

NOTAS SOBRE EL FUTURO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL SISTEMA DEMOCRATICO

*Arturo Fernandois Vöhringer**

RESUMEN

Según el autor, la Constitución Política de la República de Chile aborda el tema del Pluralismo Político o Ideológico, en términos claros e innovadores: por una parte, garantiza expresamente su existencia, formulándolo como un derecho o garantía constitucional (artículo 19 Nº 16); y, por otra, le niega valor absoluto, limitando su ejercicio irrestricto. No obstante, la Ley Nº 18.825 de Reforma Constitucional, de 17 de agosto de 1989, y la consecuente derogación del polémico artículo octavo, los términos más sustanciales del Pluralismo Ideológico Restringido, siguen vigentes en nuestra Carta Fundamental. Y su vigencia, puede agregarse, debió fortalecerse, tanto por la repetición de circunstancias de violencia política que exige un combate de la democracia en todos los frentes, como por el mayoritario acuerdo político y ciudadano que permitió tales reformas, aprobándolas en dichos términos. Sin embargo, al autor le preocupa que normas tan fundamentales, y hoy también consensuales, enfrenten un futuro incierto de vigencia, aunque no se piense derogarlas. En este plano, merecen especial análisis el fallo del Tribunal Constitucional que puso fin a las sanciones en el caso Almeyda y la proyectada derogación de la Ley Nº 18.662 complementarla del artículo octavo, cuyo reemplazo no está previsto con normativa alguna.

INTRODUCCION

La sociedad produce, de cuando en cuando, apasionadas discusiones sobre las normas fundamentales que han de regirla y sustentarla. Estas normas son plasmadas, en esencia, en la Constitución Política del Estado, como ley de tal naturaleza que es. Desde el momento de su establecimiento, se abre un nuevo frente de debate, que es el jurídico, alimentado por la casuística de la aplicación de la norma. No obstante mantenerse dentro de la esfera jurídica, las interpretaciones que se hagan al aplicarse la norma por jueces, o al estudiarse por juristas, arrojan, como efecto no buscado por ellos, consecuencias políticas de mayor o menor dimensión. En el tema que abordaremos, pienso que algo de ello ha ocurrido, porque a raíz del pronunciamiento de un fallo judicial por un alto tribunal de la República, he planteado una tesis cuyas consecuencias ingresan en el campo de la política y en temas contingentes que pueden no resultar gratos al lector. Es el riesgo que invariablemente afecta a jueces y a estudiosos de la Constitución Política de la República, y que, en cuanto se asuman, respondiendo a una motivación académica de investigación y reflexión, estaremos dispuestos a enfrentar.

* Profesor de Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y de Derecho Político y Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Concepción.

Parece necesario, sin embargo, antes de formular tal planteamiento, revisar el panorama de la norma, en cuanto a su génesis y circunstancias sociales que actualmente la rodean.

Apenas se conoció el texto de la Constitución de 1980 en los meses previos a su promulgación, la ciudadanía pudo imponerse de que contenía, por primera vez en rango constitucional, una restricción a la expresión ilimitada de ideologías atentatorias contra las bases de una sociedad democrática. Se señalaron en dicho texto cuáles eran los objetivos cuya propagación quedaba vedada a organizaciones, movimientos o partidos políticos, y se establecieron las sanciones aplicables a éstos y a las personas que incurrieren en tales ilícitos.

La inclusión de esta novedad tuvo de inmediato dos reacciones en los llamados a regirnos por ella: por una parte, se percibió como la consecuencia necesaria luego del quiebre institucional al que se llegó en un sistema en el que toda ideología y partido podía servirse de la legalidad y de los instrumentos que la democracia les entregaba, desde su legitimidad para generar parlamentarios hasta su acceso a los medios de comunicación. Este tema, tan simple como antiguo, se presenta ya en la teoría como sumamente peligroso, porque un partido o movimiento que se organizara para derrocar por la violencia al gobierno democrático, o que usara la llegada a éste para provocar o intensificar una lucha armada o de clases, gozaba de pleno respeto y protección por el sistema jurídico. Y en la práctica, consignan los defensores de esta tesis, mucho de ello ocurrió en Chile. Pareció evidente una reacción de nuestro ordenamiento jurídico, y de su instrumento más permanente, la Constitución Política del Estado. Se escuchó, por otra parte, y muy crecientemente en la medida que la experiencia vivida se alejaba, proveniente de sectores políticos muy definidos, la otra opinión, presentada normalmente en su expresión distorsionada: que el artículo octavo de la Constitución era un atentado a la democracia, por perseguir las ideas y la conciencia de las personas, reducto sagrado e inviolable no susceptible de ser regulado por el derecho. Se acusó también a esta norma de contener un "prejuicio ideológico", contrario en esencia a la tradición democrática y constitucional chilena, que se dirigía derechamente en contra de una determinada doctrina.

La polémica fue aguda, porque la visión crítica de tal disposición fue levantada como una gran bandera de lucha que unió a un amplio espectro de detractores. Fue calificada por éstos como legalidad propia de una dictadura, incompatible con un régimen democrático auténtico. Se afirmaba, en síntesis, que ninguna genuina democracia podía llegar a restringir en su interior el concurso de cualquier doctrina o ideología, sean cuales fueren sus postulados.

El debate jurídico-político que este tema despierta ha sido siempre del más alto interés, porque frente a las consideraciones anteriores existen otras que, en el orden racional, apuntan a hacer aconsejable que el ordenamiento jurídico explicita el consenso mínimo necesario para la subsistencia de una sociedad. Lo contrario constituiría asignarle a nuestra capacidad política, *a priori*, sin haberse acreditado y con dolorosas experiencias contrarias, tal capacidad de autorregulación que haga desaparecer por sí misma toda manifestación política antidemocrática organizada, y lo que es más imposible, toda manifestación social de esas características.

De manera que este es el comienzo: ¿es útil el derecho en la erradicación de las doctrinas y prácticas totalitarias? Se ha señalado que luego de la aplicación práctica de la proscripción constitucional a dichas doctrinas no se ha terminado con ellas, por lo que el derecho debe renunciar a intervenir en esta materia. Ocurre

que no puede pretenderse seriamente con el solo instrumento legislativo la eliminación de los grupos antidemocráticos, sino sólo el colaborar con ella junto a otros elementos de diversa naturaleza. La acción en el terreno doctrinario, el desarrollo sociocultural de la nación y el perfeccionamiento de las instituciones democráticas son los otros elementos indispensables, todos ellos requisitos copulativos junto al derecho, para hacer desaparecer las ideologías antidemocráticas. Y aquí se inserta el irreemplazable papel que debe jugar el derecho, la colaboración con otros importantes frentes de acción, pero nunca debe sobreestimarse su eficacia adelantando su fracaso si estos movimientos extremistas subsisten pese a la aplicación práctica de las normas de protección de la democracia. Esta constituye la mayor confusión en el tema: pensar que la proscripción de doctrinas o ideologías puede, por sí sola, terminar con ellas y actuar como antídoto de eventuales crisis institucionales. No es así. Pero esto no puede significar *la renuncia por parte de la sociedad de la herramienta del derecho*, que es lo que se parece postular. En consecuencia, podemos señalar que, cuando se estime que la democracia no requiere protección legal alguna, estaremos en el día en que todo grupo político extremista, o bien todo grupo de cualquier naturaleza que plantee el acceso al poder por medios no democráticos o violentistas, ha desaparecido.

Interesante sería detenerse en los ricos antecedentes históricos existentes en Chile en esta materia. La Ley N° 6.026, de 1937, sobre Seguridad Interior del Estado¹; la Ley N° 8.897, de 1948, sobre Defensa de la Democracia²; la crisis institucional de 1973 y sus causas; el exacto alcance del derogado artículo octavo en cuanto a si contenía un prejuicio ideológico o era neutro y sólo protegía el consenso mínimo subyacente, etc. Mi intención, sin embargo, no es dar curso en estas líneas a una exposición ampliada sobre los elementos por los cuales me parece en Chile necesaria una norma clara de restricción al pluralismo ideológico —que sin duda puede sumarse un interesante debate—, sino detenerme en los recientes hechos producidos en este tema: las reformas constitucionales de 1989, y el fallo del tribunal constitucional en el caso Clodomiro Almeyda³. Estos parecen conducir a un cierto estado de “letra muerta”, a la referida protección constitucional, y ello me mueve a preocupación.

LA REFORMA DE 1989 NO DEVOLVIO LA NEUTRALIDAD A LA CONSTITUCION

Las reformas constitucionales plebiscitadas en julio de 1989 parecieron expresar un gran consenso al que necesaria y moralmente quedaron obligadas ambas partes negociadoras, siendo este uno de los puntos negociado y modificado que se irradiaba con el espíritu consensual: se derogaba el artículo octavo, fuente original de la restricción referida, y se reemplazaba por una nueva disposición. Esta, incluida en un inciso al tratar la libertad de asociación en el artículo 19 de

¹ Ley N° 6.026, publicada en el Diario Oficial de 12 de febrero de 1937.

² Ley N° 8.897, publicada en el Diario Oficial de 18 de octubre de 1948.

³ Sentencia pronunciada por el Excelentísimo Tribunal Constitucional con fecha 21 de diciembre de 1987, cuyo extracto fue publicado en el Diario Oficial de fecha 11 de enero de 1988, dejado sin efecto por pronunciamiento del mismo tribunal de fecha 14 de agosto de 1990, en virtud de la derogación del artículo octavo de la Constitución.

las Garantías Constitucionales, formuló, entre otros cambios, de manera más genérica los valores protegidos por la Carta Fundamental, eliminando del tipo sancionado los *atentados a la familia*, y el propugnar una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico *fundada en la lucha de clases*. Se ha querido ver, sin embargo, en medio del logro de un objetivo tan simbólico como la derogación del artículo octavo y la consecuente exaltación de la libertad irrestricta en materia ideológica, que toda defensa de la democracia ha desaparecido con esta derogación. La nueva redacción, conviene recordarse, *no eliminó la definición que el constituyente de 1980 hizo en materia del Pluralismo Ideológico*, inclinándose al respecto por garantizar el pluralismo político; al mismo tiempo que declarando inconstitucionales “los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático 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”. La Constitución, aun reformada, no es neutra, y contiene una definición muy clara.

Es aquí donde nuestra interrogante fundamental aflora: ¿Puede decirse con propiedad que este texto extractado está vigente, o más bien su destino es ser una hermosa declaración de intenciones? Formalmente no cabe duda que sí está vigente, así consta del Diario Oficial del 17 de agosto de 1989 que publicó el texto promulgado de la reforma constitucional, pero si la manifestación práctica de la vigencia es su aplicación cuando se verifican las circunstancias que el texto prevé, la respuesta a esta interrogante es mucho más compleja. En este sentido, lo primero es plantearse si en la actualidad tienen los distintos poderes del Estado la voluntad política de hacer realidad la limitación al pluralismo irrestricto, como lo ordena nuestra Carta Fundamental. Tres elementos se detectan como determinantes de este cuestionamiento:

- a) La derogación de la legislación complementaria del antiguo artículo octavo;
- b) La pérdida de actualidad y vigencia de la restricción como consecuencia del sometimiento de los partidos políticos a las normas democráticas; y,
- c) El desenlace que han tenido los dos únicos casos de sanciones constitucionales aplicadas en conformidad al artículo octavo.

LA LEY Nº 18.662, COMPLEMENTARIA DEL ARTICULO OCTAVO⁴

Esta es también, de por sí, una interesante materia de debate. También la lógica de la necesaria eficacia práctica de toda normativa constitucional parece recomendar siempre una ley complementaria. Más aún en este caso, en que la sola declaración de inconstitucionalidad recaída sobre un partido o movimiento, o sobre una persona, no significa nada por sí misma. En efecto, las sanciones o prohibiciones contenidas en el texto de la Constitución —tanto en su antigua redacción como en la nueva— no impiden al afectado seguir actuando con plena libertad en amplios ámbitos de la actividad nacional. Esto ya era claro en el antiguo texto del artículo octavo, pero lo es tanto más en el nuevo inciso 6 del Nº 15 del artículo 19 que se comentará, en el que fueron eliminadas todas las inhabilidades de carácter gremial.

⁴ Ley Nº 18.662, publicada en el Diario Oficial Nº 32.906, de 29 de octubre de 1987.

Hoy, en que la sanción de inconstitucionalidad se extendió por la propia Carta Fundamental sólo a efectos políticos (prohibición de fundar partidos, de optar a cargos de elección popular, de desempeñar los principales cargos públicos enumerados por el artículo 54), nada impide al sujeto pasivo de una eventual sanción acceder a otras esferas de difusión tanto más resonantes políticamente que la propia actuación pública, como lo son los todopoderosos medios de comunicación. ¿Qué sentido puede tener sancionar a alguien por “no respetar los principios básicos del régimen democrático y constitucional...”, si una vez sancionado, puede éste continuar con la difusión pública y masiva de sus irrespetuosos principios por televisión? ¿O continuar como columnista de un periódico de gran circulación?

Por cierto que el problema está en la correcta ecuación que debe lograr una ley complementaria de esta naturaleza, con el preciado bien de la libertad de prensa. La Ley Nº 18.662 fue dictada precisamente para no hacer ilusorias las sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el mundo de la prensa ha reaccionado con indignación, pues se la considera atentatoria contra su libertad. Y ha pasado a convertirse derechamente en letra muerta. Jamás se ha osado aplicar a los sancionados por el Tribunal Constitucional, pese a su vigencia...

Clarificador sería analizar en detalle cuáles de sus disposiciones —o si todas ellas— pueden considerarse atentatorias de la libertad de prensa⁶; pero quisiera consignar sólo lo más significativo: es innegable que los medios de comunicación difícilmente aceptarán alguna ley en este sentido. Sin embargo debe observarse que, si bien es cierto, algunos pasajes de esta ley son particularmente peligrosos para el ejercicio de la libertad de información, no lo es menos el que conceptualmente el espíritu de su dictación es correcto. En efecto, si tanto bajo el imperio del derogado artículo octavo como bajo la vigencia del nuevo numeral 15 del artículo 19 de la Constitución, el legislador ha establecido la sanción de inconstitucionalidad para personas jurídicas y otras anexas para personas naturales, la coherencia lleva a la necesidad de una ley que regule los efectos de tal sanción que no es, de ninguna forma, autosuficiente.

El artículo 1º de la Ley Nº 18.662 es el que formula el concepto a que nos hemos referido. No puede, en este sentido, considerarse excesiva una norma que define el destino de los bienes de las organizaciones declaradas inconstitucionales (que pasan a dominio fiscal por este artículo), o el renacimiento que eventualmente se les ha hecho concediéndoseles personalidad jurídica (se pierde de pleno derecho). Son estas normas complementarias obvias, pero necesarias.

En seguida, el inciso segundo toca el punto esencial a que nos hemos referido. Este prohíbe a los sancionados en virtud del antiguo artículo octavo (la referencia debiese corregirse), “...ejercer el derecho de opinión *política* por los

⁶ La libertad de prensa también ha sido garantizada con rango constitucional a todas las personas, en el número 12 del artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, debe repararse en que cuando fue dictada la Ley Nº 18.662, la norma constitucional que restringía el pluralismo ideológico (artículo octavo) se encontraba en el capítulo de las “Bases de la Institucionalidad”, siendo lícito concluir que su rango era superior. Hoy en día, derogado el artículo octavo, ambas disposiciones se encuentran en el capítulo: “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, garantizándose con normas de igual rango a las personas tanto la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, como el gozar de un “pluralismo político”, y de una defensa del mismo con las normas prohibitivas que se analizan en el texto.

medios de difusión, en carácter de sanción accesoria a las establecidas por el citado precepto constitucional y por el mismo lapso de éstas”.

Corresponde éste exactamente al principio a proteger, y deberá, tarde o temprano, buscarse la forma de salvaguardarlo si se pretende otorgarle algún respeto a los fallos del Tribunal Constitucional, a sus procesos, y, en definitiva, a la letra misma de la Constitución. La forma como los artículos 2º al 5º de la ley lo hacen, estableciendo las penas que señalan, ha resultado, sin duda, polémica. Tanto, que su aplicación ha sido nula. Es tarea, en consecuencia, del Congreso Nacional buscar el ajuste legal que permita la efectiva tutela del principio señalado.

En la actualidad la derogación de la Ley Nº 18.662 avanza en el Congreso, pese a que ya insignes constitucionalistas han planteado que esta norma debe considerarse abrogada por efecto de la derogación del artículo octavo. Señalan que la sola derogación de este artículo arrastra la consiguiente derogación de toda ley o reglamento dictada en su complemento. No nos parece correcta tal interpretación, por cuanto se queda puramente en el aspecto formal, descuidando el fondo. La Ley Nº 18.662 fue dictada para regular los efectos de la inconstitucionalidad declarada judicialmente, como sanción a determinadas conductas. Ocurre que en ambos textos constitucionales, el vigente hasta ayer y el hoy día en rigor, la sanción a los movimientos u organizaciones es idéntica: la inconstitucionalidad⁶. De manera que plantear su automática y total derogación es atribuir a la derogación un efecto improcedente, al menos en parte.

En lo que a este tema se refiere, entonces, el texto constitucional del artículo 19 Nº 15 inciso sexto parece destinado a quedarse sin complemento legal alguno, con el correspondiente menoscabo de los objetivos buscados con su dictación.

EL SOMETIMIENTO DE LOS PARTIDOS AL SISTEMA

El segundo de estos factores no puede sino observarse con gran alivio y esperanza. El advenimiento de la plena democracia ha traído de manera innegable un fuerte consenso respecto a la necesidad de colaborar con sus normas esenciales. Se han terminado los apoyos, justificaciones y legitimaciones del uso de la violencia como medio para obtener fines políticos, actitudes que, abierta o solapadamente, se dejaron escuchar en el pasado provenientes de dirigentes y partidos políticos que postularon la legitimidad de la rebelión armada contra la autoridad. Existió una clara simpatía hacia grupos violentistas y hasta autoría intelectual de sus actuaciones (recuérdese el proceso contra el MDP y su declaración de inconstitucionalidad como consecuencia de esto mismo)⁷. Hoy tales procedimientos se condenan casi unánimemente. Empero, sigue siendo preocupante la insistencia en el factor temporal de ciertas reprobaciones que se han venido escuchando con frecuencia (“...la violencia no es hoy conveniente...”, “...hoy no se justifica el ejercicio de la violencia...”). Muchas de las condenas esconden, en suma, un

⁶ Coincidimos en este tema con la opinión de don Guillermo Bruna C., a quien no le merece dudas el punto. Ver *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, Nº 3, pág. 597, editada por la Vicerrectoría Académica de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁷ Proceso iniciado a raíz del requerimiento incoado en contra del Movimiento Democrático Popular por 26 personas naturales en 1984, fallado por sentencia del Excelentísimo Tribunal Constitucional de fecha 31 de enero de 1985.

marcado carácter estratégico. Incluso hoy, a un año de aplicación plena de las normas democráticas permanentes de la constitución, dirigentes de partidos declarados inconstitucionales que gozan de tribuna pública, legitiman y reivindicán la violencia aplicada en el pasado reciente como "acorde con el derecho internacional"⁸. No hay, en algunos sectores, una percepción del punto como objeto de una reprochabilidad conceptual, al margen del tiempo o del gobierno que en ese momento dirija el país y sus circunstancias. Con todo, la pérdida de actualidad, que puede momentáneamente alejar este tema de las prioridades políticas, es un meritorio avance en la búsqueda del consenso mínimo requerido por toda sociedad política para la estabilidad de sus instituciones.

EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO ALMEYDA

El tercero de los elementos señalados aparece sí como digno de la máxima preocupación para quienes aspiramos a alguna mínima eficacia en la protección constitucional de la democracia, aunque la sabemos insuficiente por sí sola, y le reservamos parte importante al derecho en esta tarea. Dentro de esta preocupación fundamental, el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional que decretó el levantamiento de las sanciones impuestas por el mismo a don Clodomiro Almeyda en 1987, nos mueve a analizar los fundamentos de esta determinación. Debemos admitir que este específico tema, hoy en día, no se presenta como una discusión grata a los medios políticos, porque involucra directamente a una persona y pudiere por ello pensarse que el interés que existe es de hostigamiento, de persecución. Nada de ello nos anima, sino, muy por el contrario, observar el interesante problema jurídico que se ha producido, y analizar su resolución por el tribunal competente. Veamos los antecedentes.

El artículo octavo de la Constitución declaraba ilícito todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que propugnen la violencia. El inciso sexto del N° 15 del artículo 19 de la Constitución, actualmente vigente, declara, asimismo, inconstitucionales a los partidos, movimientos u otras formas de organización que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. El Sr. José Clodomiro Almeyda Medina, a requerimiento del Ministro del Interior de la época, fue condenado como infractor de las normas contenidas en el antiguo artículo octavo, según sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de diciembre de 1987. El fallo dio por establecido, expresamente en su considerando N° 65⁹ y envueltas en el ilícito general en su parte resolutive, que las conductas que se probó que Clodomiro Almeyda realizó

⁸ Ver en "El Mercurio", de fecha 11 de marzo de 1991, página C-4, declaraciones del Secretario General del Partido Comunista, Volodia Teitelboim, vertidas en una conferencia de prensa. Los que combatieron haciendo uso de la violencia en el gobierno pasado, actuaron conforme lo autorizan "las normas internacionales e incluso la Constitución de los Estados Unidos".

⁹ El considerando 67 del fallo señala textualmente:

"Que, a mayor abundamiento, algunas de las citas transcritas (en el considerando 64) demuestran en forma fehaciente que la violencia con que ellas se propugnan, con la finalidad de derrocar a un gobierno no marxista, es una clara exteriorización de esa doctrina, cualquiera sea el régimen imperante en el país y que no esté sustentado por la referida doctrina marxista".

significaron una propagación de la violencia en los términos que la Constitución prohibía, y que, como se ve, continúa prohibiendo y sancionando. El Sr. Almeyda solicita al Tribunal Constitucional que se le levanten las sanciones impuestas por el fallo, amparado en la derogación del artículo octavo. El tribunal accede y lo exime de toda sanción.

El levantamiento de las sanciones constitucionales y devolución de los *derechos civiles* —los derechos humanos más fundamentales jamás le fueron tocados por esta causa— a don Clodomiro Almeyda Medina plantea interesantes problemas jurídicos, y, so riesgo de fomentar una discusión en aguas calmas, hay ciertas reflexiones que inevitablemente deben abordarse.

LA APLICACION DE LA LEY PENAL MAS FAVORABLE EN EL CASO ALMEYDA

El considerando tercero del fallo del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de agosto de 1990, señaló:

“Que el artículo 19, N° 3, inciso penúltimo, de la Carta Fundamental, consagra el principio pro reo ya aplicado anteriormente por este Tribunal, prescribe textualmente: Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, *a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”.

Esto es conocido en doctrina como el principio pro reo aplicable cuando se ha dictado una ley con posterioridad a la comisión del delito, la que debe pasar a regir la situación cuando es más favorable para el reo. Dos son los problemas a plantear llegado este punto: la factibilidad de aplicar la nueva ley en casos ya juzgados y con sentencia ejecutoriada dictada, como el que nos ocupa; y la factibilidad de absolver *totalmente* al sancionado cuando la nueva ley no elimina toda la figura sancionada, y, por el contrario, conserva parte de ella.

a) *La anulación o modificación de una sentencia ejecutoriada en materia constitucional*

La primera de las interrogantes sumió en su oportunidad en interesantes debates a la doctrina penal, por constituir la aplicación de este principio una excepción a la irretroactividad de la ley, al juzgar hechos pasados en base a una ley posterior. Originalmente concebido para beneficiar a los actualmente procesados, era del todo discutible admitirlo para modificar sentencias ya dictadas y ejecutoriadas. La Ley N° 17.727, de 1972¹⁰, modificó la hasta entonces vigente redacción del artículo 18 del Código Penal, haciendo extensiva la aplicación de la ley nueva más favorable a los casos en que exista sentencia definitiva ejecutoriada. La duda es, ahora, si el marco del procedimiento referido a las sanciones por el artículo octavo es este principio aplicable. Si se revisa el texto del artículo 19 N° 3 de la Constitución, aludido por el fallo, se verá que tal precisión no fue incluida por el constituyente, ni siquiera referido a materias penales, pese a que a la fecha ya se encontraba introducida la reforma en el Código Penal. Cuánto más discutible puede apreciarse el punto, si se considera que el procedimiento

¹⁰ Ley N° 17.722, que consta de un artículo único, publicada en el Diario Oficial de fecha 27 de septiembre de 1972.

que el Tribunal Constitucional aplica en el conocimiento y resolución de sus causas es *sui generis*, establecido por el mismo, sin necesaria sujeción a las reglas del Código de Procedimiento Penal. Aún más, las conductas descritas en el artículo octavo y en el actual artículo 19 N° 15 no pueden ser consideradas necesariamente como delitos ni pertenecientes al ámbito penal, según el decir, entre otros, de quien fuera Presidente del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, don Israel Bórquez Montero. Señaló este distinguido jurisconsulto, en el marco de una conferencia dictada en Valparaíso:

“Es importante señalar que el Tribunal, al conocer de esta materia, está juzgando la existencia de un *ilícito constitucional*, y que la declaración de que una persona ha incurrido en tal ilícito no implica que se ha cometido un delito penal, ni tampoco supone la condena previa por un tribunal con jurisdicción penal”¹¹.

Por cierto, la interpretación más natural nos hace concluir que, si bien la Constitución no incorpora expresamente en su texto la posibilidad de modificar o anular una sentencia ejecutoriada en virtud de una ley nueva más favorable, como sí lo hace el Código Penal, tampoco lo impide, y al no distinguir la ley, tampoco le es lícito hacerlo al intérprete, por lo que esta nueva ley debe favorecer en toda circunstancia al reo. Pensamos, sin embargo, que la conclusión es distinta si se relacionan los dos siguientes elementos. Por un lado, lo dicho respecto a que, al no constituir el tema que nos ocupa materia penal, no es aplicable a él ni el artículo 18 del Código Penal ni el inciso séptimo del artículo 19 N° 3 de la Constitución en forma taxativa, sino sólo este último como expresión de un Principio General del Derecho referido al “debido proceso judicial”.

La revisión de las actas de la Comisión Redactora de la Constitución referidas a este punto pareciera corroborar esta interpretación. En efecto, analizando las actas¹² se puede observar que los comisionados fueron de la opinión de elevar a rango constitucional lo prescrito por el Código Penal en la materia, norma que antes no contaba con esta jerarquía, pero siempre referido a materias penales. A mayor abundamiento, el debate se centró en los efectos de la nueva ley cuando esta se promulgaba mientras se estaba procesando a los reos afectados, sin hacer referencias a aquellos cuyos procesos ya están terminados.

Con esta interpretación no se pretende que este alto órgano falle “al margen de la ley”. El Tribunal Constitucional se rige en sus actuaciones en primer término por el propio texto de la Constitución, luego por su ley orgánica constitucional, por sus propios autoacordados y, por cierto, por los principios generales del derecho, como tribunal de tal naturaleza que es. Pero no cabe pretener que esté obligado por el Código Penal. Por otra parte, aún concediendo que el ilícito del ex artículo octavo es de materia penal, y por ello debe aplicársele el texto del inciso séptimo del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución, aunque no el Código Penal por ser aún así una materia *sui generis*, debe recordarse que éste prescribe:

“Ningún delito *se castigará* con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

¹¹ Conferencia citada por “Una cuestión de ‘principios’”, de Ambrosio Rodríguez Quiroz, Editorial Edimpres, 1988.

¹² Comisión de Estudios del Anteproyecto de la Nueva Constitución, sesión número 112, de fecha 8 de abril de 1975.

Si esta es la norma para los delitos que van a castigarse en el futuro, ¿no aparece como más lógico pensar que los delitos que ya fueron sentenciados ya fueron castigados. Así pareciera, porque en tales casos ya se ha terminado el discernimiento de cuál será el castigo. Este ya se determinó, ya se castigó, y sólo resta el cumplimiento de la condena.

En definitiva, si el constituyente excluyó del texto de nuestra Carta Fundamental la referida norma del Código Penal, aparece como más discutible que nunca la posibilidad de anular sentencias firmes en materia constitucional, aún contemplando que la Constitución sólo enuncia normas de carácter general.

En seguida, en el considerando cuarto, el fallo señala que la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825¹³ eliminó el carácter ilícito de la conducta descrita en el inciso primero del artículo octavo de la Constitución, y concluye en el siguiente considerando: que hoy la conducta por la que Clodomiro Almeyda fue sancionado "...no tiene en la actualidad sanción alguna".

Es en este tema donde se radica nuestra más profunda discrepancia con el fallo del Tribunal Constitucional. Antes de entrar en ella, conviene recordar que el requirente en el caso Almeyda fue el Ministerio del Interior, y éste, representado esta vez por el actual ministro don Enrique Krauss, se allanó a la solicitud presentada en representación del requerido. En otras palabras, no hubo oposición a la solicitud, y como el tribunal debe fallar conforme al mérito del proceso (otra piedra angular del debido proceso), aparece más reforzada la solución que dicha magistratura aplicó. Con todo, no puede quedar sin comentarios el que aquí se obró como si la reforma constitucional hubiese eliminado *totalmente* las conductas a sancionar. Y esto, hay que decirlo, no es así.

b) *Forma en que fue modificada la norma del artículo octavo*

Como se indicó más arriba, de la sola lectura de la Ley de Reforma Constitucional se concluye que, aunque derogado el artículo octavo, se conservaron en el artículo 19 número 15 tanto el espíritu general de proteger el régimen democrático y constitucional, como algunos de los actos o conductas que se harían acreedores de la sanción de inconstitucionalidad. Se hizo extensiva dicha sanción, además, tal como lo hacía la derogada norma, a los partidos, movimientos y organizaciones de los cuales emanaran tales actos o conductas, incluso aquellos cuyos objetivos fueran irrespetuosos del régimen democrático.

Una de estas conductas, prevista por el constituyente reformador como sancionable, y que hemos tomado sólo como el ejemplo más claro —porque también hay otros—, está referida precisamente a quienes "...hagan uso de la violencia, la propugnen, o inciten a ella como medio de acción política". Y en cuanto a las personas, se estableció que aquellas que "hubieren tenido participación en la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el inciso precedente..." (la descrita), serían sancionadas de la manera que allí se señala. ¿Cuál fue el cambio en este punto? Fundamentalmente la rebaja de las sanciones de diez a cinco años, y la supresión como pena de ciertas inhabilidades de carácter gremial. También se observa que para sancionar a personas en virtud del nuevo texto, se exige una vinculación con la declaración de inconstitucionalidad recaída

¹³ Ley promulgatoria de la Reforma Constitucional de 1989, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de agosto de 1989.

sobre un partido o movimiento, amén de haberse eliminado el carácter retroactivo de la figura.

Como puede observarse, no se divisa el fundamento jurídico para haber dejado sin efecto todas las sanciones que fueron impuestas a Clodomiro Almeyda, porque el principio pro reo de la ley nueva más favorable exige para proceder así, según la unanimidad de los tratadistas, que *se elimine toda sancionabilidad* de la conducta por la que fue condenado. En este caso no fue así ni lejanamente, y sólo puede admitirse que al afectado correspondían legítimamente, por la aplicación de este principio, dos consecuencias: un efectivo levantamiento de las sanciones consistentes en las inhabilidades gremiales propias del artículo octavo, hoy derogadas, manteniéndose la pérdida de ciertos derechos políticos que hoy también se perderían; y luego, una rebaja en el plazo de aquellas sanciones que continúen vigentes de diez a cinco años, tiempo que, por cierto, aún no cumplía cuando fue absuelto del todo¹⁴.

Se ha dicho, por último, que una de las mayores diferencias entre el artículo octavo y el nuevo número 15 del artículo 19 es que aquél sancionaba además de los partidos, a los actos de las personas, en tanto que éste sólo se refiere a los partidos, movimientos u otras formas de organización¹⁵; y que las personas son sancionables sólo en cuanto hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad pero no por conductas individuales. ¿Será este el fundamento que tuvo en vista el fallo para absolver? No nos parece que pudo haber sido en este especialísimo caso. No puede olvidarse que, en cuanto a la participación del absuelto en hechos que motiven una declaración de inconstitucionalidad a partidos o movimientos, precisamente esto ha ocurrido en el caso que nos ocupa. Por sentencia de fecha 31 de enero de 1985, el Tribunal Constitucional aplicó exactamente esta sanción al Partido Socialista, facción encabezada por Clodomiro Almeyda, por probarsele las mismas conductas que fueron y son sancionadas. El proceso incoado en su contra¹⁶ está

¹⁴ Las inhabilidades que debieron levantarse son, exclusivamente, las referidas a ser rector o director de establecimiento de educación o al ejercicio en ellos de funciones de enseñanza; a la explotación de un medio de comunicación social o dirección o administración del mismo; a las funciones de emisión o difusión de opiniones o informaciones en él; a la dirigencia de organizaciones políticas, de educación, vecinales, profesionales, empresariales, sindicales, estudiantiles y gremiales en general. Debió conservar su calidad de sanción, según lo que postulamos, la principalísima sanción que es la inhabilidad para postular a cargos públicos de *elección popular*, siendo, por otra parte, lícito interpretar que debiera cesar la inhabilidad para cargos públicos no electos popularmente que no se encuentren entre los enumerados en el artículo 54, números 1 al 6 de la Constitución Política, por ser inhabilidades contempladas genéricamente por el artículo octavo ("cargos públicos que no son de elección popular") y también establecidas en la norma hoy vigente.

¹⁵ Es precisamente por ello que la solución de este problema jurídico se ve aún mucho más clara en cuanto a los partidos y movimientos que fueron objeto de sanciones por el mismo fallo de 21 de diciembre de 1987, algunos de los que, declarados inconstitucionales, se han constituido e inscrito con posterioridad en conformidad a la ley, *con el mismo nombre, identidad política, dirigencia y postulados generales* que aquellos sancionados. No han declarado, por otra parte, ser otro partido, y únicamente han tomado resguardos al presentar su declaración de principios. Es el caso del Partido Comunista de Chile. ¿Hay control de la constitucionalidad en esta materia?

¹⁶ Véase "Solicitud de Inconstitucionalidad del M.D.P.", Editorial Opinión, 1984, págs. 9-64 (antecedentes de hecho).

atiborrado de antecedentes que acreditan su personal y protagónica participación en los hechos que motivaron la declaración del tribunal. Y nos estamos refiriendo a los hechos que motivaron esa declaración y que hoy, bajo el imperio del nuevo texto, podrían también válidamente motivarla. Nos remitimos en este punto a lo dicho sobre los hechos y conductas que siguen sancionándose. La vinculación, entonces, es absolutamente directa.

Finalmente, no puede dejar de observarse que todos los miembros del Tribunal Constitucional son eminentes y respetables personas de derecho, cuya función es tan alta como fundamental en la institucionalidad chilena. Los puntos de vista que aquí se han expresado, en este sentido, pretenden solamente plantear que ciertos elementos en la comentada decisión de la magistratura son susceptibles de discusión desde el punto de vista jurídico, y no aparecen tan claros de resolver como pudiese desprenderse del fallo unánime del Tribunal y del nulo debate de prensa producido, lo que hoy, a meses de su dictación, nos hace pensar en que más que un purismo jurídico, se ha impuesto en estas materias un gran ánimo conciliatorio.