justicia, que habiendo sacrificado sus aspiraciones debido a su integridad moral, se les haga justicia al restablecerse el régimen democrático. No será posible satisfacer las aspiraciones de todos, al menos no en forma inmediata, pero debe hacerse un esfuerzo en este sentido. La creación inmediata de cuatro nuevas plazas, más el retiro previsible dentro de un plazo prudente, de los Ministros más ancianos; más los que se sientan inclinarse con una buena ley de retiro, irán creando las oportunidades para reparar injusticias y elevar la categoría cívica y jurídica de la Corte Suprema.

(6°) Abogados integrantes. Será preciso poner término al cargo de los actuales, designados fundamentalmente por su adhesión al régimen. Podría ser conveniente pensar en su supresión total, al menos en la Corte Suprema (y ello podría servir de justificación al proyecto de aumento en cuatro plazas). Entendemos que incluso en el programa de Renovación Nacional figura también la supresión de los cargos de abogados integrantes. De mantenerse la institución, sería preciso, en lo inmediato, convenir nombres con la Corte Suprema, y a mediano plazo, volver al sistema antiguo: preparación de listas por el Colegio de Abogados u otras instituciones representativas; formación de ternas o quinas por la Corte Suprema; elección por el Ejecutivo y (en el caso de integrantes de la Corte Suprema) confirmación por el Senado.

(7°) Justicia Militar. Es de toda urgencia (ya se han explicado más arriba algunas de las razones que le confieren este carácter) restringir inmediatamente la competencia de los tribunales militares, conforme a los dos principios esenciales:

sólo deben juzgar a militares (es decir, a personas que tenían ese carácter al delinquir) y por delitos estrictamente militares.

Es probable que en la Ley Orgánica del Poder Judicial o en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas se contengan disposiciones que tiendan a mantener la actual competencia hipertrofiada de los tribunales militares. Si es así, eso debe modificarse cuanto antes, procurando formar las mayorías necesarias para la reforma de leyes orgánicas constitucionales. Hemos observado un ambiente general favorable a la restricción de competencia militar, por encima de bandos políticos. En caso extremo, ello debe hacerse incluso contra el parecer de la Corte Suprema (que sólo es consultivo) o del Consejo de Seguridad Nacional (que tiene el mismo carácter). Si tales leyes orgánicas constitucionales no intentan inmovilizar y fijar la actual competencia de los tribunales militares, la tarea es más fácil, pues se trataría de modificaciones a leyes comunes: Código de Justicia Militar; Ley de Seguridad del Estado; Ley Antiterrorista; Ley de Control de Armas, etc.

Aparte de la razón de evidente justicia de los principios ya enunciados, hay que agregar la iniquidad demostrada por Fiscales y Jueces Militares, incluidos los Ministros uniformados de la Corte Marcial, durante todos estos años, y además, que es la única solución pronta para dar libertad provisional y un juicio justo a tantos procesados actuales.

(8°) Juicios sobre derechos humanos y similares.

Materia importantísima de conversación con la Corte Suprema es la actitud que sus miembros tomarán en los juicios relativos a los derechos humanos (los procesos en actual tramitación o sobreesidos, y que no estén cubiertos por la ley de amnistía, entre ellos el "proceso de los pasaportes", del caso Letelier). Hay que obtener de ellos un compromiso de una actitud de estímulo y no de obstáculo para los investigadores. Si se optara por la derogación de la ley de amnistía y fuera posible lograrla, esa actitud debería hacerse extensiva a los juicios a que esa derogación diera origen.



#### IV. PROBLEMAS RELATIVOS A LAS FUERZAS ARMADAS.

Son potencialmente los más difíciles, ya que los desacuerdos pueden en este terreno ser resueltos por la fuerza, que está en poder de una de las partes en la controversia. Por otra parte, es el terreno en que existe un mayor grado de desconocimiento mutuo entre los interlocutores. A ello se añade la actitud de desafío y atrincheramiento en sus posiciones que las Fuerzas Armadas - o más específicamente, el Ejército - han asumido públicamente. Su incondicionalidad, rayana en el servilismo, para con PINOCHET. Las declaraciones públicas que caen de lleno en la deliberación e intervención política. Además, se ha dado a las Fuerzas Armadas un grado de autonomía jurídica y de gravitación institucional considerable a través de la Constitución de 1980 y la proyectada Ley Orgánica Constitucional sobre las Fuerzas Armadas. Y por sobre todo, está la permanencia de PINOCHET, después de encabezar 16 años dictatorial, y repudiado en el plebiscito, a la cabeza del Ejército (y eventualmente, la permanencia de otros compañeros de ruta).

Sin embargo, hay vías de solución de estos problemas. Los analizaremos por separado.

1. EL CONSEJO DE SEGURIDAD Y SU COMPOSICION. Aunque en materia política el Consejo no tiene un poder decisorio, es evidente que la expresión de su parecer - por cierto, lo expresará en caso de reparo o desacuerdo, no de aprobación - tendrá un peso intimidatorio sobre otras instituciones:

Tribunal Constitucional, Corte Suprema, y las fuerzas políticas con las cuales estemos buscando consenso. Ya nos hemos referido más arriba al hecho de que una opinión del Consejo que sea desoída por los poderes civiles servirá de advertencia primero y de excusa después, para un eventual golpe de Estado.

También hemos explicado que se deben realizar esfuerzos por alinear las fuerzas dentro del Consejo en una distribución 4-4 entre los civiles y los militares, lo que bastaría para paralizar la acción del Consejo, que necesita cinco votos conformes para adoptar acuerdos. Se cuenta, por cierto, con el voto del Presidente de la República. Si se dispone de mayoría simple en ese cuerpo, también se contará con el voto del Presidente del Senado. Es razonable pensar que en muchas materias se pueda contar con el voto del Presidente de la Corte Suprema (veáse lo dicho respecto de este cargo en el capítulo anterior). La mayor incógnita radicará en el Contralor General. Si ITURRIAGA renuncia antes del 11 de Marzo (sea o no para ser senador designado), su sucesor alcanzará a ser nombrado por PINOCHET y la Junta; muy probablemente será alguien como SERGIO FERNANDEZ, y no habrá posibilidad de contar con él. Si ITURRIAGA permanece, no es imposible contar con él, al menos en ciertas materias o cuando la posición de los uniformados sea abiertamente irrazonable o partidista. Si ITURRIAGA renuncia, pero después del 11 de Marzo, su sucesor debería ser nombrado por el nuevo Presidente, con acuerdo del Senado, donde seguramente aunque no se dispusiere siquiera de mayoría simple, no sería difícil alcanzar consenso sobre un nombre.

Si llega a obtenerse una división de votos como la señalada, la adopción de acuerdos por el Consejo quedaría efectivamente bloqueada. Aun en el caso de que los uniformados pudieran añadir a sus cuatro votos el del Contralor General y así obtener una mayoría 5-3, el pretexto para el golpe de Estado se vería considerablemente disminuído, ya que a diferencia de lo que ocurrió en 1973, no se advertiría al Ejecutivo aislado, con el Legislativo, el Judicial y la Contraloría en contra, sino que las Fuerzas Armadas se verían enfrentadas a los tres poderes del Estado y sólo respaldados por un funcionario designado por ellas mismas y que no recibe su autoridad de la voluntad popular.

En segundo término, no debe desecharse la posibilidad de que los votos uniformados no se dobleguen unánimemente ante PINOCHET. El sometimiento que los tres Comandantes restantes han mostrado ante PINOCHET durante este régimen no se debe sólo a su carácter de Comandante en Jefe de la rama más poderosa de las Fuerzas Armadas (cargo que conservará), sino a que a la vez ha sido Presidente de la República, lo que le confiere un mando superior sobre todas las Fuerzas Armadas. Dentro del Consejo de Seguridad podrán mostrar mayor independencia, al encontrarse en un plano de igualdad, al menos jurídica. De todos modos, no hay muchos antecedentes concretos que permitan confiar en una situación como esa respecto de la Marina y de la Fuerza Aérea. Pero sí es bastante posible respecto de Carabineros STANGE ha dado mayores muestras de independencia y flexibilidad; su arma tiene una naturaleza y una función distintas de las otras; saben que una vez que las Fuerzas Armadas se retiren a sus cuarteles, los Carabineros tendrán que seguir en las calles,

en contacto diario con los civiles, y que deben recuperar la confianza y el afecto de éstos. Además, numéricamente están muy por encima de la Marina y de la FACH, y en caso de un enfrentamiento, tienen mucho más movilidad y capacidad operativa terrestre y urbana que los buques y los aviones. En suma, todo aconseja cultivar buenas relaciones con el Cuerpo de Carabineros, atenderlos en sus necesidades institucionales -muy reales, por lo demás- y procurar restablecer su prestigio público, de tal modo que PINOCHET no pueda dar por descontada la sumisión incondicional de Carabineros dentro del Consejo de Seguridad. Ninguna resolución de ese Consejo serviría de pretexto creíble a un eventual golpe si Carabineros no hubiera concurrido a dar su voto favorable a la misma.

Veáse lo dicho más arriba a propósito de la conveniencia de que los acuerdos del Consejo de Seguridad se haga públicos y que conste la división de votos, cuando ella se haya producido.

Con el tiempo, y cuando las circunstancias políticas lo permitan, debería procurarse reducir el ámbito del Consejo de Seguridad estrictamente a materias de ese orden: seguridad exterior e interior; limitar su actuación a los casos en que el Presidente de la República requiera su parecer, y en esas circunstancias integrarlo sólo con personas vinculadas por su actividad y experiencia a la seguridad nacional: no se advierte qué papel tiene que jugar en él, por ejemplo, el Presidente de la Corte Suprema o el Contralor General.

2. LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS. No despachada aun al escribirse este trabajo, su intención parece ser la de establecer una autonomía absoluta de las Fuerzas Armadas (se dice que Carabineros es materia de ley separada) en lo relativo al ingreso, calificaciones, ascensos y retiros; designaciones (incluidas la del Comandante en Jefe y otros grados superiores) y destinaciones; remuneraciones y presupuesto institucional; programas de estudio y planes operativos. La fórmula eufemística de que ciertas designaciones serán hechas por el Presidente de la República "a propuesta" del Comandante en Jefe, no basta para disimular el hecho evidente de que en tal caso es verdaderamente el Comandante quien hace el nombramiento, no el Presidente, que se limita a prestar su asentimiento, como un monarca constitucional.

Es difícil hacer mayores comentarios a estas alturas sobre la referida ley, sin conocer con absoluta certeza su proyecto, ni la forma en que será despachada. Parece ser cierto que en el propio seno de la Junta no hay unanimidad de pareceres, y luego será el Tribunal Constitucional quien deberá examinar la ley, por ser orgánica constitucional. Si a pesar de estos controles la ley invade las prerrogativas constitucionales del Presidente, o lleva la autonomía más allá de lo razonable, será preciso obtener las mayorías necesarias para la revisión de una ley orgánica constitucional. A pesar de lo delicado del tema, es éste un campo en que desde ya han expresado la necesidad de alcanzar un consenso hasta los sectores políticamente más vinculados al régimen, por lo que nos inclinamos a pensar que será

posible alcanzar políticamente al menos ciertos acuerdos mínimos.

3. PERMANENCIA EN SUS CARGOS DE LOS COMANDANTES EN JEFE. De acuerdo con el art. 91 de la Constitución, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros duran cuatro años en sus funciones y gozan de inamovilidad, pero no pueden ser designados para un nuevo período. Excepcionalmente, pueden ser removidos por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional. Su nombramiento es hecho por el Presidente de la República, pero éste está limitado a escoger entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad que reúnan los requisitos exigidos por los respectivos "estatutos institucionales".

La disposición octava transitoria de la Constitución señala que el plazo de duración de cuatro años para los Comandantes "se contará a partir de cuatro años del término del señalado período presidencial" (el que PINOCHET sirve actualmente). Esto es, permite a PINOCHET, MERINO, MATTHEI y STANGE permanecer como Comandantes de sus respectivas instituciones, si lo desean, todo el período presidencial de AYLWIN. PINOCHET y STANGE ya han anunciado su propósito de permanecer en sus cargos. MATTHEI, después de haber anunciado su retiro, muestra haber cambiado de opinión. Sólo MERINO ha insistido en que se retirará, aunque nada es seguro mientras no lo haga.

Por cierto, es la presencia de PINOCHET la que causa verdaderos problemas políticos, y si efectivamente permanece en el cargo, sería incluso

conveniente, por lo expuesto más arriba, que STANGE también permaneciera en el suyo.

Descartando las hipótesis de muerte, incapacidad física sobreviniente o decisión espontánea, sobre las cuales es imposible especular, no existe manera de forzar jurídicamente la salida de PINOCHET, salvo dos:

(1) Una reforma constitucional (ya que la inamovilidad brota de la Constitución misma y no de una ley), la que requeriría circunstancias políticas muy especiales: situaciones críticas creadas por la permanencia de PINOCHET; coraje cívico de quienes nos apoyaran con sus votos a aprobarla; seguridad de que las restantes ramas de las FF.AA. y Carabineros no acompañarían al Ejército en una tentativa de golpe para mantener a PINOCHET. Se trata de un cúmulo de circunstancias difíciles de producir, al menos en un momento inicial. No parece aconsejable tratar de forzar esta vía como un paso inicial.

(2) El juicio político. Mediante una acusación constitucional, aprobada por simple mayoría en la Cámara y por mayoría absoluta de los miembros en ejercicio en el Senado, puede destituirse a cualquier General o Almirante "por haber comprometido gravemente la seguridad o el honor de la nación". La aprobación de esta acusación destituye al culpable de su cargo (en este caso, el de Comandante en Jefe). Más adelante nos referiremos a este recurso extremo, que no es aconsejable sino en situaciones muy críticas, donde no se divise otra salida, y para cuyo éxito se requieren condiciones políticas muy parecidas a las del caso anterior, salvo las mayorías en las cámaras, que son mucho más reducidas en este caso.

Nos parece que éste es un terreno en que tendrán que ser la habilidad política y la persuasión moral del Presidente AYLWIN los que desempeñen el papel decisivo, para ir creando un clima de concordia con Carabineros y el resto de las Fuerzas Armadas, y en la medida de lo posible, con el Ejército. Tal como señalamos en el caso de la Corte Suprema, estos contactos tienen que ser primordialmente personales, y no oficiales ni institucionales (lo que por otra parte sería difícil mientras PINOCHET conservara la Comandancia).

No puede descartarse un cuadro político en el cual PINOCHET pueda ser persuadido a retirarse. Si tiene la ambición (como parece ser el caso) de ser llamado democráticamente a la Presidencia en cuatro años más, resultaría más favorable para él encontrarse en situación de retiro y de espectador crítico (tal vez incluso como senador vitalicio) (el síndrome "Cincinato") que como Comandante en Jefe todavía en actividad y que se ha mantenido como un factor de perturbación y enfrentamiento con el poder civil durante cuatro años. Difícilmente podría encarnar en ese caso un amplio consenso nacional.

Es igualmente muy probable que PINOCHET exigiera ciertas seguridades para acceder a retirarse: seguridades para sí y su familia (no sólo en cuanto a protección contra atentados materiales, sino también seguridad de no ser sometido a juicio político ni a enjuiciamiento penales por actos de su administración) y seguridades para las Fuerzas Armadas en general y el Ejército en particular (intangibilidad de determinadas disposiciones constitucionales o de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas;



renuncia a revisar la Ley de Amnistía; imposición del nombre de su sucesor, etc.). Todo esto es especulación, y es imposible avanzar mayores consejos sobre materia.

El eventual retiro de PINOCHET no resuelve por sí solo todos los problemas, ya que es preciso escogerle un sucesor (tal vez acordado con él mismo como parte del precio por su retiro). Aunque el Presidente quedara en libertad de escoger al nuevo Comandante, la Constitución lo limita bastante, pues le exige nombrar a uno de los cinco oficiales generales de mayor antigüedad. Obviamente, todos ellos, al 11 de Marzo de 1990, serán personas nombradas por PINOCHET sobre la base de una lealtad incondicional hacia su persona. Al momento de escribir estas líneas los cinco generales que siguen a PINOCHET son: JORGE LUCAR, PATRICIO GUALDA, HUGO SALAS, LUIS SERRE y LUIS HENRIQUEZ RIFFO. Sin conocerlos mayormente, las declaraciones abiertamente políticas de LUCAR y SERRE harían inconveniente escoger a uno de ellos. SALAS tiene el antecedente de haber sido, aunque por breve tiempo, Jefe de la CNI. Sería preciso informarse sobre los otros. La lista puede variar de aquí a Marzo por decisión presidencial, o si alguno de los nombrados decide también retirarse, siguiendo los pasos de PINOCHET.

De todos modos, pese a la enorme influencia de PINOCHET, y por incondicional que apareciera la imagen de cualquier sucesor, la situación no es la misma en el Ejército cuando un jefe ha dejado el mando. La gran habilidad de PINOCHET (a diferencia de lo que ocurrió en los regímenes militares de Argentina, Uruguay o Brasil) consistió en conservar la titularidad de la Comandancia en Jefe y en no

dejarla al pasar a desempeñar la Presidencia. En fin, aunque su sucesor siguiera estrictamente la línea de PINOCHET y estuviera bajo su influencia, no tendría sobre el Ejército la autoridad y el ascendiente que tuvo PINOCHET.

Este asunto es el que presenta más incógnitas; en que hay que tener más confianza en la inteligencia del Presidente AYLWIN y esperar que "en el camino se arregle la carga".

(3) Si en algún momento hay mayoría o consenso para una reforma constitucional, sería muy importante hacer volver a Carabineros a la dependencia del Ministerio del Interior, responsable del Orden Público, donde tiene su situación lógica y tradicional, y puede además actuar más eficazmente como presencia disuasiva frente a las tentaciones golpistas de las Fuerzas Armadas. Véanse los párrafos anteriores sobre la especial importancia de robustecer los vínculos con Carabineros y su independencia institucional.

También necesitaría reforma constitucional el traspaso de Investigaciones a la dependencia del Poder Judicial, como policía de esta naturaleza, según lo hemos expuesto más arriba.

## V. PROBLEMAS RELATIVOS A LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Está claro que la realización de una política determinada, aparte de la estructura y las herramientas jurídicas (Constitución, leyes, decretos) requiere de un equipo humano para llevarla a cabo. Parece también lógico que, al menos a los niveles superiores, encargados en parte de formulación de políticas y planes de acción, y en todo caso de su implementación práctica, el equipo humano comparta las ideas básicas del Gobierno en el poder.

Por otro lado, es justo proteger al funcionario público en su carrera y estabilidad de trabajo, mientras cumpla leal y disciplinadamente sus deberes, respetando su ideología personal y no dejando su sustento y el de su familia enteramente a merced de los vaivenes políticos.

Tal era, aproximadamente, el sistema que existía antes del golpe militar: el Gobierno designaba libremente los cargos más altos en cada organismo o repartición, y el personal de planta no podía ser despedido arbitrariamente, si su cargo no era de confianza exclusiva, sino previo un sumario que acreditara causales suficientes.

El problema con que se va a encontrar el futuro Gobierno, sin embargo, es diferente, ya que el régimen militar, en uno de sus primeros actos, declaró el interinato general de toda la administración pública; eliminó luego arbitrariamente y por razones ideológicas y políticas a gran número de funcionarios; los reemplazó por gente adicta a sus ideas y jefes, y luego restableció para éstos la inamovilidad funcionaria. Más todavía: se han introducido limitaciones

severas respecto de la libre designación presidencial. En fin, la autonomía casi total otorgada a algunos organismos importantes, unida al hecho de que sus directivas son o serán designadas todavía por el actual régimen, termina por restringir abusivamente el margen de libre elección del nuevo Gobierno para designar las personas con las que quiere llevar a cabo su política.

Examinaremos los principales aspectos de esta situación:

#### 1. NOMBRAMIENTOS.

En materia de nombramientos, el art. 32 de la Constitución confiere al Presidente de la República las siguientes atribuciones:

"9<sup>o</sup> Nombrar y remover a su voluntad a los Ministros de Estado, subsecretarios, intendentes, gobernadores y a los alcaldes de su designación

"10<sup>o</sup> Designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales.

El mismo No 1)<sup>o</sup> declara que los funcionarios indicados en ambos numerales "serán de la confianza exclusiva del Presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella".

"12<sup>o</sup> Nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles 'en conformidad a la ley'. La remoción de los demás funcionarios se hará de acuerdo a las disposiciones que ésta determine".

Tratándose de designaciones judiciales, el Presidente puede nombrar a los miembros de los Tribunales

Superiores de Justicia y a los jueces letrados, pero a proposición de la Corte Suprema y las de Apelaciones. En materia de remociones sólo puede solicitarlas a la Corte Suprema, por razón de mal comportamiento.

Ya hemos visto las limitaciones existentes en materia de nombramientos y retiros cuando se trata de las Fuerzas Armadas, donde las facultades del Presidente de la República son casi inexistentes.

Para el nombramiento de Contralor General de la República necesita acuerdo del Senado.

Puede designar libremente los senadores que la Constitución le adjudica, y el miembro del Tribunal Constitucional que le corresponde.

De este modo, en materia estrictamente administrativa, las atribuciones del Presidente de la República pueden calificarse así:

(1) Por disposición constitucional, de la que no se puede ser privado sin una reforma de esta naturaleza, puede designar y remover con libertad:

a) Ministros de Estado, subsecretarios, intendentes, gobernadores y alcaldes "de su designación". Cuáles sean los alcaldes de designación del Presidente de la República lo debe determinar una ley, conforme al art. 108 de Constitución. Esa ley es una ley común, no orgánica constitucional, ni de quorum calificado. En las comunas que la ley no haya reservado al Presidente de la República, los alcaldes son designados por los consejos Regionales de Desarrollo (COREDES) a propuesta de los Consejos de Desarrollo Comunal (CODECOS).

b) Los funcionarios que "la ley" denomina como de su exclusiva confianza. Nuevamente es una ley común la que podrá determinar qué funcionarios son de "exclusiva confianza" del Presidente de la República.

c) El nombramiento (provisión) de los demás empleos civiles lo hace también el Presidente, pero "en conformidad a la ley", y la remoción de los demás funcionarios se hace "de acuerdo a las disposiciones de la ley".

La mención de "la ley" que hace la Constitución sin señalar que se trate de ley orgánica constitucional o de quorum calificado, indica que es ley simplemente común. Pero la situación se complica, porque el art. 38 de la Constitución dispone que "una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, GARANTIZARA LA CARRERA FUNCIONARIA... etc.". Ya se comprenderá que bajo el rubro genérico de "garantizar la carrera funcionaria" esa ley orgánica constitucional puede colocar restricciones o cortapisas en todos aquellos aspectos en que la Constitución no establezca derechamente la facultad libre del Presidente y la someta a la reglamentación "de la ley", de tal modo que esas limitaciones no puedan ser modificadas sino por el procedimiento correspondiente a la modificación de las leyes orgánicas constitucionales. Y lo que es más: la ley común a la cual se refiere la Constitución como fuente de limitación del poder presidencial vendría en la práctica a convertirse en ley orgánica constitucional, en la medida de que dispusiera cosa distinta de lo establecido en aquella, es decir, la reformara.

Las leyes a que nos hemos referido ya han sido dictadas: son la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado (Ley 18.575) y el Estatuto Administrativo (Ley 18.834).

2. Ley Orgánica Constitucional No 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado.

Ella contiene dos disposiciones limitativas de la facultad presidencial de nombramientos.

(1o) El art. 42, después de repetir la regla constitucional de que los Ministros, Subsecretarios, Intendentes y Gobernadores son de la exclusiva confianza del Presidente de la República, agrega que "los jefes superiores de servicio, con excepción de los rectores... etc." son también de la exclusiva confianza del Presidente de la República". La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de Octubre de 1986, al controlar la constitucionalidad de esta ley, dictaminó que esa disposición era ley común, no orgánica constitucional (dicho de otra manera, una ley común dictada antes del 11 de Marzo próximo podría disponer que los jefes superiores de servicio NO fueran de la confianza exclusiva del Presidente de la República, y por lo tanto no pudieran ser removidos a voluntad de éste, sino mediante el procedimiento legal).

(2o) El art. 51, inciso 2o, reconoce que corresponde a una ley común determinar qué cargos tendrán la calidad de confianza exclusiva del Presidente de la República, pero establece una limitación importantísima: esa ley común sólo podrá conferir esa calidad a empleos que correspondan a los dos primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio, sin contar para estos efectos

los cargos declarados directamente de confianza exclusiva por la Constitución en los Nos 9 y 10 del art. 32. En otras palabras, una ley común puede designar como de exclusiva confianza los cargos que sigan en jerarquía debajo de subsecretarios, intendentes, gobernadores, embajadores, ministros diplomáticos y representantes ante los organismos internacionales. En los demás "órganos" o "servicios", la ley común sólo podrá otorgar el rango de cargo de confianza exclusiva a los <sup>dos</sup> primeros niveles jerárquicos, y como el cargo del jefe superior ya está designado como tal directamente por la Ley Orgánica Constitucional, en la práctica la ley común solo podría extender tal calidad al cargo que le siguiera en jerarquía.

A nuestro juicio, una ley orgánica constitucional no puede imponer o limitar el contenido de una ley común que verse sobre su propio campo, porque la delimitación del ámbito y materias de cada clase de ley lo hace directamente la Constitución. De otro modo, a través del procedimiento de limitar la dictación o contenido de las leyes comunes a través de las leyes orgánicas constitucionales, en la práctica todas las materias pasarían a estar reglamentadas por leyes de esta índole. Sin embargo, el Tribunal Constitucional zanjó la cuestión en sentido contrario al controlar la constitucionalidad de la Ley Orgánica de bases de la Administración Pública (sentencia de 2 de Octubre de 1986), y estableció que la ley orgánica constitucional podía restringir la libertad de la ley común para la calificación de cargos de confianza exclusiva, limitándola a los dos primeros grados jerárquicos, pues ello caía dentro de su atribución constitucional (art. 38) de



"garantizar la carrera funcionaria". No es posible, por lo tanto, volver a promover cuestión de constitucionalidad sobre el punto, ni ante el Tribunal Constitucional, que ya se pronunció, ni ante la Corte Suprema, que no puede rever los puntos ya decididos por el Tribunal Constitucional.

3. Ley 18.834 (ley común), Nuevo Estatuto Administrativo.

En su art. 7º señala que serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, los siguientes:

- a) En los Ministerios, los cargos de Secretario Regional Ministerial y Jefe de División, y
- b) En los servicios públicos, el jefe superior, con excepción de los rectores, etc.

Se repite, en consecuencia, la regla general fijada por la ley 18.575.

4. Ingreso y Cesación de Funciones.

Fuera de los cargos de confianza exclusiva, la ley orgánica 18.575 establece el ingreso a las categorías inferiores mediante concurso público, y los restantes nombramientos por ascenso en el escalafón, tomando en consideración las calificaciones, mérito, antigüedad, idoneidad, etc. Sólo excepcionalmente podrá designarse a un funcionario por concurso.

El Estatuto Administrativo establece reglas parecidas. El ingreso a los cargos de carrera se hará por concurso público y procederá en en el último grado de la planta. Los demás cargos se proveerán por ascenso, sobre las bases señaladas en el párrafo anterior. Los nombramientos serán efectuados por los Ministros, Intendentes o

Gobernadores, respecto de los empleos de su dependencia, y por los jefes superiores en los demás servicios públicos.

Para la cesación en el cargo, la ley orgánica 18.575 garantiza la estabilidad en el mismo, y limita las causales de cesación a las siguientes:

- a) Renuncia voluntaria debidamente aceptada;
- b) Jubilación;
- c) Desempeño deficiente;
- d) Incumplimiento de sus obligaciones;
- e) Pérdida de requisitos para ejercer la función;
- f) Término del período legal de designación, y
- g) Supresión del empleo.

Las causas de desempeño deficiente y de incumplimiento de obligaciones deberán acreditarse por las calificaciones o por el resultado de un sumario.

El Estatuto Administrativo agrega una causal obvia, el fallecimiento, y otras dos: la "declaración de vacancia" y la "destitución". La declaración de vacancia sólo procede en los cargos de confianza exclusiva, cuando el funcionario se niega a presentar la renuncia que se le ha solicitado. También es procedente por salud irrecuperable; pérdida de alguno de los requisitos para ejercer la función y calificación funcionaria como deficiente. La destitución procede como sanción después de un sumario administrativo, pero no puede aplicarse por la realización de actividad política en la repartición (que sin embargo, es una falta), sino por otras (como huelgas, sabotaje, etc.)

En consecuencia, la posibilidad de proceder a una reorganización en gran escala del personal de la

administración pública es bastante limitada. Como vías posibles sugerimos las siguientes:

(1o) Reforma de la Ley Orgánica Constitucional 18.575 en alguno de los siguientes sentidos:

1o Declarando por un tiempo determinado el interinato general de toda la administración pública (o de las reparticiones en que se crea necesario hacerlo) y que será causal de cesación de funciones (con o sin algún tipo de indemnización) el hecho de no ser confirmado en el cargo a la expiración del plazo de interinato;

2o Extendiendo la calidad de cargos de confianza exclusiva a niveles más bajos que los actualmente permite la ley, sea de modo permanente, sea por un tiempo determinado, para permitir la libre remoción y designación por parte del Presidente.

(2o) Uso de la causal de "supresión del empleo" que contempla la Ley 18.575 para la cesación de funciones.

Conforme al art. 62 No 2o de la C.P., será materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República "crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales suprimirlos, y determinar sus funciones o atribuciones". No establece la Constitución que ello deba hacerse por ley orgánica constitucional ni por ley de quórum calificado, de modo que todo eso puede hacerse por ley común.

De este modo, pueden reducirse plantas de personal e incluso llegar a la supresión completa de servicios públicos (salvo aquellos, como los Ministerios, que deben existir necesariamente por disposición constitucional o

ley orgánica, pero incluso respecto de éstos pueden reducirse las plantas). En todos estos casos, quienes desempeñaban cargos suprimidos en la nueva planta, cesan en sus funciones, lo mismo que aquellos que laboran en los servicios suprimidos. Si los servicios eliminados desempeñaban funciones públicas que se crea necesario conservar y que no puedan ser traspasadas a otros, pueden crearse organismos nuevos, con funciones semejantes a las que tenían los suprimidos, teniendo sí cuidado de no declarar a los nuevos "sucesores legales" o "continuadores" de los anteriores, ya que ello complicaría jurídicamente la situación de los empleados de los servicios originales, dada la continuidad jurídica entre ambas instituciones.

Respecto del costo de este método de renovación de la administración pública, hay que tener en consideración que el art. 148 de la Ley 18.834 (Estatuto Administrativo) establece que cuando la supresión del empleo se produce por procesos de "reestructuración o fusión", los funcionarios de planta que cesaren en sus cargos a consecuencia de no ser encasillados en las nuevas plantas y que no cumplieren con los requisitos para acogerse a jubilación, tendrán derecho a gozar de indemnización equivalente a la remuneración de un mes por cada año de servicio, con un máximo de seis.

Esa disposición, estando contenida simplemente en una ley común, puede ser derogada o modificada mediante otra ley común, pero si no se desea crear un problema humano de cesantía masiva sin indemnización, se le puede mantener tal como está o modificado. Debe sí, tenerse presente que la ley otorga esta indemnización cuando la supresión del cargo

se produce "por reestructuración o fusión" de organismos; no por la simple supresión de éstos.

Como se advierte, el empleo de esta vía es más fácil (sólo requiere aprobación de ley común), pero puede ser oneroso si se otorgan las indemnizaciones, y crear un problema social si los despidos son masivos en exceso. Sería preciso evaluar cuidadosamente cuántos y cuáles funcionarios sería realmente necesario eliminar; calcular el costo de las indemnizaciones, si procedieren, y encontrar financiamiento para las mismas, todo lo cual excede los límites de este trabajo.

#### 5. Autonomía de Servicios.

La libertad de acción del Gobierno se ve limitada por causa de la autonomía excesiva de algunos organismos contemplados en la Constitución. Estos problemas son de dos categorías: (1) Los derivados de las disposiciones de fondo, es decir, de las facultades administrativas independientes que se otorgan por la Constitución o la ley orgánica constitucional a determinados organismos, y 2) Los derivados de que el gobierno y dirección de tales organismos quedarán entregados durante el próximo período presidencial a funcionarios designados por este Gobierno, que con seguridad impulsarán políticas precisamente contrarias a las de éste.

Nos limitaremos a examinar los casos más importantes;

- a) Banco Central;
- b) Televisión y Prensa;
- c) Municipalidades y Codecos;
- d) Coredes.

a) Banco Central. La Constitución lo ha elevado a rango constitucional, aunque curiosamente no ha señalado cuáles sean sus funciones ni atribuciones, lo que entrega a una ley orgánica constitucional. El interés principal de la Constitución parece haber sido impedir que el Banco Central pueda financiar gastos públicos u otorgar préstamos al Estado, sus organismos o empresas, salvo en caso de guerra, y en limitar su campo de operaciones al trato con instituciones financieras, públicas o privadas. Para que tal propósito (prohibición de préstamos mediante emisiones) fuera realmente operante, habría sido necesario que la Constitución otorgara al Banco Central el monopolio de la emisión de moneda y billetes, lo que no hace; solamente establece esta exclusividad la Ley Orgánica del Banco Central, No 18.840. El hecho, sin embargo, es significativo, por las diferentes mayorías que se necesitan para modificar una ley orgánica constitucional (como es actualmente el caso) y una reforma constitucional (que no es necesaria).

El control constitucional de la Ley Orgánica del Banco Central, hecha por el Tribunal Constitucional por sentencia de 20 de Septiembre de 1989, señala numerosas disposiciones de esa ley que no son propiamente materia de ley orgánica constitucional, aunque estén incorporadas en su texto, sino materia propia de ley de quorum calificado o de ley común; por lo tanto, el Tribunal no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de tales pasajes de la ley, y por otra parte, para modificarlos no se necesitarán las mayorías propias de ley orgánica, sino las de ley de quorum calificado o de ley común, según el caso.

El grado de independencia que la Ley Orgánica Constitucional otorga al Banco Central en relación con la política económica del Gobierno es excesivo; no obstante, no parece plantear un problema político inmediato, especialmente por el acuerdo alcanzado en cuando a la designación de los miembros de su Consejo directivo. Sin embargo, señalaremos que aparte del monopolio de la emisión de moneda y billetes y algunas relativas a la regulación del dinero en circulación y de crédito (fijar el encaje, las tasas de interés, dar normas sobre captaciones de dinero del público, ciertas regulaciones de las operaciones de cambios internacionales, restricciones y fiscalización de las mismas), la mayor parte de las funciones y atribuciones del Banco Central aparecen en su ley orgánica como facultades que se le otorgan, y no como funciones que se le atribuyan con exclusividad, lo que permitiría, llegado el caso, crear por ley común organismos diferentes y paralelos que también pudieran desarrollar esas actividades sin las trabas que la Constitución y la Ley Orgánica imponen al Banco Central.

La modificación de las atribuciones o funciones del Banco requerirían la modificación de su Ley Orgánica Constitucional (con las salvedades ya hechas presente por el Tribunal Constitucional). Sólo la prohibición de prestar fondos al Estado requeriría de reforma constitucional.

El acuerdo recientemente alcanzado respecto de la integración del Consejo del Banco Central permite esperar que, al menos a corto plazo, no se produzca una situación de enfrentamiento u hostilidad entre el Gobierno y el Banco. Si por desgracia así llegara a ocurrir, los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica Constitucional contemplan causales bastante

amplias para destitución o remoción de los miembros del Consejo (dado el acuerdo alcanzado, bastaría con remover a uno). Si la vacancia ocurre con cualquier otro motivo, efectúa la designación el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado (mayoría simple).

Pensamos además que si llegará a ocurrir esa situación de conflicto, ella tendría que deberse a que la persona designada como miembro "de consenso" y que preside el Banco toma partido de modo sistemático con los dos consejeros continuistas. En tal caso, es nuestra personal opinión que, si se le hace presente que ha dejado de ser persona de consenso, y que su alineación es el obstáculo para la política económica del Gobierno recientemente elegido en forma democrática por una holgada mayoría, esa persona se allanará a presentar su renuncia, lo que permitiría invertir la mayoría mediante la designación de su reemplazante (si hay mayoría simple en el Senado; de lo contrario, puede buscarse acuerdo sobre una persona realmente de consenso).

b) Televisión y Prensa. El art. 19 No 12 de la Constitución prevé la creación de un Consejo Nacional de Televisión "encargado de velar por el correcto funcionamiento" de la misma. Entrega a una ley de quorum calificado la organización "y demás funciones y atribuciones del referido Consejo". La ley ya está dictada, y los miembros del Consejo designados.

En nuestra opinión, las expresiones constitucionales son demasiado amplias y vagas para ser compatibles con un sistema de libertad de opinión y de expresión, y es absolutamente rechazable que se entreguen a una simple ley, aunque sea de quorum calificado, las



"atribuciones" del Consejo para asegurar el "correcto funcionamiento" de la Televisión. Es incluso dudoso que se justifique la existencia misma de un Consejo de esa naturaleza.

En todo caso, como se trata de una ley de quórum calificado, será relativamente más fácil proceder a su derogación o modificación, y si se mantiene la existencia del Consejo (por mandato constitucional), al menos sus funciones y atribuciones podrán ser razonablemente reducidas, como asimismo poner término al mandato de sus actuales integrantes y establecer una diferente forma de integración y designación.

La Constitución señala que la ley (común) establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. A nuestro juicio, es una disposición antiliberal: la ley puede reglamentar esas materias, pero no establecer censura ni prohibición respecto de ellas.

Esta materia es de la mayor importancia, y probablemente será necesario enfrentarla a corto plazo. El Colegio de Periodistas, la Asociación Nacional de la Prensa, la ARCHI, etc., son instituciones que hace tiempo han venido estudiando la necesaria reglamentación y sanción dentro del campo de los medios de difusión, para hacerlas compatibles con el principio fundamental de libertad de expresión. Esos trabajos son perfectamente aprovechables para la dictación de un Estatuto General de la Libertad de Expresión: la actual Ley de Abusos de Publicidad sólo sanciona los delitos que se cometen por parte de quienes ejercitan esa libertad, pero no

contiene disposiciones que protejan esa libertad contra intromisiones arbitrarias, públicas o privadas.

El art. 19 No 4 de la Constitución contiene la afirmación de un principio que es inobjetable: asegurar el respeto y protección a la vida pública y privada y a la honra de la persona y de su familia. Pero a continuación contiene un inciso técnicamente absurdo, impropio de un texto constitucional, e incompatible con la libertad de expresión. Si no es posible proceder en forma inmediata a reformar la Constitución, al menos será necesario reformar por completo la "ley" que se dictó en conformidad con este precepto. También sobre ello existen proyectos completos que en su oportunidad ofrecieron la ARCHI y la Asociación Nacional de la prensa sin lograr ser escuchados.

c) Municipalidades y Codecos. La Constitución entrega la administración de cada comuna a la Municipalidad, compuesta por el Alcalde y el Consejo Comunal y confía la reglamentación de esta materia a una Ley Orgánica Constitucional. El alcalde es designado por el Consejo Regional de Desarrollo a propuesta del Consejo Comunal. Sin embargo, el art. 108 permite que la designación de Alcalde sea hecha por el Presidente de la República en las comunas "que la ley determine", atendida su población o ubicación geográficas (criterios bastante vagos).

Es muy probable que en esta materia se produzcan numerosas renunciaciones espontáneas de Alcaldes designados durante este régimen, o no sea difícil obtenerlas al ser solicitadas. Si ello no se produjere, bastaría con una ley común para reservar al Presidente de la República la designación de Alcalde en cuantas comunas se estimare

conveniente, con la sola limitación de enumerarlas una por una y de dar alguna clase de justificación, ya que de lo contrario su constitucionalidad podría ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional, el cual podría sentirse inclinado a declarar inconstitucional un proyecto de ley que transformara en regla general (designación por el Presidente) lo que en la Constitución es excepcional.

Aun en las comunas en que el Alcalde es designado por el Presidente de la República, la Constitución (art. 110) exige que el Alcalde cuente con el acuerdo del Consejo de Desarrollo Comunal para dos puntos de importancia: el plan de desarrollo comunal y el presupuesto municipal, lo que no puede ser soslayado sin reforma constitucional o al menos ley interpretativa. Sin embargo, el art. 78 de la ley 18.695 (Orgánica Constitucional sobre Municipalidades) señala que el Consejo deberá pronunciarse sobre el proyecto de presupuesto presentado por el alcalde dentro del término de veinte días, y si así no lo hiciera, se tendrá <sup>por</sup> aprobado el proyecto de aquél. El conflicto entre el Alcalde y el CODECO sobre este punto es resuelto por el COREDE respectivo.

Por fin, pueden ofrecer soluciones en este terreno el art. 112 de la Constitución, conforme al cual "la ley podrá establecer fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios que integran las regiones, con respecto a los problemas que les sean comunes..."; el 114, que dispone que "la ley establecerá las causales de cesación en el cargo respecto de los alcaldes designados por los consejos regionales y de los miembros integrantes de estos consejos y de los comunales", y el 115, que establece que "(la ley) establecerá el modo de dirimir las

discrepancias que se produzcan entre... el alcalde y los consejeros comunales con motivo de la aprobación de los proyectos relativos a los planes de desarrollo y de los presupuestos, respectivamente"

Debe también recordarse que conforme a los arts. 60 y 99, las comunas pueden ser creadas, modificadas y suprimidas por ley de quorum calificado, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. La supresión de una comuna o su anexión a otra llevan consigo, naturalmente, la cesación en sus cargos del alcalde y el consejo de desarrollo comunal de la comuna suprimida.

Probablemente esta materia sea de aquellas que necesiten una revisión más a fondo, incluyendo las disposiciones constitucionales mismas. Si bien aparece eficiente la fórmula de un agente ejecutivo único encargado de la administración, y no un cuerpo colegiado, debe existir también un cuerpo de esa clase que desempeñe funciones consultivas y fiscalizadoras, siempre que aquél y éste tengan origen en la voluntad popular y no en sistemas más o menos corporativistas o representativos de intereses de particulares. Entendemos que hay comisiones especializadas que han realizado estudios sobre este campo, en el que no podemos extendernos más.

d) Consejos Regionales de Desarrollo. En esta materia la Constitución reserva a la exclusiva confianza del Presidente de la República la designación de Intendentes y Gobernadores. A su lado, se crean los Consejos de Desarrollo Regional, en que deben estar representadas "cada una de las instituciones de Fuerzas Armadas y Carabineros" que tenga

asiento en la región, y en los cuales el sector privado debe tener representación mayoritaria.

Aunque el art. 102 le atribuye a dicho Consejo un papel fundamentalmente asesor, la misma disposición señala que en ciertas materias será necesario el acuerdo del Consejo, y se señalan específicamente el "plan regional de desarrollo" y el "presupuesto regional". Más todavía, es al COREDE por sí al que le corresponde resolver la distribución del fondo regional de desarrollo. Este último está establecido en el art. 104 como un porcentaje del total de los ingresos del presupuesto nacional para su distribución entre las regiones del país, distribución que será establecida "por la ley".

Con la salvedad de la designación de la autoridad unipersonal (que está reservada al Ejecutivo), los problemas que aquí se presentan son similares a los que se plantean al nivel municipal. El acuerdo del COREDE para el proyecto de presupuesto debe ser prestado dentro de treinta días, y si así no ocurriere, regirá el proyecto del Intendente.

Al COREDE corresponderá también la designación de Alcalde, a propuesta del respectivo CODECO, en las comunas en que la ley no haya reservado al Presidente de la República el nombramiento.

El COREDE resuelve las diferencias entre el alcalde y el CODECO en las materias en que el acuerdo de ambos es exigido por la ley, particularmente el presupuesto municipal y el plan de desarrollo.

La ley 18.605, Orgánica Constitucional de los COREDES no establece un mecanismo directo de solución de los

desacuerdos entre Intendentes y COREDES en las materias (plan regional y presupuesto) en que la Constitución exige el acuerdo de ambos.

Las observaciones hechas valer anteriormente sobre Municipalidades y CODECOS son también valederas aquí. Si el sector privado ha de tener una representación mayoritaria, entonces el órgano respectivo debe tener un carácter puramente consultivo. No es aceptable el principio de que organismos particulares tengan la administración directa de fondos públicos, sin instancias jurídicas de responsabilidad funcionaria, ni de responsabilidad política frente a una comunidad que no los ha elegido y que no puede pedirles cuentas.

## VI. ALGUNOS PROBLEMAS GREMIALES, LABORALES, EMPRESARIALES.

### 1. COLEGIOS PROFESIONALES.

Existe una fuerte tendencia entre los profesionales para volver a un régimen jurídico de agrupación gremial única, con tuición ética y disciplinaria sobre sus miembros.

A ello parece oponerse la disposición del art. 19 n° 15 de la Constitución, conforme al cual "nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación" (disposición que también está contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 20, pár. 2).

A nuestro juicio, ésa es una interpretación equivocada. No debe hablarse de "incorporación obligatoria" al Colegio profesional respectivo, sino de "incorporación voluntaria a la profesión de médico, de abogado, etc.". En efecto, el acto voluntario es el de abrazar una profesión determinada, a lo que nadie puede ser obligado. Pero dado ese paso voluntario, la profesión tiene un status jurídico, en que la ley le otorga privilegios (principalmente, el monopolio de la práctica de esa profesión) y puede por lo tanto exigirle responsabilidades e imponerle obligaciones: como profesional, no como miembro de una asociación voluntaria. Dentro de ese status jurídico, nada obsta a que la responsabilidad ética y disciplinaria sea ejercida por sus pares; a que esta misma comunidad de todos los colegas de profesión lleve el registro de matrícula, y que el profesional deba subvenir con una cuota al costo del ejercicio de estas funciones por toda la profesión. En suma, tendrá todas esas responsabilidades "por ser médico", no "por pertenecer a una agrupación de médicos".

La aclaración de este punto de vista requeriría a nuestro juicio una ley interpretativa de la Constitución (tenemos entendido que los partidos continuistas se han manifestado contrarios al retorno de lo que denominan "colegiatura obligatoria" y sería preciso convencerlos de lo correcto de nuestra interpretación).

Mientras tanto, y mediante una simple ley común, puede conseguirse un efecto práctico inmediato similar, manteniendo el sistema actual de pluralidad de "asociaciones gremiales" profesionales, y encomendándole por ley a la más antigua de ellas (o a la que acreditare tener mayor número de afiliados, lo que sería revisable periódicamente) las funciones de jurisdicción ética y disciplinaria y de llevar el registro de la matrícula de los profesionales habilitados para el ejercicio. Lo único que no podría hacerse mediante este sistema sería imponer el pago de una cuota a quienes no estuvieren afiliados a la asociación más antigua o numerosa, pero como contrapartida, quienes

no estuvieren afiliados no podrían tomar parte en la elección de autoridades de la asociación que va a tener autoridad disciplinaria sobre ellos. A lo más, podría establecerse una cuota obligatoria, pero siempre que su producto se destinara estrictamente a los gastos demandados por las funciones que la ley ha encomendado a la asociación: el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria y el mantenimiento del rol de matrícula.

## 2. SINDICALIZACIÓN LIBRE U OBLIGATORIA.

Entendemos que no existe unanimidad entre nosotros respecto de la conveniencia de restablecer la sindicalización obligatoria (o ipso jure, como es preferible decir). El problema aquí no es el mismo que en el caso de los colegios profesionales, que son agrupaciones de personas que trabajan independientemente. El sindicato no tiene funciones de jurisdicción ética o disciplinaria, pero sí tiene importantes funciones de representación laboral y económica, que no pueden ser asimiladas simplemente a las de un colegio profesional. Aquí entra en juego también el art. 19° n° 19 de la Constitución, conforme al cual "ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos". Pero esta misma disposición agrega que "la ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario, y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas". Esto último es perfectamente aplicable a las profesiones, entre cuyas "condiciones de ejercicio" puede la ley (común) colocar la responsabilidad ética y disciplinaria y la manera de hacerla efectiva, como hemos propuesto más arriba.

Distinto nos parece el caso de los sindicatos, ya que "ser trabajador" no es un status jurídico al cual vayan necesariamente unidas instancias especiales de responsabilidad profesional, y el sindicato sin duda es una institución particularizada, a la cual no puede pertenecer, aunque lo deseara, cualquier trabajador, sino específicamente el que labore en determinada empresa; su permanencia en el sindicato depende de su permanencia en el trabajo, y en fin, según dijimos, al sindicato corresponden funciones de representación, negociación y pacto colectivo, etc., mucho más allá de lo que ocurre en el seno de una profesión liberal.

En suma, pensamos que la sindicalización obligatoria, si se la considera deseable, requeriría de una reforma constitucional calificada (2/3), o al menos de una ley interpretativa muy cuidadosamente redactada para no chocar con los preceptos que hemos señalado, contenidos entre los derechos y deberes constitucionales.



### 3. PRIVATIZACIONES.

Todo aconseja revisar cuidadosamente las privatizaciones llevadas a cabo por el régimen militar, para determinar su validez legal y la corrección de sus procedimientos. Si se estima que se ha procedido en forma contraria a la ley, sería necesario recurrir a los tribunales para obtener la anulación del acto, y si ello se acoge, la privatización es nula y la empresa vuelve al ámbito estatal, sin necesidad de que se dicte una ley especial de quorum calificado, ya que simplemente se retrotraerá la situación a la que existía antes del acto nulo: una ley incluía a determinada empresa en el patrimonio del Fisco, y esa ley sigue en vigencia mientras no se dicte otra, de acuerdo con la disposición 5ª transitoria de la Constitución. En algunos casos, la consecuencia será sólo la obligatoriedad de volver a realizar el proceso de privatización que se anuló, esta vez, sin los defectos que lo afectaron.

Si se establece la negligencia o el dolo de los funcionarios que intervinieron en algún procedimiento de privatización, habrá que exigir por vía judicial sus responsabilidades civiles o penales, aunque ello no afecte la validez de la privatización ya efectuada.

Puede pensarse en la conveniencia de constituir una Comisión especial revisora de las privatizaciones, siempre que ella no tenga poder decisorio para anularlas o para imponer sanciones a los responsables, sino simplemente de recopilación de antecedentes que puedan servir de base a la dictación de leyes o el ejercicio de acciones judiciales.

Si se desea renacionalizar alguna empresa en cuya privatización no hubo vicios de nulidad y que ahora pertenece a personas privadas, será necesario proceder a su expropiación por causa de utilidad pública (ley común) y si (como ocurrirá generalmente) tal renacionalización es para hacer volver al sector público la empresa en cuestión, será preciso dictar una ley de quorum calificado (art. 19, n°21).

### 4. EMPRESAS ESTATALES, GARANTIAS DEL ESTADO.

Entendemos que hay comisiones especializadas que han estudiado este problema con mayor competencia que nosotros. Nos limitaremos a recordar que la creación de empresas estatales, como también el otorgamiento de privilegios especiales a tales empresas, son materias propias de ley de quorum calificado. El comprometer indirectamente (mediante avales o garantías) el crédito del Estado, sus organismos o las Municipalidades, requiere ley común (art. 60 n°8°), salvo que se trate del Banco Central, que puede hacerlo sin ley.

## VII. DOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

Para situaciones verdaderamente difíciles, en que se haya llegado al agotamiento de las vías de acuerdo pacífico, y existan amenazas de crisis institucional, puede pensarse en la utilización de dos recursos extraordinarios.

## 1. EL JUICIO POLITICO.

Es ésta una manera de remover de sus cargos a ciertos altos funcionarios, o exigirles cuentas por su desempeño pasado. Le vemos más utilidad en el primer aspecto. Ellos son, en lo que nos interesa:

(1°) Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia. (Miembros de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones): todos o algunos de ellos. Una actitud obstruccionista permanente y arbitraria puede servir de base para los cargos. Si el juicio afecta al Presidente de la Corte Suprema, éste pierde su calidad de miembro del Consejo Nacional de Seguridad. Si alcanza a uno o más de los miembros de la Corte Suprema que integran el Tribunal Constitucional, éstos dejan de formar parte del mismo. Sin embargo, para estos efectos, los miembros del Tribunal Constitucional no son considerados miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, de modo que no pueden ser objeto directo de juicio político, sino sólo indirectamente, en cuanto sean miembros de otro Tribunal Superior, según se ha explicado.

(2°) El Contralor General de la República. Pierde éste su cargo, e igualmente su asiento en el Consejo Nacional de Seguridad.

(3°) Generales o Almirantes "de las instituciones pertenecientes a las fuerzas de la Defensa Nacional" (Ejército, Armada, Fuerza Aérea, Carabineros), "por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación". El condenado "queda destituido de su cargo" y si se trata de un Comandante en Jefe, pierde su calidad de tal y su correspondiente asiento en el Consejo Nacional de Seguridad.

El juicio político, evidentemente, también puede ser puesto en práctica para sancionar a quienes hayan desempeñado tales cargos en el régimen que termina, con la salvedad de que no puede intentarse sino si el acusado sigue en funciones, o hasta tres meses después de que haya dejado de desempeñarlas. No somos partidarios de realizar esta clase de juicios para actuaciones

pasadas. Sólo pensamos en ello como último expediente, cuando no hay otro, para apartar al funcionario prevaricador que está en actuales funciones.

Para aprobar una acusación constitucional, en todos estos casos se requiere simple mayoría de miembros presentes en la Cámara de Diputados: desde ese momento el acusado queda suspendido de sus funciones. Para que el Senado condene, acogiendo la acusación, se requiere la mayoría de los senadores en ejercicio.

Si se pretendiere acusar a Pinochet por actos realizados cuando fue Presidente, ello debería hacerse hasta el 11 de Junio de 1990 a más tardar, y las mayorías necesarias serían otras: la mayoría de los diputados en ejercicio en la Cámara, y los dos tercios de los senadores en ejercicio en el Senado. Pero, lo repetimos, desaconsejamos el enjuiciamiento político por hechos anteriores al 11 de Marzo de 1990 (en cambio sí aprobamos cuando procediere, el enjuiciamiento de tales actos por tribunales ordinarios).

## 2. LA CONSULTA POPULAR.

La Constitución no contempla la institución de la consulta popular: no la prohíbe tampoco de un modo explícito. A diferencia de las elecciones y del plebiscito, la consulta sólo tiene por objeto pedir la opinión de los ciudadanos: no tiene efectos jurídicos vinculatorios y no es tampoco obligatorio tomar parte en ella.

Puede ser un medio adecuado para alcanzar un acuerdo político en los casos en que los cauces normales previstos en la Constitución hayan llevado a un empantanamiento, y la materia sea suficientemente importante como para requerir el pensamiento de la ciudadanía. Es, por cierto, menos beligerante que el juicio político, si bien no tiene las consecuencias jurídicas obligatorias de aquél. Es por lo tanto posible que sea aceptado por los bandos en pugna irreconciliable, si ambos creen tener la opinión pública a su favor, como una manera pacífica y civilizada de resolver su controversia, aunque sea sólo por el peso moral que representa la expresión de la opinión pública.

A nuestro parecer, una convocatoria a consulta no requeriría de ley (ya que precisamente la Constitución no contempla esta institución): bastaría con un decreto convocatorio.

Si existiere acuerdo entre los bandos en pugna para recurrir a la consulta, y el Contralor General estuviere de acuerdo en no objetarla, el Tribunal Constitucional no tendría ocasión ni necesidad de intervenir. Sólo podría intervenir si el decreto fuere objetado por inconstitucional y el Presidente

quisiera someter el asunto al veredicto del Tribunal. Si se estima que el art. 82 n°5° otorga también el derecho de objetar la inconstitucionalidad de un decreto, aunque no haya sido reparado como tal por la Contraloría, la intervención del Tribunal podría también ser requerida por cualquiera de las Cámaras, o por miembros que representen la cuarta parte de los miembros de cualquiera de ellas.

Existe un precedente que, de mantenerse, haría inclinarse al Tribunal Constitucional por considerar contraria a la Constitución la convocatoria a consulta. En efecto, al enviarse para control constitucional la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, el Tribunal Constitucional observó la disposición del proyecto que establecía un sistema para conocer la opinión de la comunidad local sobre ciertas materias. Se creaba un registro para inscripción voluntaria de los ciudadanos, dejando al alcalde, sin restricciones, la facultad de establecer un procedimiento para realizar tales conductas.

La razón del rechazo por el Tribunal radicó en que el art. 15 de la Constitución establece que "sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución".

Esta disposición puede interpretarse de dos maneras:

(1°) Que sólo puede haber votaciones populares para elecciones y plebiscitos, y específicamente, sólo para aquellos que la Constitución establece. Por lo tanto, no podría haberlas para ningún otro efecto: ni para otra clase de elecciones o plebiscitos, ni para una consulta popular.

(2°) Que en materia de elecciones y plebiscitos, sólo puede haber votaciones populares para aquellos que establece la Constitución. Pero ello no impediría que hubiera votación popular para algo que no fuera elección ni plebiscito, como sería el caso de la consulta, lo que permitiría realizarla.

El Tribunal Constitucional, en la referida sentencia, de 29 de Febrero de 1988, se inclinó aparentemente por la primera interpretación, ya que sostuvo que las facultades que el proyecto le daba al alcalde para realizar consultas y establecer el procedimiento de las mismas, sin otra especificación, se contraponían con el art. 5°, inc. 2°, de la Constitución, ya que implícitamente permitía que el alcalde escogiera como método de consulta una votación popular, o "similar", "que la Constitución reserva exclusivamente para

las elecciones y plebiscitos previstos en ella". Es decir, el Tribunal advierte la diferencia entre una consulta y un plebiscito; no dice que la realización de una consulta sea inconstitucional, pero advierte que no puede hacerse mediante votación popular "o similar", ya que ella está reservada a las elecciones y plebiscitos constitucionales.

Este punto de vista es muy discutible, pero habiendo ya opinado así con anterioridad el Tribunal, sería previsible que mantuviera su punto de vista al ser nuevamente consultado.

Por lo tanto, para recurrir a una consulta por votación popular, sería preciso contar con el parecer concordante del Contralor General, para que no objetara el decreto, y con los demás sectores políticos, de modo que no quedara número suficiente en ninguna de las dos cámaras para llevar el asunto al Tribunal Constitucional (una cuarta parte del número de miembros de cada una).

De otra manera, sería preciso idear un sistema, para practicar la consulta, que no fuera precisamente de "votación popular" (algo parecido al sistema de las encuestas, pero extendido a la generalidad de la ciudadanía, u otro método equivalente). Como antecedente legal de este modo de proceder, debemos recordar la práctica del censo de población, en que a cada ciudadano o jefe de hogar se le pide responder un cuestionario en su domicilio, lo que ciertamente no es una "votación popular". En todo caso, para que no hubiera dudas de que se trata de una consulta, y no de un plebiscito o referéndum, sería preciso dejar establecido claramente:

(a) Que no sería obligatorio tomar parte en ella, y que no acarrearía ninguna sanción ni consecuencia fastidiosa el no hacerlo, y

(b) Que sus resultados serían puramente informativos, y no tendrían por sí solos fuerza jurídica vinculatoria de ninguna clase: de lo contrario, sería una decisión o plebiscito, no una consulta.

No siendo obligatorio votar, sería preciso acudir a este recurso sólo cuando se tuviera una gran confianza en una participación masiva y en un resultado ampliamente favorable.

Santiago, Diciembre de 1989.

Ora pro scriptore.