

ESTUDIO

ALCANCES Y FINALIDAD DEL ART. 89 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL 80*

Teodoro Ribera Neumann**

El presente trabajo sobre el artículo 8 de la Constitución Política de 1980 (CPE) pretende ser sólo una introducción a la concepción de la democracia militante como un análisis somero de los aspectos jurídicos de la disposición indicada. Dado que la influencia alemana sobre el art. 8 CPE es manifiesta, el autor se remite constantemente a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania como a la doctrina y jurisprudencia de ese país para establecer paralelos. El análisis del artículo 8 CPE no debe hacer creer al intérprete que el mismo es un precepto aislado en la estructura constitucional chilena. Por el contrario; la norma en cuestión está vinculada estrechamente a la limitación de la soberanía y del ejercicio del poder por parte de los gobernantes como gobernados por los principios consustanciales de la democracia y por los derechos esenciales que emanan de la sola naturaleza humana.

De ahí entonces que en la concepción democrática de la Constitución de 1980 existan no sólo una ilicitud de medios sino que también una ilicitud de fines.

El artículo 8 CPE es estudiado en cuanto a su función dentro de la estructura constitucional para proceder luego a su análisis en lo referente a los sujetos pasivos, bienes jurídicos protegidos, acción pública, sanciones, etc.

Este estudio, siendo el primero que se publica sobre el artículo 8 CPE, bien puede contener planteamientos que en el futuro sean objeto de revisión, para así permitir una aplicación más racional de esta norma de seguridad sui generis. La investigación que a continuación comienza cumpliría plenamente su función si sirviera para futuros análisis sobre la democracia militante y sobre el mismo artículo.

* Este trabajo fue presentado el día 8 de agosto de 1984 en el Seminario "Alcances y Finalidad del Artículo 8° de la Constitución Política del 80" organizado por el CEP.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y Doctor en Derecho por la Julius —Maximilians— Universität, Würzburg, R. F. Alemana.

I Parte

La Democracia Militante

"Para que una democracia sea tal, debe el Estado movilizar fuerzas que un día puedan dirigirse contra su forma o contra el Estado mismo. ¿Pero acaso no debe el Estado, para que se mantenga la democracia, atar o eliminar a aquellas fuerzas cuando éstas tienden a fines antidemocráticos o anárquicos?"

Quien dice al respecto que sí, piensa en la idea de una democracia militante.¹ El piensa en una idea masoquista. Pues: ¿Cuándo se transforma la libertad política de la discusión y de la coalición en un abuso antidemocrático e incluso anárquico? ¿Y cuáles instituciones son imprescindibles para la democracia y por lo tanto no están a disposición de la mayoría, quizá de una imponente mayoría? ¿Y quién decide en el supuesto caso, si es que nosotros, él o aquel o la democracia ha actuado en forma inconsecuente en su propia defensa?"²

1 Introducción

Entre los principios fundamentales que inspiran la Constitución chilena de 1980 se encuentra el de la democracia militante. Esta concepción democrática introducida a nivel constitucional siguiendo muy de cerca la reglamentación alemana al respecto, conoce tanto las inhabilidades o limitación de ciertos derechos constitucionales como la prohibición de organizaciones políticas.

Al igual que en Alemania, es el Tribunal Constitucional el encargado de conocer estas importantes materias.

El que ambos Estados hayan incorporado la concepción de la democracia militante en sus respectivas constituciones, deriva de las experiencias históricas vividas por estos pueblos. Así como Weimar y el nacionalsocialismo marcaron la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, así también lo hizo con la constitución chilena el último tiempo de la Constitución de 1925.

El análisis de las disposiciones constitucionales alemanas sobre la democracia militante, como al igual la jurisprudencia constitucional y la opinión de la doctrina sobre este particular, tiene para Chile una gran relevancia, para así comprender que los instrumentos jurídicos de la democracia militante están encuadrados en una concepción aún mayor, y que no es otra que la limitación del poder de los gobernantes y gobernados por los derechos humanos y, en general, por los elementos inherentes a la democracia.

1 En el original: "wehrhafte Demokratie".

2 Hermann Jahrreiss, *Demokratie, Selbstbewusstheit-Selbstgefährdung-Selbstschutz*, en: *Festschrift für Richard Thoma zum 75. Geburtstag*, Tübingen 1950, p. 88 y sig.

2 Concepto

La nueva concepción democrática recogida por la Constitución de 1980 ha sido denominada en Chile "democracia protegida".

Este concepto es, sin embargo, errado e induce a equívocos, pues la democracia como tal no está protegida, sino que sólo posee los instrumentos para protegerse; no es, por tanto, "protegida", sino que con capacidad de protección. Lo que la democracia espera de los demócratas no es que se la vea como algo seguro o protegido, sino que como un sistema de gobierno, de valores y principios que requiere constantemente apoyo o protección.

Existen en la República Federal de Alemania una serie de denominaciones para caracterizar la mal llamada democracia "protegida", tales como "abwehrbeite Demokratie", "wehrhafte Demokratie" y "streitbare Demokratie". El término "abwehrbeite Demokratie" implica una democracia en estado de alerta, una democracia lista para defenderse. "Wehrhafte Demokratie" significa una democracia armada, con capacidad de defensa. El concepto más generalizado para denominar esta concepción democrática es el utilizado por el Tribunal Constitucional Federal, tal es el de "streitbare Demokratie" o "democracia combativa".

Karl Loewenstein la llamó en inglés "militant democracy",³ siendo la expresión "militante Demokratie" la utilizada por ciertos autores alemanes de guerra.⁴

La expresión democracia militante implica un reconocimiento a ciertos valores fundamentales para la existencia y subsistencia de la democracia, a los cuales adhiere o milita en forma irrestricta, tomándose las medidas de seguridad para impedir su destrucción.

En consideración a lo antes señalado es que el autor del presente trabajo proponga sustituir el concepto de "democracia protegida" por otro que sea más preciso, como el de "democracia militante", que no sólo reconoce el aporte de Loewenstein sino que también recalca el carácter valórico de la concepción democrática acogida por la Constitución de 1980.

3 Origen de la Democracia Militante en Alemania

El origen de la democracia militante está íntimamente ligado a la República de Weimar y al régimen nacionalsocialista en Alemania.

Los mecanismos legales y constitucionales que poseía la República de Weimar no estaban destinados a la defensa de la democracia ni a la forma republicana de gobierno, sino que a la protección de la

3 Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights", publicado en: *American Political Science Review*, vol. XXXI, 1937.

4 Helia Mandt, Demokratie und Toleranz, en: Peter Haungs, *Res Publica, Studien zum Verfassungsleben*, Dolf Steonberger zum 70. Geburtstag, München 1977, p. 235. nota 8.

constitucionalidad y legalidad frente a aquellos que buscaban su destrucción violenta y su posterior reemplazo.

Los grandes intérpretes de la Constitución de Weimar sostenían con tenacidad que la Carta Fundamental podía ser modificada, de acuerdo al procedimiento establecido en la misma, en todas sus disposiciones y en toda su amplitud. Gerhard Anschütz indicaba en su comentario a la Constitución de la República de Weimar, que la democracia consagrada por este cuerpo jurídico era un sistema neutro de reglamentación de la génesis y distribución del poder, sin que la democracia contara con elementos esenciales e inmodificables para permitir su subsistencia como tal.⁵ Hermán Heller indicaba, por otra parte, que la democracia contemplada en la Constitución de Weimar era una forma política abierta,⁶ por lo que todos los movimientos políticos podían, optando por la vía pacífica, transformar la República de Weimar en una monarquía o la democracia en una tiranía.

Imbuído de este absoluto relativismo valoneo e indiferencia ante el sistema democrático escribiría Heinrich Gerland en 1931:

"Dado que la actividad política tiene por objeto la modificación del derecho, aun cuando parezca paradójico, no debe existir jamás una meta política ilegal. Los llamados partidos golpistas son tales por la ilegalidad de sus medios, mas no por las metas a que aspiran".⁷

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la naciente República Federal de Alemania tomaría en su Ley Fundamental los resguardos necesarios para evitar una repetición de la época de preguerra.

De ahí entonces que la Ley Fundamental no sólo creara un Tribunal Constitucional Federal con amplias atribuciones para impedir los excesos producto de una confianza ilimitada en el Derecho Positivo, sino que contempló en su art. 79 inc. 3 la irreformabilidad de las bases mismas del régimen constitucional alemán, tanto en lo relativo a su sistema político como en lo referente al respeto de la dignidad humana.⁸

En cuanto a la democracia militante, la Ley Fundamental alemana establece en su art. 9 inc. 2 que "quedan prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o vayan contra el orden institucional o contra la idea del en-

5 Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 1933, 14ª Edición, reedición Darmstadt 1965, p. 402 y sig.

6 Hermán Heller, *Freiheit und Form der Verfassung*, en: *Hermann Heller, Gesammelte Schriften*, 1971, Tomo II, p. 377.

7 Heinrich Gerland, *Der Rechtsschutz gegen politische Unehrllichkeit*, Berlín 1931 p. 12 y sig.

8 Art. 79 inc. 3: "Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación de Länder o al principio de la cooperación de los Länder en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1 y 20".

tendimiento entre pueblos".⁹ De este artículo se ha hecho uso en múltiples oportunidades. En los últimos años se han prohibido dos organizaciones alemanas de corte nacionalsocialista, siendo tales la "Wehrsportgruppe Hoffmann" en 1980 y el "Movimiento Socialista Popular de Alemania/Partido del Trabajo" (Volkssozialistische Bewegung Deutschlands/Partei der Arbeit) en 1982.¹⁰

Respecto de los partidos políticos, existe para éstos el llamado "privilegio de los partidos" (Parteiprivileg), dado que éstos sólo pueden ser declarados inconstitucionales de acuerdo al art. 21 inc. 2 de la Ley Fundamental y únicamente por el Tribunal Federal Constitucional. El art. 21 inc. 2 es, por tanto, *lex specialis* respecto del art. 9 inc. 2.

Como se verá más adelante, el art. 21 inc. 2 guarda gran similitud con el art. 8 inc. 2 de la Constitución chilena.

A requerimiento de los gobiernos de la época procedió el Tribunal Federal Constitucional a prohibir en 1952 al Partido Socialista del Reich (Sozialistische Reichspartei) de tendencia nacionalsocialista¹¹ y en 1956 al Partido Comunista de Alemania (Kommunistische Partei Deutschland), por atentar ambos contra el sistema de gobierno democrático liberal.¹²

En los años sesenta surgieron en Alemania dos partidos políticos, sin significación electoral alguna y por eso tolerados, que vienen a reemplazar a los partidos políticos disueltos. Tales son el Partido Nacionaldemocrático de Alemania (Nationaldemokratische Partei Deutschland) y el Partido Comunista Alemán (Deutsche Kommunistische Partei).

El sistema constitucional alemán cuenta también con el instrumental del art. 18, para impedir que individuos, haciendo una utilización abusiva de ciertos derechos y libertades, atenten contra las bases del sistema democrático. El art. 18 indica al respecto que: "Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, inciso 1), la libertad de enseñanza (artículo 5, inciso 3), la de reunión (artículo 8), la de asociación (artículo 9), el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como el derecho de propiedad (artículo 14) y el de asilo (artículo 16, inciso 2)

- 9 La expresión "vayan. . . contra la idea del entendimiento entre los pueblos" es una alusión directa a la xenofobia existente en Alemania producto del pensamiento nacionalsocialista.
- 10 Bundesministerium des Innern, Innere Sicherheit Nr. 65 de 21 de enero de 1983, p. 12.
- 11 El Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (N.S.D.A.P.) había sido prohibido por los aliados en sus primeros bandos militares, como al igual todas las organizaciones anexas al partido.
- 12 La expresión orden fundamental "democrático-liberal" es utilizada en Alemania para diferenciar la democracia occidental de aquellas denominadas "democracias populares".

quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos. La pérdida y el alcance de la misma serán dictados por la corte Constitucional Federal".¹³

Ante el Tribunal Constitucional Federal se han presentado, hasta la fecha, sólo dos solicitudes para sancionar a personas mediante el art. 18 de la Ley Fundamental, estando ambos individuos vinculados con organizaciones de corte nacionalsocialista.

En 1952 se acusó al mayor general en retiro Otto Remer (quien se destacaría por actuar para impedir el derrocamiento de Adolf Hitler el 20 de julio de 1944) por su carácter de alto funcionario del Partido Socialista del Reich y en 1969 al editor del Diario Nacional (Nationalzeitung), el Dr. Gerhard Frey.

Ambas solicitudes del gobierno federal fueron rechazadas por el Tribunal Constitucional Federal en los años 1960 y 1974, respectivamente, dado que a la fecha de dictación de las sentencias los inculpados no constituían un peligro real para el orden fundamental democrático liberal.¹⁴

La Constitución Provisional de Bonn estableció, además, que la libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución (art. 5), exigiéndose a los funcionarios públicos (art. 33) como a los jueces (art. 98), por su importancia en la conformación del poder estatal, una especial lealtad al sistema democrático liberal. No pueden por tanto ejercer estas funciones personas con ideologías de tipo totalitario.

Únese a estas disposiciones constitucionales el hecho de que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dejara vigentes, aun cuando por la nueva constitución pudieran ser inconstitucionales, y por tanto derogadas, las llamadas "Leyes para la liberación del pueblo alemán del nacionalsocialismo y militarismo" (art. 139) dictadas como parte del proceso de desnacificación.

En virtud de estas leyes perdieron la calidad de funcionarios públicos, profesores, jueces, etc., innumerables individuos que habían participado o colaborado de una manera más o menos directa en el gobierno nacionalsocialista.¹⁵

13 Sobre el particular, véanse los artículos 36 y siguientes de la Ley Federal del Tribunal Constitucional Federal (en adelante, LFTCF).

14 Decisión del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtssentscheidung), Tomo 11, p. 282. En adelante BVerfGE, 11, 282.

15 Román Herzog en: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung, 1983, art. 139 nota 4 señala que el precepto en cuestión estaría obsoleto a partir del término del proceso de desnacificación.

4 De la Democracia Neutra a la Democracia Militante en Chile¹⁶

4.1 La democracia neutra hasta 1973.

La Constitución Política de Chile de 1925 estaba imbuida, al igual que los otros cuerpos fundamentales de su época, de la idea del absoluto relativismo y de la total tolerancia frente a todos los grupos políticos de carácter no violento.¹⁷

La tolerancia frente a las diferentes fuerzas políticas pertenecía en Chile hasta 1973 a uno de los elementos característicos de nuestra democracia y estaba acorde, además, con la tradición chilena, la cual ya en el siglo pasado veía la tolerancia religiosa como una expresión más de la libertad.

La democracia chilena hasta 1973 fue neutra, pues se entendía como un mero sistema de formación de la voluntad popular, el cual, en base a una concurrencia y tolerancia de todas las opiniones y fuerzas políticas que respetaran la legalidad vigente, vio la decisión de la mayoría resultante de las elecciones legalmente celebradas, como norma suprema.

La Constitución de 1925 no conocía norma alguna que estableciera la inmodificabilidad de normas constitucionales, estando la reforma constitucional sólo sometida al procedimiento señalado en el capítulo X de la Carta Fundamental. El constituyente era soberano, mientras respetara las formalidades establecidas, para tomar cualquier decisión y la reforma constitucional no estaba sometida al control del Tribunal Constitucional.¹⁸

El Presidente de la República Salvador Allende, viendo la cobertura que facilitaba la neutralidad constitucional, señalaría: "Ya lo he dicho, la realidad chilena permite cambiar la Constitución dentro de la Constitución, mediante plebiscitos".¹⁹

El hecho de que la democracia neutra no considerara a ciertos elementos como inmodificables e insustituibles generaba una absoluta apatía e indiferencia frente a aquellos movimientos a partidos

16 Sobre los conceptos de democracia neutra y democracia militante: Friedrich Koja, "Streitbare und neutrale Demokratie", en: *Neues Forum, Österreichische Monatsblätter für kulturelle Freiheit*, año XIII, Viena, octubre 1966, cuaderno 154, p. 576 y sig.

17 "El relativismo —escribe Kelsen en: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, 2ª edición, reimpresión Aalen 1963, p. 101— es la visión de mundo que presupone un pensamiento democrático".

18 Véase al respecto el fallo del Tribunal Constitucional de Chile de fecha 30 de mayo de 1973.

19 Revista *Punto Final* N° 126 del 16 de mayo de 1971, Allende habla con Debray, p. 39. Cita extractada de: Genaro Arriagada, *De la vía chilena a la vía insurreccional*, Santiago, 1974, p. 128.

totalitarios que, subordinándose formalmente al sistema democrático, pretendían su destrucción. Una democracia que pretendiera protegerse contra los movimientos totalitarios no violentos era, para la concepción de democracia neutra, una negación en sí misma.²⁰

Ejemplo de la absoluta tolerancia y relativismo existentes en Chile es la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena de fecha 16 de junio de 1937, donde este alto Tribunal, ratificando un fallo de uno de sus ministros, indicó que según lo declarado por el fundador del Partido o Movimiento Nacionalsocialista de Chile, Jorge González von Marees, "lo que dicho partido persigue es la instauración de una "verdadera democracia" cuyas características describe deposición que el Tribunal ha examinado junto con la declaración de principios contenida en el diario a fs. 10, llegando a la conclusión de que dicho partido no persigue ideales opuestos a la democracia".²¹

Una excepción a esta democracia neutra la constituye la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, por la cual se prohibió al Partido Comunista de Chile como, en general, a toda asociación, entidad, partido, facción o movimiento, que persiguiera la implantación en la República de un régimen opuesto a la democracia o que atentara contra la soberanía del país.²² Esta ley, más que constituir una recepción de la doctrina de la democracia militante, respondió a una actitud generalizada de ciertos países frente al comunismo y a la guerra fría.

El carácter neutral de la Constitución de 1925 fue reforzado luego de la reforma constitucional pactada entre el Partido Demócrata Cristiano y la Unidad Popular para permitir el acceso al poder de don Salvador Allende Gossens.

En términos generales podemos resaltar que aun cuando la Constitución de 1925 señalaba que el Gobierno de Chile era republicano y representativo (art. 1) y que la Constitución aseguraba a todos los ciudadanos el libre ejercicio de los derechos políticos, dentro del sistema democrático y popular (art. 9), las bases mismas del sistema institucional no estaban protegidas de ser modificadas por los quorum exigidos. Importante es también destacar que de acuerdo al art. 10 N° 3 inc. 1 no podía ser constitutivo de delito o abuso el sustentar o difundir cualquiera idea política, vale decir, incluso aquellas que atentaren contra el sistema democrático de gobierno.

20 Al respecto, véase a Hans Kelsen, "Verteidigung der Demokratie", texto recopilado en: Hans Kelsen, *Demokratie und Sozialismus, Ausgewählte Aufsätze*, Viena 1967, p. 60.

21 *Gaceta de los Tribunales*, año 1937, primer semestre, p. 336.

22 Ley N° 8.987 publicada en el Diario Oficial del 3 de septiembre de 1948.

La Carta Fundamental anterior prohibía, por tanto, sólo la utilización de la violencia para lograr ciertas metas políticas, mas no limitaba los fines a los cuales se podía tender.²³

4.2 La Democracia Valórica y sus Consecuencias

Con posterioridad a 1973 una serie de documentos oficiales han dejado traslucir un reconocimiento a ciertos derechos inherentes al hombre y anteriores al Estado en sus postulados.

Así es como la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política (en adelante, Comisión de Estudio o Comisión Ortúzar) señaló en su documento "Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República" de fecha 26.11.1973: "La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al sentir de nuestro pueblo y según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección".²⁴

La Declaración del Gobierno de Chile señala al respecto que: "1 El hombre tiene derechos naturales anteriores y superiores al Estado. Son derechos que arrancan de la naturaleza misma del ser humano, por lo que tienen su origen en el mismo creador. El Estado debe reconocerlos y reglamentar su ejercicio, pero siendo él quien los concede, tampoco podría jamás negarlos". Declaraciones similares a este particular se encuentran en los documentos denominados: "Objetivo Nacional del Gobierno de Chile"²⁵ y en las Actas Constitucionales N° 2.²⁷ y N° 3.²⁸

El art. 1° de la Constitución Política del Estado indica expresamente que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es

23 Al respecto, Teodoro Ribera, "Ilicitud de fines, ilicitud de medios", diario *El Mercurio* de Santiago, 28 de junio de 1984, p. A 2.

24 Comisión de Reforma Constitucional, *Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República*, publicada en: Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Actas Constitucionales, Antecedentes y Textos, p. 9.

25 Junta de Gobierno, *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, publicado en: Actas Constitucionales, Antecedentes y Textos, ob. cit., p. 20.

26 Presidente de la República, *Objetivo Nacional del Gobierno de Chile*, publicado en: Actas Constitucionales, Antecedentes y Textos, ob. cit., p. 46.

27 Acta Constitucional N° 2, Considerando N° 4°, publicada en: Actas Constitucionales, Antecedentes y Textos, ob. cit., p. 67.

28 Acta Constitucional N° 3, Considerando X° 1, publicada en: Actas Constitucionales, Antecedentes y Textos, ob. cit., p. 69.

promover el bien común, siendo su deber el resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, etc.

En base a esta concepción valórica, el constituyente chileno de 1980 estableció los mecanismos para proteger los elementos esenciales de la sociedad contra su destrucción.

La actual Carta Fundamental chilena no posee una disposición que establezca la inmodificabilidad expresa de ciertas normas constitucionales, tal como la conoce la Ley Fundamental alemana en su art. 79 inc. 3. La Comisión de Estudio había propuesto en el art. 122 inc. 2 de su proyecto, una norma por la cual no se admitiría a tramitación un proyecto de reformas constitucionales cuyo objetivo fuera el legitimar las conductas del artículo 8 o atenuar las sanciones establecidas en el mismo artículo. Este precepto fue eliminado por el Consejo de Estado en consideración a que este órgano estimó "ilusorio establecer que una norma jamás puede ser modificada, pues, al darse el caso de que se pretenda hacerlo, se obliga a pasar por encima de la Constitución para lograr la reforma".²⁹

No ha de creerse, sin embargo, que la Constitución actual, al no poseer una cláusula de irreformabilidad, no tenga un núcleo esencial que se traduce en una limitación inmanente del poder estatal.

La Constitución de 1980 incorporó, sin lugar a dudas, una nueva concepción de democracia y que no es otra que la de una democracia basada en ciertos valores esenciales e insustituibles, de lo que se deriva que tanto para gobernantes como gobernados existen limitaciones de carácter absoluto.

El art. 5 inc. 2 CPE señala al respecto que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.³⁰

29 Informe del Consejo de Estado sobre el proyecto constitucional; 11 Enmiendas introducidas por el Consejo al anteproyecto; N° 28 Capítulo XIV sobre Reforma de la Constitución.

30 Los derechos esenciales que emanan de la sola naturaleza humana invocarían, según se deduce de las actas de la Comisión de Estudio, al Derecho Natural. El comisionado Guzmán señaló que "la soberanía tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural". Concuerd a en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga; para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero sí se podría hablar del respeto a "los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana". Ese le parece que es un límite de la soberanía, porque tiene que ser algo que esté por encima del derecho positivo para que limite la soberanía. Así, Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, Sesión 49, p. 17. Debe tenerse presente que el hecho de que la Constitución no se refiera textualmente al Derecho Natural sino que utilizara la expresión "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" implica que el constituyente, aun cuando reconoce ciertos derechos inherentes al ser humano como anteriores al Estado, no pretendió amarrar a la Constitución, en este aspecto, a una determinada concepción filosófica sobre el origen de estos derechos.

"La disposición en la forma en que se está proponiendo —haría hincapié el presidente de la Comisión de Estudio señor Ortúzar—, conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por la vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito, podría destruirse, y eso es de extraordinaria trascendencia.³¹

La Constitución de 1980 al reconocer ciertos derechos como supraconstitucionales y admitir los mismos como limitativos de la soberanía, ha establecido barreras absolutas para el ejercicio de la soberanía que tienen por objeto proteger a aquellos que no detentan el poder frente a aquellos que sí lo poseen.

Para los gobernantes supone esta nueva concepción una limitación al ejercicio del poder, por lo que todo acto de autoridad debe respetar, entre otros principios, el contemplado en el art. 5 inc. 2 CPE.

Vinculado a esta problemática se encuentra el art. 57 inc. 6 de la Constitución, que indica que "cesará también en el cargo de diputado o senador el parlamentario que, ejerciendo la función de presidente de la respectiva corporación o comisión, haya admitido a votación una moción o indicación que sea declarada manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado por el Tribunal Constitucional. En igual sanción incurrirán el o los autores de la moción o indicación referidas".³²

Este precepto constitucional da pábulo para afirmar que incluso el poder constituyente derivado está limitado por la esencia de la Constitución, pues en caso de presentarse una moción que sea declarada manifiestamente contraria a ésta, vale decir, que atente en forma clara o abierta contra su núcleo fundamental, se produce la cesación en sus cargos de aquellos que la hayan admitido a votación o la hayan presentado. Es más, dado que el propio poder constituyente originario dictó la Carta Fundamental señalando previamente que reconocía los derechos esenciales que emanan de la sola naturaleza humana como límite al ejercicio de la soberanía, incluso la propia Constitución Política de 1980 debe reconocer estos derechos.

Base de esta nueva democracia es, por consiguiente, el carácter supremo de la dignidad humana y de los derechos inherentes a ella, al igual que otros valores y principios que constituyen parte insustituible de la democracia.

Consecuencia de lo mismo es la imposibilidad de transformar una democracia mediante simples reformas legales y constitucionales en una dictadura; un sistema pluripartidista en uno de partido único; la persona humana en una simple cosa.

Son ciertos valores y principios esenciales de la Constitución de 1980 los que pretende proteger el art. 8 de la Carta Fundamen-

31 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., Sesión 49, p. 19.

32 Este inciso sería agregado al Proyecto de la Comisión Ortúzar por el Consejo de Estado. Sobre el particular, el art. 5 inc. 6 del Proyecto del Consejo de Estado.

tal, pues la democracia militante no es más que una consecuencia de una democracia que reconoce ciertos principios y valores como fundamentales, otorgándoseles un carácter de irrenunciables e inmodificables.

En la democracia valórica existe, por tanto, no sólo una ilicitud de los medios utilizables para la conquista del poder político, sino que también una ilicitud de los fines a los cuales se puede tender.

Los fines ilícitos en esta democracia son únicamente aquellos que buscan establecer un sistema político radicalmente diferente a la democracia, vale decir, aquellos que desconocen las bases mismas de la democracia y los derechos esenciales del ser humano.

Se debe tener, eso sí, claro que el aceptar los mecanismos de la democracia militante conlleva reconocer que existen valores y principios esenciales e inmodificables que se pretenden proteger y que estos principios y valores limitan tanto el poder de los gobernantes como de los gobernados. El ignorar lo aquí señalado, significa utilizar el instrumentario jurídico de la democracia militante sólo como elemento represivo para sustentar en el poder a tal o cual grupo, puesto que lo que se protegería no serían los fundamentos de la democracia, sino que la utilización actual del poder.

La utilización de los instrumentos de la democracia militante genera, indudablemente, un conflicto axiológico, pues teniendo la democracia como elementos importantes la libertad y la tolerancia, éstos se limitan para salvar la democracia. El problema radica en que si no se limita el actuar de aquellos que atentan contra la libertad y la tolerancia, la democracia puede dejar de ser tal y con ella desaparecería, posiblemente, toda la libertad y toda la tolerancia.

He aquí, entonces, que los mecanismos de defensa de la democracia han de utilizarse pensando que se pretende proteger la diversidad frente a la uniformidad, el pluripartidismo frente al unipartidismo. Dado que la salvaguarda de la democracia lleva implícita una lesión a la libertad de expresión y a la igualdad entre los grupos políticos para acceder al poder, es que la aplicación de las normas jurídicas vinculadas a la democracia militante debe proceder en forma subsidiaria a otras medidas y únicamente cuando el sistema institucional democrático pueda verse amenazado.

No se trata, por tanto, de sancionar a todos los intolerantes ni de prohibir a todos los movimientos políticos que atenten contra tal o cual disposición constitucional, sino que sólo contra aquellos que constituyen un peligro real, presente o futuro, para los elementos más esenciales de la democracia.

La frase acuñada por Saint Jux: "No hay libertad para los enemigos de la libertad", conduce a una errada interpretación de la democracia militante, pues a los enemigos de la libertad no se les niega el uso de ella, sino que únicamente su abuso y en la medida que sea estrictamente indispensable para salvaguardar la democracia.

II Parte

El Artículo 8 de la Constitución Política de 1980

"Demócratas que no reconocen la diferencia entre una crítica amistosa y destructiva a la democracia son cautivos personalmente del espíritu totalitario. Un régimen totalitario no puede ver, naturalmente, ninguna crítica como amistosa, pues toda crítica a la autoridad cuestiona el principio de autoridad en sí".³³

1 Introducción

El art. 8 de la Constitución Política del Estado es la expresión máxima de la democracia militante y tiene por objeto el impedir que las personas u organizaciones atenten con su actuar contra los bienes jurídicos protegidos que el propio precepto constitucional señala.

Es necesario tener presente que del artículo 8 CPE se deducen tres procedimientos distintos que deben ser conocidos por el Tribunal Constitucional. Tales son el que se refiere a las personas como entes individuales y que se rige por el art. 82 N° 8 frase 1 CPE y normas anexas; el procedimiento contra el Presidente de la República y contra el presidente electo, de acuerdo al art. 82 N° 8 frases 1 y 2 CPE y demás disposiciones; y, por último, el procedimiento contra una organización y los movimientos o partidos políticos, que estatuye el art. 82 N° 7 CPE como competencia del Tribunal Constitucional.

Estas atribuciones del Tribunal Constitucional están reglamentadas en el art. 82 CPE como en el párrafo 4 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC) denominado "atentados contra el ordenamiento constitucional".

2 Atentado Individual contra el Ordenamiento Constitucional

El art. 82 N° 8 CPE indica que es atribución del Tribunal Constitucional el: "Declarar en conformidad al artículo 8 de esta Constitución, la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado contra el ordenamiento institucional de la República. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, dicha declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio".

La disposición 8 CPE señala, por otra parte: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra

33 Karl Popper, "Die offene Gesellschaft und ihre Feinde", Tomo I *Der Zauber Platons*, Berna 1957, 2ª edición, p. 254.

la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República".

El procedimiento relativo a los atentados individuales contra el orden institucional de la República se encuentra reglado por las disposiciones 63 a 71 de la LOCTC.

2.1 La Persona Natural como Afectado

Al igual que el art. 18 de la Ley Fundamental alemana, el art. 8 inc. 1 de la Constitución tiene por finalidad proteger ciertos bienes jurídicos contra acciones de una determinada persona.

A pesar de esto, el art. 8 inc. 1 CPE se inicia con la expresión: "Todo acto de persona o grupo", dando así la impresión de que el procedimiento derivado de esta norma constitucional pudiera dirigirse contra un grupo de personas como entidad propia.

Esta expresión, propuesta por el señor Jaime Guzmán en la sesión 242 de la Comisión de Estudio, debía tener por objeto las "acciones concertadas entre distintas personas que no alcanzan a adquirir la calidad de movimiento o partido".³⁴

Sin embargo, debe tenerse presente que el art. 82 N° 8 CPE habla de la "responsabilidad de las personas" y no de los grupos, lo que indica que sólo las personas pueden ser sujetos pasivos de esta relación procesal. Ratifica lo anteriormente dicho el art. 64 N° 2 LOCTC al utilizarse aquí la expresión: "La individualización del afectado, o una designación clara de su persona, si el requirente la ignora".³⁵

Los grupos como tales han sido incorporados en la expresión "organización" utilizada en el art. 8 inc. 2 CPE, dado que todo grupo para existir como tal debe tener, a lo menos, un germen de organización entre sus miembros.

La expresión "persona o grupo" había sido ya utilizada en el art. 11 inc. 2 del Acta Constitucional N° 3, justificándose sin embargo la misma, dado que en aquel entonces se englobaba con la palabra "grupo" todo tipo de organización.

En Chile pueden ser sólo las personas naturales las afectadas por el art. 8 inc. 1 CPE, pues las sanciones establecidas en la Constitución no pueden aplicarse a personas jurídicas. En Alemania, en

34 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 242, p. 22. Una recopilación de las sesiones de la Comisión de Estudio sobre el actual art. 8 en: Rafael Larraín, *Historia Fidedigna del artículo 8° de la Constitución Política de 1980*, Santiago 1984.

35 Así también el art. 64 N° 3, art. 65 inc. 1 frase final e inc. 2; art. 66 y art. 70 incs. 2 y 3 LOCTC.

cambio, las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos en el procedimiento del art. 18 de la Ley Fundamental en la medida que sean portadoras de los derechos constitucionales a que alude el art. 18.³⁶

2.2 El Acto Ilícito

El acto ilícito del art. 8 inc. 1 CPE es "todo acto. . . destinado a propagar doctrinas" de una determinada índole.

Podemos expresar que lo que se sanciona es un acto, tal es, el propagar doctrinas como también los actos preparatorios destinados a iguales fines. Interesante es destacar que en la Comisión de Estudio se recalcó al respecto que lo que se sancionaba era un acto y no la idea.³⁷

El Grupo de Estudios Constitucionales ve en esta disposición "el delito de opinión al castigar cualquier acto tendiente a difundir concepciones ideológicas que pudieran ser contrarias a las que se encuentran explícitamente consagradas en él".³⁸

El acto ilícito constitucional no es, eso sí, todo acto de propagación de una de las doctrinas indicadas en el art. 8 inc. 1 CPE.

Aun cuando las palabras principales son: "destinado a propagar doctrinas",³⁹ la Comisión Ortúzar dejó claramente establecido que "el término propagación" se refiere a la difusión realizada con ánimo proselitista o de captar adeptos, y no alcanza por ende el análisis científico o académico, ni la sustentación de una idea con fines o alcances distintos a los que engloba el verbo propagar".⁴⁰

Según el Diccionario de la Real Academia, propagar es "extender el conocimiento de una cosa o la afición a ella".⁴¹

Al utilizar el constituyente la palabra "doctrina" limita aún más el precepto constitucional, ya que se refiere sólo a un conjunto racional de ideas concatenadas o, como señala el Diccionario de la Real Academia, a la "enseñanza que se da para la instrucción de alguno; ciencia o sabiduría; u opinión de uno o varios autores en cualquiera materia".⁴²

No quedan comprendidas en la denominación "doctrinas", la mera crítica, la simple opinión en una entrevista, en una reunión social, en una conferencia, en la cátedra, y de manera incidental,⁴³

36 Al respecto, art. 19 inc. 3 de la Ley Fundamental alemana en relación con el art. 39 LFTCF.

37 Así, el comisionado Guzmán en: Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 359, p. 2355; sesión 365, p. 2471.

38 Grupo de Estudios Constitucionales, Boletín N° 1, Observaciones al Proyecto Ortúzar.

39 Así también el Tribunal Constitucional en el fallo de 2 de junio de 1983.

40 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 406, p. 3324.

41 *Diccionario de la Lengua Española*, 19ª Edición, 1970.

42 *Ibidem*.

43 Así el comisionado Guzmán en: Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 365, p. 2465.

ni tampoco la propagación de las doctrinas a que alude el art. 8 inc. 1 CPE realizada con otros fines que los que sean para captar adeptos. Todas estas expresiones externas del pensamiento caen dentro de la esfera de la libertad de opinión y de emitir opinión consagrada en el art. 19 N^{os}. 6 y 12 de la Constitución.⁴⁴

En cuanto a la redacción del art. 8 inc. 1 CPE, éste no siguió, como lo realizara el art. 8 inc. 2 CPE, el tenor del precepto respectivo de la Constitución Provisional de la República Federal de Alemania, señalándose, por parte del señor Guzmán, que el art. 18 de la Ley Fundamental alemana, al hablar de "abusa de los derechos y libertades para ir contra ellos", utiliza una "frase mucho más genérica, imprecisa y peligrosa que la de la Comisión, ya que esta última tiene por finalidad impedir la difusión de las doctrinas totalitarias. . .",⁴⁵

2.3 Los Bienes Jurídicos Protegidos

Los bienes jurídicos protegidos que se deducen del art. 8 inc. 1 CPE son válidos tanto frente a las acciones individuales que atentan contra los mismos, como respecto de acciones provenientes de organizaciones y movimientos o partidos políticos que buscan idéntico fin. De ahí, entonces, que el inciso segundo del art. 8 se remita en cuanto a los objetivos no permitidos al inc. 1 del mismo artículo.

Al contrario de la Ley Fundamental alemana, la Constitución chilena no contiene una enumeración positiva de los bienes jurídicos protegidos,⁴⁶ sino que una exposición de aquellas acciones que no pueden ser realizadas. Exceptuase de esta consagración negativa e implícita de los bienes jurídicos protegidos, la familia, que es enunciada directamente por el constituyente. Respecto de los demás, es tarea del intérprete extraer de las acciones y fines ilícitos los principios y valores positivos que se pretenden resguardar.

Los bienes jurídicos protegidos por el art. 8 CPE están directamente relacionados con el Capítulo I de la Constitución Política denominado: "Bases de la Institucionalidad". El art. 1 CPE indica al

44 El Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 2 de junio de 1983 señala al respecto: "11) Que la conducta sancionada en el art. 8 no la tipifican ni la simple discrepancia ideológica no exteriorizada en la forma prescrita por la Constitución ni tampoco cualquier atentado contra el ordenamiento institucional que no configure actos destinados a la difusión de las doctrinas que específica y taxativamente ha señalado el constituyente".

45 Comisionado Guzmán en: Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 365, p. 2470.

46 En el art. 18 de la Ley Fundamental de Alemania es el régimen fundamental de libertad y democracia y en el art. 21 inc. 2, el régimen fundamental de libertad y democracia y la existencia de la República Federal de Alemania.

respecto que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, debiendo el Estado propender al fortalecimiento de ésta como al igual protegerla. El art. 4 señala que Chile es una república democrática, residiendo la soberanía, de acuerdo al art. 5, en la nación; el ejercicio de esta soberanía se encuentra limitado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. El art. 6 prescribe, además, que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

No es de extrañar que el constituyente estableciera directamente a la familia como uno de los elementos que pretende proteger, dado que el propio art. 1 CPE manifiesta que el Estado debe resguardarla.

La familia se protegió como bien jurídico propio, pues la misma no quedaba incluida en el otro bien jurídico contemplado en el art. 8, tal es, las bases esenciales de la democracia.

Susceptible de duda es el alcance de la expresión "atenten contra la familia", debido a que especialmente en el campo vinculado directa o indirectamente al Derecho de Familia, tal como la natalidad controlada, el aborto, el divorcio desvincular, la potestad marital, etc., no existe un consenso en la sociedad chilena en torno a que una medida pueda atentar o proteger la familia.

Debe tenerse eso sí presente que lo que se protege no es la familia como grupo de individuos unidos por vínculos de parentesco, sino que como "célula básica de la sociedad",⁴⁷ vale decir, como parte esencial de la sociedad y, por consiguiente, del Estado.

"Cabe reiterar —señalaría el Tribunal Constitucional— que no cualquier atentado en contra del ordenamiento institucional, por grave que sea, configura el ilícito constitucional a que se refieren los artículos 8° y 82, N° 8° de la Carta Fundamental".⁴⁸

En lo que respecta a la familia, debe considerarse que no todo atentado contra la misma implica incurrir en la ilicitud constitucional analizada, sino que lo que se declara ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la república es el acto destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, como célula de la sociedad.

También el orden democrático fundamental se pretende proteger mediante el art. 8 CPE, declarándose ilícito el acto destinado a propagar doctrinas que propugnen la violencia, como también el acto destinado a propagar doctrinas que propugnen una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases. En este caso, el constituyente no defiende expresamente el sistema fundamental de democracia y libertad, sino que lo hace indirectamente al declarar ilícitas ciertas ac-

47 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 365, p. 2465.

48 Así el Tribunal Constitucional en el fallo de 2 de junio de 1983.

ciones tendientes a la consecución de fines que atentan contra la sociedad democrática.

En la Comisión de Estudio se dejó claramente establecido que las corrientes totalitarias podían ser tanto de derecha como de izquierda, citándose como ejemplo de la primera a la "Alianza Anticomunista Argentina" o "Triple A".⁴⁹

La Comisión Ortúzar no se refirió a lo que entendía por el concepto "totalitario". Se señaló, sin embargo, que el totalitarismo se presentaba cuando las funciones del Estado estaban en una sola persona o entidad, cualquiera que sean los vínculos de subordinación, de interdependencia o de formación que existan entre los diversos poderes del Estado⁵⁰ y que el totalitarismo era contrario al Estado de Derecho en sus rasgos más indiscutibles y esenciales.⁵¹

Aun cuando el término "totalitario" no es hoy un concepto unánimemente aceptado en el campo de la ciencia política, especialmente dado que ciertos autores utilizan la palabra "fascista" para referirse a este tipo de regímenes, el término "totalitario" del art. 8 CPE debe entenderse como antítesis de los elementos esenciales de la democracia, tales como el Estado de Derecho y la libertad, comprendiéndose por el concepto de "democracia" no sólo una forma de generación de los gobernantes, sino que también ciertos valores y principios consustanciales a la democracia.⁵²

En lo relativo a la expresión "lucha de clases" utilizada por el constituyente en el art. 8 inc. 1 CPE, ésta es una alusión directa al marxismo. El señor Guzmán fue de la opinión que el marxismo-leninismo no podría renunciar jamás al postulado de la lucha de clases sin dejar de ser tal.⁵³ El comisionado Evans propuso en reemplazo de la alusión "lucha de clases", que significaba llevar un concepto marxista a la Constitución, la denominación "enfrentamiento entre sectores sociales".⁵⁴

El precepto constitucional 8° se refiere sólo al concepto marxista de "lucha de clases" y no abarca, por consiguiente, otro tipo de antagonismo de clases.⁵⁵

El señor Diez expresaría al respecto que el mismo "concepto de democracia excluye la violencia y la lucha de clases en su manifestación pública o en su predicación de lucha de clases, pero no está excluido el pensamiento de que la sociedad está dividida en clases

49 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 365, p. 2470.

50 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 243 p. 4.

51 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 243, p. 14 y sesión 367, p. 2493.

52 Sobre el concepto de totalitarismo, véase: Joaquín Fermandois, *La no-ción del totalitarismo*, Editorial Universitaria, Santiago, 1980.

53 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 365, p. 2470.

54 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 243, p. 25.

55 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 243, p. 18.

distintas, porque respecto de esto cada cual puede pensar lo que quiera".⁵⁶

Lo que se declara ilícito en el art. 8 CPE es sólo la propagación de doctrinas que tengan una concepción de la sociedad fundada en la lucha de clases y que esta concepción se base en la dinámica de la lucha de clases⁵⁷ como elemento para construir la sociedad.⁵⁸

Por último, y en lo que respecta a la violencia, se entiende por ella sólo la violencia antijurídica y no aquella como elemento para imponer el Derecho.⁵⁹ La propagación de doctrinas violentistas comprende tanto aquellas limitadas al ámbito nacional, como al igual las "concepciones intrínsecamente belicistas que pretenden arrastrar a los países en permanentes contiendas".⁶⁰

Interesante es destacar sobre este particular que la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 señala en el art. 13 N° 5: "Estará prohibida por la Ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Disposición similar contiene el art. 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Relacionando los bienes protegidos del art. 8 CPE con las disposiciones constitucionales N°s. 18 y 21 inc. 2 de la Ley Fundamental alemana, cabe señalar que el art. 8 CPE es más amplio que el art. 18 alemán, dado que este último sólo protege el orden fundamental de democracia y libertad, pero no así la familia. Respecto del art. 21 inc. 2 de igual cuerpo constitucional, la disposición chilena del art. 8 CPE es más restringida, pues el art. 21 inc. 2 protege tanto el orden fundamental de democracia y libertad como la existencia de la República Federal de Alemania, tal es, su existencia como Estado, su independencia internacional y su integridad territorial.⁶¹

Cabe por último señalar, que si bien los conceptos utilizados por el constituyente chileno en el art. 8 inc. 1 CPE pueden generar dudas entre los intérpretes en cuanto al alcance de los mismos, una menor claridad revestía la expresión "régimen fundamental de li-

56 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 243, p. 19.

57 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 243, p. 26.

58 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 361, p. 2394.

59 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 365, p. 2466 y sig.

60 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 243, pp. 24 y 25.

61 Discutible es en la doctrina alemana si la integridad estatal implica también la integridad interior. Al respecto: Theodor Maunz en *Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, art. 21, nota marginal 18.

bertad y democracia" (freiheitliche demokratische Grundordnung) que utilizaría el constituyente alemán, la que produciría inseguridad y confusión y que vendría a ser desentrañada y definida por el Tribunal Constitucional Federal en los fallos recaídos en los procedimientos relativos a la prohibición de los partidos políticos en 1952 y 1956, principalmente.

El Tribunal Constitucional Federal ha señalado que el régimen fundamental de democracia y libertad implica, a lo menos, el respeto a los derechos humanos concretados en la Ley Fundamental y, por sobre todo, al respeto a la vida y al libre desarrollo de la personalidad; la soberanía nacional, la división de los poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la administración, la interdependencia de los Tribunales, el sistema multipartidista y la igualdad de todos los partidos políticos para conformar y desarrollar una oposición.⁶²

Al igual que en Alemania Federal, le corresponderá al Tribunal Constitucional, como supremo guardián e intérprete de la Constitución, clarificar la terminología utilizada por el constituyente, teniendo presente que lo que se pretende proteger son sólo los elementos más inherentes y esenciales a la democracia, como al igual la familia como base de la sociedad, y no las partes accesorias a estos bienes jurídicos protegidos.

2.4 El Efecto Retroactivo del Art. 8 Inc. 1 CPE

El art. 8 inc. 5 CPE indica: "Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la Ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente" y se refiere luego a las sanciones establecidas. El art. 82 N° 8 CPE manifiesta, por otra parte, que el Tribunal Constitucional debe declarar en conformidad al art. 8 de la Constitución, la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado contra el ordenamiento institucional de la República.

Este efecto retroactivo se refiere únicamente a las personas a que alude el art. 8 inc. 1 CPE y no es aplicable, por consiguiente, a las organizaciones y los movimientos o partidos políticos.

El efecto retroactivo del art. 8 inc. 1 CPE significa, en la práctica, que la disposición aludida se aplicará a acciones actualmente ilícitas realizadas con anterioridad al 11 de marzo de 1981. Debe tenerse presente que el Acta Constitucional N° 3 contemplaba en su art. 11 inc. 2 una disposición similar a la del art. 8 inc. 1 CPE, aun cuando no señalara sanciones para la posible contravención.

El efecto retroactivo del art. 8 inc. 1 CPE fue establecido por la Comisión de Estudio. En el acta de la sesión 359 existe constancia de que el presidente de la comisión señor Ortúzar señala que "la

norma —refiriéndose a la que luego sería el art. 8 inc. 1 CPE— debe ser ampliada para que comprenda los actos que vulneraban la institucionalidad con anterioridad a la vigencia del acta", contestándole el comisionado Guzmán que "estima que la conducta de una persona que con anterioridad a 1973 tuvo actuaciones condenables, pero que con posterioridad a la vigencia del Acta no ha tenido actuación contraria a sus preceptos debe concedérsele, por lo menos, el beneficio de la duda".⁶³

El Consejo de Estado al emitir su Informe sobre el Proyecto de Constitución dejó constancia en el art. 8 que existía por parte de sus consejeros una absoluta divergencia en torno a la retroactividad del mismo, dándose en el seno del Consejo una igualdad a 7 votos entre mantener o eliminar el efecto retroactivo propuesto por la Comisión de Estudio. Interesante es el destacar que el actual ministro del Tribunal Constitucional señor Ortúzar votó por la mantención del efecto retroactivo, mientras que el señor Phillipi, también ministro del Tribunal Constitucional, votó por la eliminación del mismo.⁶⁴

El efecto retroactivo del art. 8 inc. 1 fue ratificado por la Junta de Gobierno y se convertiría con el plebiscito en norma constitucional.

2.4.1 ¿Es el Efecto Retroactivo del Art. 8 Inc. 1 CPE Constitucional?

La Constitución Política de 1980 no puede interpretarse sólo en base a criterios positivistas, dado que al reconocer ésta los derechos inherentes del hombre como norma supraconstitucional, ha establecido una limitación al poder del legislador y del constituyente.

La retroactividad del art. 8 inc. 1 CPE, si fuera una excepción a la retroactividad de la ley penal prohibida por el art. 19 N° 3 inc. 7 CPE, estaría salvaguardada expresamente por el art. 19 N9 26 inc. 2 CPE, como también por su carácter de norma especial.

Esta explicación positivista de la retroactividad del art. 8 inc. 1 es insuficiente en la Constitución chilena, ya el constituyente chileno ha reconocido una supraconstitucionalidad en el art. 5 inc. 2 CPE como limitación a su propio poder y sólo con posterioridad procedió a dictar la Constitución de 1980.

De ahí entonces que en el caso de la retroactividad del art. 8 inc. 1 CPE cabe plantearse la duda si este efecto jurídico atenta o no contra los derechos esenciales que emanan de la sola naturaleza humana, dado que si fuera tal, el propio constituyente estaría violando el valor supremo de la Carta Fundamental chilena: los derechos esenciales del individuo. Tendríamos en este caso lo que en Alemania se ha denominado "inconstitucionalidad de normas constitucionales", pues ninguna norma jurídica, por importante que sea,

63 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 359, p. 2355.

64 Informe del Consejo de Estado sobre el proyecto constitucional, art. 8.

puede violar preceptos superiores que el propio ordenamiento jurídico reconoce como tales y como limitación al ejercicio de la soberanía.

En el caso chileno, si se acepta por un lado toda la concepción de la democracia militante, esto debe traer aparejado un reconocimiento a que esta democracia es consecuencia de ciertos valores y principios que limitan tanto a gobernantes y gobernados. Es indudable, por tanto, que si bien el constituyente de una democracia valórica puede establecer excepciones a sus principios generales, estas excepciones no pueden jamás atentar contra los principios esenciales que dice proteger.⁶⁵

Deberá el Tribunal Constitucional, por tanto, plantearse la interrogante si una norma permanente de la Constitución puede establecer el carácter retroactivo de una disposición sancionatoria y resolver si este efecto retroactivo atenta o no contra los derechos esenciales que emanan de la sola naturaleza humana, considerando especialmente que éstas son la piedra angular y valor supremo de la Carta Fundamental de 1980.

2.4.2 El Carácter Político de la Retroactividad del Art. 8 Inc. 1 CPE

Para comprender el significado de la retroactividad del art. 8 inc. 1 CPE se debe tener presente que esta disposición tiene una explicación política y no jurídica. Lo que se pretende es lograr que importantes personajes que hoy detentan ideologías totalitarias, puedan ser sancionados por un actuar pasado, aun cuando hoy no hayan incurrido en ilicitud alguna, para impedir así que puedan participar en la vida política nacional.

En el Derecho Comparado también existen disposiciones que tenían por finalidad el evitar la participación de personas comprometidas con ciertos partidos o ideologías.

El art. 139 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania estableció la ultraactividad de las llamadas: "Leyes para la Liberación del Pueblo Alemán del Militarismo y Nacionalsocialismo", por lo que todas las sanciones impuestas a altos funcionarios y otros individuos que participaron en la dictadura nacionalsocialista, mantuvieron su vigencia aun cuando se encontraran en oposición a la Constitución Provisional.⁶⁶

65 Así también para el caso alemán: Frank Stollberg, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots*, Berlín, 1976, p. 19.

Sobre la constitucionalidad de normas constitucionales: Segundo Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires 1953, Tomo II, p. 117 y sig.; Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, Tübingen 1951, Theodor Maunz, *Starke und schwache Verfassungsnormen*, Festschrift für Wilhelm Laferet anläßlich seines 75. Geburtstages, München 1952.

66 Sobre el particular, véase nota 15 de este trabajo.

La Constitución italiana de postguerra también prescribió en la disposición transitoria N° XII que los principales responsables del régimen fascista no tendrían durante los cinco primeros años de vigencia de la Carta Fundamental derecho a voto ni derecho a ser elegidos. Se prohibió, además, la reorganización, en cualquier forma, del disuelto Partido Fascista.

Aun cuando el efecto retroactivo del art. 8 inc. 1 CPE tiene un carácter político, debemos plantearnos la interrogante si hoy se justifica o no la existencia de este efecto, considerando especialmente que aquellos que con anterioridad a 1981 tenían un pensamiento y actuar totalitario no han morigerado, bajo circunstancia alguna, su conducta frente a sistema democrático.

Por otra parte, debe considerarse que la finalidad de los instrumentos de la democracia militante no es la de sancionar a individuos o partidos, sino que la de proteger la democracia. De ahí, entonces, que si una persona ha cambiado su actuar, no se justifica, bajo circunstancia alguna, la aplicación de medidas de inhabilidad, debido a que en este caso se le sancionaría no por propagar doctrinas, sino que por su idea, por su ideología.

Importante sería determinar el alcance del efecto retroactivo del art. 8 inc. 1 CPE, pues llevándose éste a un exceso, podría aplicarse incluso contra personas ya sancionadas por la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, lo que atentaría contra el principio fundamental de "non bis in idem".

2.4.3 El Artículo 8 CPE como Norma de Seguridad

Plantéase la duda de si la retroactividad del art. 8 inc. 1 CPE es o no una excepción al precepto consagrado en el art. 19 N° 3 inc. 7 CPE, el que indica que 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. Una posible excepción al principio "nulla poena sine lege" estaría formalmente autorizada por el art. 19 N° 26 inc. 2 CPE.

De las Actas de la Comisión de Estudio se deduce, sin embargo, que la norma del art. 8 CPE no fue considerada como disposición de tipo penal, sino que sólo como una actitud ilícita sancionada por la Ley.

Respecto de esta problemática, se acordó por unanimidad dejar constancia de que el art. 8 "si bien él sirve de pie para que la legislación penal configure figuras delictivas y les asigne la pena correspondiente para que la aplicación de este precepto pueda dar origen a un juicio penal y a una condena consiguiente, tiene además otro efecto que puede ser aplicado en forma directa por el Tribunal Constitucional con independencia completa de la existencia o inexistencia de un juicio penal. Destaca que corre por vía paralela, enteramente separada, por las razones dadas otras veces de que la naturaleza de un juicio y de una condena penal reviste una connotación

diferente de una apreciación de naturaleza jurídico-constitucional, como la que se requiere hacer en este caso, para los efectos políticos consiguientes".⁶⁷

"Se trata de conductas anticonstitucionales —señalaría el señor Bertelsen— que no necesariamente constituyen delito",⁶⁸ previniendo el mismo comisionado en sesiones posteriores contra el uso de términos que aludieran a una sanción penal.⁶⁹

He ahí entonces, que revisando el art. 8 CPE resalta que el constituyente utilizara expresiones que no guardan relación necesaria con la nomenclatura de carácter penal, tales como "ilícito", "sanciones", "contravenciones" e "infracciones".⁷⁰

El art. 8 no constituye un precepto de tipo penal, sino que una disposición de carácter sui generis vinculada a normas de seguridad,⁷¹ pues su función principal es proteger o dar seguridad a la democracia y a la familia y no sancionar a aquel que incurra en tal o cual contravención.

Es por ello que el art. 8 CPE sólo cabe aplicarse contra aquellos individuos o aquellas organizaciones que puedan atentar y poner en peligro a las bases esenciales que se protegen.

Al no constituir el art. 8 CPE una norma de carácter penal, mal puede ser considerada una excepción del art. 19 N° 3 inc. 7 CPE, lo que no obsta a que la aplicación retroactiva de esta norma de seguridad sui generis respecto de personas que no representan un peligro actual para el ordenamiento jurídico, pueda significar que la norma en cuestión se aplique más para sancionar que para proteger.

2.5 La Acción Pública

El art. 82 inc. 13 CPE contempla la acción pública para iniciar ante el Tribunal Constitucional tres diferentes tipos de procedimientos, siendo tales los del art. 82 N° 8 CPE (atentados individuales contra el ordenamiento institucional), art. 82 N° 7 CPE (declaración de institucionalidad de una organización, movimiento o partido político) y art. 82 N° 10 CPE (declaración de inhabilidad de un Ministro de Estado). Exceptúanse del caso del art. 82 N° 7 CPE la persona del Presidente de la República y el Presidente electo.

67 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 359, p. 2351.

68 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 359, p. 2353.

69 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 406, p. 3305.

70 Sobre este particular resalta el pleonasma en el art. 8 inc. 1 CPE, en lo que respecta a "es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República", dado que todo acto ilícito es, de por sí, contrario al ordenamiento institucional de la República.

71 Sobre el carácter sui generis del art. 18 de la Ley Fundamental alemana: Günter Dürig, *Juristenzeitung* 1952, N° 17, p. 516 y sobre el mismo artículo como norma de seguridad: Rudolf Echterhölter, *Juristenzeitung* 1953, N° 21, p. 657.

De acuerdo a la LOCTC, pueden presentar el requerimiento ante el Tribunal Constitucional tanto las personas naturales como jurídicas, como también el Presidente de la República, el Senado, la Cámara de Diputados o diez o más parlamentarios en ejercicio.⁷²

En Chile todo ciudadano puede iniciar ante el Tribunal Constitucional un procedimiento de acuerdo al art. 82 N^{os}. 7 y 8 CPE, estando sólo a resguardo de esta acción el Presidente de la República y el Presidente electo.

El constituyente eligió el sistema de la acción pública para así hacer participar a los ciudadanos en forma activa en la defensa de la institucionalidad. Surgen, sin embargo, las preguntas: ¿quién es el titular de la acción pública? ¿Es ésta una facultad procesal que compete sólo a los chilenos o también a los extranjeros? ¿Puede iniciar la acción pública todo chileno o sólo aquel que es, además, ciudadano?

Es extremadamente dudoso que cualquier extranjero pueda iniciar la acción pública, pues tanto las personas como las organizaciones políticas estarían a merced de alguien que no tendría vinculación alguna con el país, dificultándose así la responsabilidad derivada de una acción fallida. Diferente es, sin embargo, el caso del extranjero a vecindado en Chile por más de cinco años y que ejerza el derecho a sufragio, dado que a esta persona se le ha concedido, aun cuando parcialmente, el acceso a los derechos políticos.

Respecto de los chilenos, debe corresponder esta facultad sólo a aquellos que estén capacitados para hacer uso de sus derechos políticos, ya que sería absurdo que una persona que tiene su derecho a sufragio suspendido por haber sido sancionada en virtud del art. 8 (art. 16 N^o 3 CPE), pueda iniciar un requerimiento contra otra persona o contra una agrupación política.

La acción pública contemplada en la Carta Fundamental está directamente vinculada al ejercicio de los derechos políticos, por lo que debe limitarse su ejercicio sólo a aquellos que no tienen impedimento alguno al respecto.

2.5.1 Conveniencia o Inconveniencia de la Acción Pública

Plantéase la interrogante, si la acción pública establecida por el constituyente para los casos del art. 82 N^{os} 7 y 8 CPE es conveniente o inconveniente para la buena aplicación de las medidas de seguridad y protección de la democracia.

En la República Federal de Alemania no se conoce una acción pública para requerir al Tribunal Constitucional, sea éste de un Land o el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe.⁷³

72 Así, el art. 52 en relación con art. 63 inc. 1 LOCTC.

73 Exceptúase la acción popular (Popularklage) que puede entablarse ante la Corte Constitucional de Baviera cuando un derecho de la constitución estadual ha sido violado por una ley o un decreto de Land.

En lo relativo a los procedimientos derivados de los art. 18 y 21 inc. 2 de la Ley Fundamental alemana, cabe señalar que para pedir la aplicación de medidas de seguridad contra personas que hayan abusado de los derechos señalados en el art. 18 al utilizarlos contra el régimen fundamental de libertad y democracia, sólo puede iniciar el procedimiento el Parlamento Federal (Bundestag), el Gobierno Federal o un gobierno de un Estado Federal (Land) (art. 36 LFTCF). En cuanto a la prohibición de los partidos políticos en virtud del art. 21 inc. 2, son sujetos activos de la relación procesal el Parlamento Federal, el Consejo Federal (Bundesrat), el Gobierno Federal y, en ciertos casos, el gobierno de un Land (art. 43 LFTCF). Los titulares de la acción procesal son, por tanto, órganos constitucionales conscientes del significado jurídico y político de tales procedimientos y que, se presume, tienen un conocimiento de la filosofía que inspira a la democracia militante.⁷⁴

En Chile, en cambio, cualquier ciudadano puede iniciar un procedimiento de acuerdo al art. 8 CPE, lo que implica que instrumentos jurídicos tan importantes estén no sólo en manos de aquellos que buscan la defensa de la democracia, sino también al alcance de aquellos que buscan la venganza personal o política, su solo bienestar político e incluso la destrucción de la democracia.

La acción pública chilena relativa a la democracia militante, al incorporar a la ciudadanía en su defensa, ha dado posibilidad que la propia democracia se destruya, pues sólo es necesario un uso abusivo del art. 8 CPE para desacreditar sus instituciones, incapacitar al Tribunal Constitucional con un alud de requerimientos y transformar la protección de la democracia en una "caza de brujas". Es más; incluso un movimiento de corte totalitario bien puede sacrificar a un número considerable de sus miembros iniciando acciones contra ellos, para así lograr que sea la propia ciudadanía la que se oponga a las atribuciones del Tribunal Constitucional.

Una modificación constitucional al respecto es necesaria, para que así órganos constitucionales responsables u otras entidades serias y conocidas puedan hacer uso de los mecanismos de defensa constitucional, debido a que si bien los titulares de la acción en Alemania constituyen un grupo muy restringido, en Chile lo conforman una masa muy amplia de individuos.

El Grupo de Estudios Constitucionales tampoco contempla una acción pública para perseguir la responsabilidad de los partidos políticos, sino que concede esta facultad a las autoridades y entida-

74 Dieter-Dirk Hartmann, en: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 1970, p. 568, se refiere a las amplias implicancias políticas de un fallo de acuerdo al art. 18 de la Ley Fundamental, por lo que insiste que sólo un conocimiento constitucional y político permite una utilización correcta de los mecanismos de la democracia militante.

des que deben establecerse en el propio Estatuto Constitucional de los partidos políticos.⁷⁵

2.6 Las Sanciones en el Caso del Art. 8 Inc. 1 CPE

El constituyente chileno estableció directamente en el art. 8 CPE las sanciones aplicables en el caso de la ilicitud del inciso primero del mismo precepto.

Estas sanciones están dedicadas a impedir que la persona que incurra en las ilicitudes señaladas, pueda tener acceso a actividades vinculadas a los medios de comunicación social, la enseñanza o pueda tener cargos directivos. Se evita así que el sujeto infractor pueda multiplicar o propagar las finalidades antidemocráticas a que alude el inciso primero del art. 8 CPE, al ocupar cargos o ejercer actividades que son social y políticamente relevantes.

Lo que el constituyente establece como sanción es, por tanto, la inhabilidad para ejercer los cargos antes indicados como la pérdida de los mismos, si la persona inhabilitada los poseía al momento de dictarse el fallo por parte del Tribunal Constitucional.

Con la decisión de este alto Tribunal pierde la persona "de iure" todo cargo, o empleo público, sea o no de elección popular (art. 8 inc. 5 CPE);⁷⁶ los demás cargos y actividades no pueden ser ejercidos por la persona sancionada sino a partir de la fecha de notificación de la declaración del Tribunal Constitucional (art. 70 inc. 2 LOCTC).

La inhabilidad para desempeñar los cargos aludidos tiene una duración de 10 años; en caso de reincidencia, la duración de la sanción se eleva al doble (art. 8 incs. 4 y 7 CPE).

Respecto de la duración de las inhabilidades, cabe señalar que el Proyecto de la Comisión de Estudio contemplaba un plazo de 10 años para los cargos vinculados a la educación y al periodismo (art. 19 N^{os.} 10 y 11) y de 5 años para el desempeño de cargos y funciones públicas o la función de dirigente (art. 8 inc. 4).

El Consejo de Estado fijó para todos los cargos o actividades una inhabilidad de 5 años (art. 8), contemplando que la sanción se elevaría al doble en caso de reincidencia (art. 9 inc. 5).

La Junta de Gobierno elevó el plazo de las inhabilidades a 10 años, manteniendo el precepto propuesto por el Consejo de Estado sobre el caso de la reincidencia.

Las personas inhabilitadas en virtud del art. 8 inc. 1 CPE no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto de igual precepto (art. 8 inc. 7 CPE).

75 Grupo de Estudios Constitucionales, *Boletín Informativo* N° 5, Santiago, julio de 1980, p. 36.

76 Una excepción de este precepto se da en el procedimiento contra el Presidente de la República o contra el Presidente electo.

La Comisión de Estudio había propuesto una inhabilidad que no pudiera jamás, durante su plazo, ser objeto de rehabilitación.⁷⁷

El Consejo de Estado le agregó al actual inciso 7 del art. 8 CPE la expresión "durante el plazo señalado en el inciso cuarto", vale decir, durante los diez primeros años de inhabilidad. El actual inciso 7 del art. 8 CPE hace posible que una persona pueda ser rehabilitada en caso de reincidencia, luego de cumplirse la primera mitad del tiempo de inhabilitación.

La Carta Fundamental al utilizar la expresión: "Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley", deja la oportunidad a que otras normas jurídicas del rango de las indicadas puedan establecer sanciones.

Vinculado a esta disposición se encuentra el art. 16 N° 3 de la Constitución, el que indica que una persona sancionada en virtud del art. 8 CPE pierde temporalmente su derecho a sufragio durante el plazo de 10 años, contado desde la declaración del Tribunal. El plazo de suspensión del derecho de sufragio contemplado en el Proyecto Ortúzar (art. 16) y en el Proyecto del Consejo de Estado (art. 16) era de 5 años.

Sanciones de carácter legal podrían derivarse, por ejemplo, de los artículos 11 incs. 3 y 19 N° 12 inc. 4 CPE.

El hecho de que la Constitución chilena fijara directamente en el texto constitucional las sanciones aplicables para el caso de la infracción del art. 8 inc. 1 CPE no sólo facilita la aplicación directa del precepto respectivo, sino que vela por una mayor seguridad jurídica para los presuntos sancionados, los que conocen de antemano las consecuencias del acto ilícito. En Alemania, en cambio, es el propio Tribunal Constitucional Federal el encargado de dictaminar el alcance de las sanciones, estando al respecto someramente limitado su actuar por la LFTCF.⁷⁸

Las consecuencias negativas de una fijación tan rígida de las sanciones es que limita el actuar del Tribunal Constitucional, dado que éste no puede establecer el alcance ni el plazo de las inhabilidades en relación a la peligrosidad del individuo infractor para la sociedad democrática. No se trata, por tanto, que el Tribunal Constitucional tenga que distinguir entre grados de inconstitucionalidad, sino que el mismo no aplique una sanción desproporcionada a un individuo que no reviste un peligro en demasía para las bases de la institucionalidad democrática y de la familia. Debe tenerse presente, eso sí, que el otorgar al Tribunal Constitucional la facultad de determinar el alcance de la sanción, puede generar presiones a este órga-

77 "Señalo al respecto que dado que el art. 8 CPE no era una norma penal, no podría jamás ser objeto de rehabilitación por amnistía o indulto". Así Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, ob. cit, sesión 359, p. 2353.

78 Véanse el art. 18 frase final de la Ley Fundamental alemana y arts. 36 y sig. de la LFTCF.

no para lograr un aumento o disminución de las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción.

En lo que respecta al plazo de inhabilidad establecido en la Constitución, éste parece ser extremadamente excesivo, ya que si se compara el tiempo de la sanción consagrado por la Comisión de Estudio respecto de cargos y funciones públicas (5 años), con el plazo de reincidencia contemplado en la actual Carta Fundamental (20 años), se apreciará que éste es cuatro veces mayor al propuesto por la Comisión y alcanza un lapso que supera los dos períodos presidenciales.

Interesante sería introducir una regulación de las sanciones a aplicar que estableciera plazos máximos y mínimos para la fijación de las inhabilidades, dejando que sea el propio Tribunal Constitucional, en consideración a la peligrosidad del individuo para los bienes jurídicos protegidos, el que determine la gravedad de las inhabilidades.

3 El Presidente de la República y el Presidente Electo como Afectado en el Procedimiento Derivado del Art. 8 Inc. 1 CPE

El procedimiento derivado del inciso 1 del art. 8 CPE contempla respecto del Presidente de la República y del Presidente electo diversas variaciones.

Así es como de acuerdo al art. 82 inc. 14 CPE el requerimiento ante el Tribunal Constitucional sólo puede formularse por la Cámara de Diputados o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

El constituyente protege, por tanto, a estas personalidades contra el posible uso abusivo de la acción pública. Surge, sin embargo, la duda, por qué otras importantes autoridades no gozan de igual privilegio, tales como los diputados y senadores, los ministros de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, el Contralor General de la República, etc.

En cuanto al procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional, la declaración dictada por esta Corte Constitucional no produce efectos inmediatos, sino que debe ser ratificada por el Senado. De ahí, entonces, que respecto del Presidente de la República y del Presidente electo no tenga aplicación lo indicado en el art. 8 inc. 5 CPE, pues los afectados por la declaración no pierden de pleno derecho el cargo público, sino que sólo luego que el Senado ratifique por mayoría de sus miembros en ejercicio la decisión del Tribunal (art. 82 N° 8 CPE).⁷⁹

La atribución del Senado no se extiende a la modificación de la declaración del Tribunal Constitucional, sino que sólo a su aprobación o rechazo (art. 49 N° 8 CPE), debiendo actuar como jurado

79 El Proyecto Ortúzar exigía una mayoría de dos tercios de los senadores en ejercicio para sancionar al Presidente de la República o al Presidente electo (art. 55 N° 8).

y no como órgano político. La participación del Senado no implica, por otra parte, que el Tribunal Constitucional no actúe como tal, dado que el Tribunal ejerce en este caso atribuciones judiciales y no se limita exclusivamente a informar al Senado, tal como sucede en el procedimiento del art. 82 N° 9 CPE.

El constituyente chileno incorporó a la Cámara de Diputados o a un cuarto de sus miembros en ejercicio en la formulación del requerimiento contra el Presidente de la República o contra el Presidente electo como también al Senado en la aprobación de la declaración del Tribunal Constitucional, por la importancia política y jurídica de la misma, como para fortalecer ante la opinión pública al Tribunal Constitucional frente a un personaje tan importante como son los afectados.

De acuerdo a la disposición transitoria XXI letra "c", hasta que el Senado y la Cámara de Diputados no entren en funciones, no es aplicable lo dispuesto en el art. 82 N° 8 en lo atinente al Presidente de la República.

4 La Prohibición de Organizaciones Políticas (Art. 8 Inc. 2 CPE)

El inciso 2 del art. 8 CPE está dirigido a proteger los bienes jurídicos indicados en el art. 8 inc. 1 CPE frente a las organizaciones políticas. En lo que respecta a la acción pública, a los bienes jurídicos protegidos y al procedimiento, es aplicable lo ya analizado en lo que respecta a los atentados individuales contra el ordenamiento institucional.

El art. 8 inc. 2 CPE indica:

"Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales".

Interesante es destacar la similitud del art. 8 inc. 2 CPE con el art. 21 inc. 2 frase primera de la Ley Fundamental alemana, dado que este precepto prescribe:

"Los partidos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad o democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales".

4.1 El Sujeto Pasivo en el Procedimiento Derivado del Art. 8 Inc. 2 CPE

El art. 82 N° 7 de la Constitución concede al Tribunal Constitucional la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, en conformidad a lo dispuesto en el art. 8 CPE. A su vez, el art. 8 inc. 2 CPE se refiere también a "las organizaciones y los movimientos políticos". Debe destacarse al respecto que todo movimiento y partido político es, a su vez, una organización política y que este último concepto engloba también a los grupos, dado que todo grupo implica una organización mínima.

Estos grupos políticos, sean organizaciones, movimientos o partidos políticos, no deben necesariamente tener personalidad jurídica. Esta circunstancia se deduce claramente del art. 72 inc. 2 LOCTC, que indica: "Tratándose de organizaciones y movimientos o partidos políticos que cuenten con personalidad jurídica, la notificación se practicará en la forma establecida en los incisos segundo y tercero del art. 60 de esta ley a su representante legal, quien deberá estar debidamente individualizado en el requerimiento. En los demás casos la notificación se practicará en la forma que el Tribunal disponga mediante resolución fundada".

Vinculado al art. 8 inc. 2 CPE se encuentra el art. 19 N° 15 inc. 5 frase final de igual cuerpo legal, el que indica que: "Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional". Mientras no se dicte la ley orgánica constitucional relativa a los partidos políticos está prohibido —de acuerdo a la disposición transitoria décima de la CPE— ejecutar o promover toda actividad, acción o gestión de índole político partidista, ya sea por personas naturales o jurídicas, organizaciones, entidades o agrupaciones de personas. La infracción de esta prohibición generará las sanciones previstas en la ley.⁸⁰

El precepto que declara ilícita toda organización que realice actividades propias de partidos políticos sin ajustarse a sus normas, fue agregado por la Junta de Gobierno al proyecto constitucional. Esta norma trajo una modificación a la regulación del art. 8 inc. 2 CPE, dado que respecto de las organizaciones o movimientos políticos, éstos son siempre ilícitos, sin consideración de sus fines o actuar de sus adherentes, si no están subordinados a lo establecido en la ley orgánica constitucional relativa a los partidos políticos. Una declaración de inconstitucionalidad respecto de estos movimientos u organizaciones implicaría un actuar innecesario por parte del Tribunal Constitucional, pues éstos son de por sí ilícitos.

Esta circunstancia no obsta, sin embargo, a que el Tribunal Constitucional deba conocer y fallar un requerimiento ante el presentado. El Tribunal Constitucional sólo debe limitarse a declarar la inconstitucionalidad de la organización o movimiento político si éste incurre en una de las causas señaladas en el art. 8 CPE, sin que pueda negarse a conocer el fondo del asunto escudándose en la organización o movimiento es inconstitucional y por tanto ilícito, por otra causal contemplada en la Constitución. Respecto de estos movimientos u organizaciones políticas se da, por tanto, una competencia no privativa del Tribunal Constitucional, ya que éstas también pueden ser prohibidas por otras causales y por otras autoridades.

80 Véase al respecto el DL 1697 del 11 de marzo de 1977.

Sólo respecto de los partidos políticos posee el Tribunal Constitucional una competencia exclusiva para declarar su inconstitucionalidad, lo que significa, en otras palabras, que para no menoscabar las atribuciones del Tribunal autoridad alguna puede prohibir un partido político. De ahí, entonces, que el procedimiento derivado del art. 8 inc. 2 CPE implica para los partidos políticos un privilegio y una seguridad, ya que sólo pueden ser prohibidos por el Tribunal Constitucional.

Interesante sería que en el futuro se tomaran las medidas pertinentes para dejar así el art. 8 inc. 2 CPE en concordancia con el art. 19 N° 15 inc. 5 frase final, debido a que bien puede declarar el Tribunal Constitucional que un movimiento u organización política no atenta contra lo preceptuado en el art. 8 CPE, y sin embargo ser declarada ilícita una organización o movimiento por el art. 19 N° 15 CPE. Esta situación mancillaría el prestigio del Tribunal Constitucional y socavaría su autoridad.

Una reforma al respecto evitaría que el Tribunal Constitucional conociera asuntos innecesarios como también el abuso de la jurisdicción constitucional.⁸¹

4.2 El Acto Ilícito

El art. 8 inc. 2 CPE indica: "Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a estos objetivos, son inconstitucionales". Los objetivos a que se refiere el art. 8 inc. 2 CPE son los indicados en el inciso primero del mismo artículo, vale decir, atentar contra la familia, propugnar 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 se aludió anteriormente, el constituyente chileno utilizó, con leve variación, la primera parte del art. 21 inc. 2 frase primera de la Ley Fundamental alemana, la que señala: "Los partidos que por sus fines o por la actitud de sus adherentes tiendan a . . . son inconstitucionales".

Tanto en Chile como en Alemania Federal puede ser decretada la inconstitucionalidad de un partido político (y en Chile también se incluyen las organizaciones y asociaciones políticas) por dos causas: por la finalidad que persiguen como por la actividad de sus adherentes.

81 En la legislación alemana existe una diferencia entre los partidos políticos y otras asociaciones ilícitas. Mientras que las asociaciones ilícitas son prohibidas por el Ministro del Interior de la Federación o de un Land, según el caso, de acuerdo al art. 9 inc. 2 de la Ley Fundamental, los partidos políticos sólo pueden ser prohibidos por el Tribunal Constitucional Federal en virtud del art. 21 inc. 2 del mismo cuerpo constitucional.

Respecto de la finalidad de los partidos políticos, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha determinado que los fines, por regla general, se deducen del programa y otras declaraciones oficiales del partido, como también de los escritos de los principales ideólogos reconocidos, de los discursos de los principales funcionarios, del material utilizado por el partido como propaganda y para adoctrinar, como al igual de los artículos publicados en los periódicos que le pertenecen o que están bajo su influencia;⁸² el orden interno de una organización puede ser además un indicio de su actitud agresiva ante el orden constitucional.⁸³ Los fines perseguidos por los partidos políticos son, según el Tribunal Constitucional Federal, el principal medio para probar las intenciones inconstitucionales de un partido,⁸⁴ los que, por regla general, se encuentran dados a conocer en el programa oficial del partido.⁸⁵

"También los fines secretos y posteriores modificaciones al programa conocido son jurídicamente importantes, en la medida que puedan ser probados".⁸⁶ Relevante es, igualmente, el comportamiento global o estilo político del partido,⁸⁷ como el hecho de que este actuar tenga lugar por tender a la prosecución de los fines.

Interesante es recalcar que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha interpretado la norma constitucional de manera tal, que no baste el mero establecimiento de los fines ilícitos para proceder a declarar la inconstitucionalidad de un partido político.

El Tribunal Constitucional exige un accionar por parte del partido político, aun cuando una empresa concreta con igual finalidad no es necesaria.⁸⁸

Dado que el constituyente alemán utiliza el verbo "tender a" (darauf ausgehen) en el art. 21 inc. 2 (lo que también realiza el similar chileno en el art. 8 incs. 1 y 2 CPE), no basta según la Corte Constitucional Federal para declarar la inconstitucionalidad de un partido político el hecho que éste "no reconozca los principios supremos del . . . orden democrático fundamental; debe concurrir además una resuelta actividad combativa y agresiva contra el orden establecido",⁸⁹ no importando si las acciones realizadas por el partido político tienen o no posibilidades reales de éxito.⁹⁰

De la expresión "tienden a" se deriva el carácter preventivo del

82 BVerfGE 5, 144 (sobre la abreviatura, véase nota 14).

83 BVerfGE 2, 1 (14).

84 BVerfGE 5, 143.

85 BVerfGE 5, 147.

86 BVerfGE 5, 144.

87 BVerfGE 5, 380.

88 BVerfGE 5, 85 (141).

89 BVerfGE 5, 85 (141).

90 BVerfGE 5, 143.

precepto constitucional, pues no es necesaria una actividad concreta, aun cuando sí acciones tendientes a las finalidades inconstitucionales.⁹¹

Debe considerarse, por último, que una asociación no es ilícita por el solo hecho de organizarse, sino que sólo cuando inicia actividades para la consecución de los fines ilícitos, pues siendo el precepto constitucional una norma de seguridad destinada a salvaguardar las bases esenciales de la democracia y a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, debe concurrir un requisito primordial para decretar la inconstitucionalidad de una organización, movimiento o partido político, tal es, las acciones de éstos tendientes a socavar los bienes jurídicamente protegidos.

El constituyente, por tanto, se apartó, con razón, de la concepción penal del art. 292 del Código Penal chileno, pues en el caso de análisis no se trata de un precepto penal, sino que de una norma de seguridad.

El Tribunal Constitucional refiriéndose al art. 8 inc. 1 CPE y citando a la Comisión de Estudio indicaría que "no se trata de sancionar a quien incurre en actos que constituyan delitos tipificados en la Ley de Seguridad Interior del Estado",⁹² postura del alto Tribunal que también debe aplicarse respecto del inc. 2 del art. 8° constitucional en su relación con el art. 292 del Código Penal.

A las intenciones de un partido político pertenecen no sólo aquellas que en todo caso pretende llevar a efecto, sino que también aquellas que realizará, si la situación se presenta favorable para ello.⁹³

En cuanto a la prohibición de una organización política por la actividad de sus adherentes, es necesario clarificar primero qué es lo que debe entenderse por el término "adherentes".

La Constitución chilena utiliza este concepto en el art. 8 inc. 2; en el art. 18 habla de "los miembros de los partidos políticos" y en el art. 23 inc. 1 se refiere a la "militancia en un partido político".

Los términos "miembro", "militante" o "afiliado" a un partido político denotan una vinculación integral al mismo, siendo tal aquella persona que ha firmado los registros y que posee, por tanto, derechos y obligaciones dentro de la organización respectiva. El Diccionario de la Real Academia señala que "militar" es "figurar en un partido o en una colectividad".

Otra connotación tiene la palabra "adherente", pues el adherente no es el "militante" de un partido. El Diccionario de la Real Academia indica que "adherir" es "convenir en un dictamen o parti-

91 De la expresión "tiendan a" se deriva también el carácter preventivo del art. 8, pues no es necesaria una actividad concreta, aun cuando sí acciones tendientes a las finalidades inconstitucionales. Así también Theodor Maunz en: *Maunz/Dürig, GG-Kommentar*, art. 21, nota marginal 106.

92 Véase el fallo del Tribunal Constitucional del 2 de junio de 1983.

93 BVerfGE 5, 86 (144, 348).

do y abrazarlo", no siendo por tanto necesaria una militancia en el mismo.

El término "adherente" que utiliza el constituyente chileno en el art. 8 inc. 2 CPE proviene de igual concepto utilizado en Alemania en el art. 21 inc. 2 y que corresponde a "Anhänger".

El Tribunal Constitucional Federal ha señalado, a este respecto, que el concepto "adherente" abarca no sólo a los miembros de un partido político, sino que también a aquellos que no siendo militantes, se reconocen abiertamente como parte del partido.⁹⁴

Es respecto de todos estos individuos que el partido político u organización debe velar, impidiendo así que los mismos con sus acciones puedan vincular al partido con finalidades inconstitucionales.

Este deber del partido se acrecienta en la medida que la actitud hostil hacia el sistema democrático fundamental provenga de connotados militantes o de conocidos adherentes, especialmente respecto de aquellos que ejercen influencia ante la opinión pública. Claro está que una actitud aislada de un miembro o adherente no puede conducir a la prohibición de una organización, movimiento o partido político, especialmente si la organización mantiene una actitud leal hacia el sistema democrático.⁹⁵

Lo que sanciona es, por tanto, una omisión por parte de la organización respectiva, al no distanciarse mediante declaraciones u otras acciones de las actitudes ilícitas señaladas en el art. 8 inc. 1 CPE provenientes de connotados dirigentes, militantes o adherentes.

La actitud de los adherentes se utiliza en este caso no para inhabilitar a éstos de acuerdo al art. 8 inc. 1 CPE, sino que para fundamentar una finalidad hostil contra la familia o las bases esenciales del sistema democrático proveniente de una organización, movimiento o partido político.⁹⁶

4.3 Las Sanciones en el Caso del Art. 8 Inc. 2 CPE

La Constitución de 1980 no contempló para el caso de la inconstitucionalidad de los movimientos, organizaciones o partidos políticos derivada del art. 8 inc. 2 CPE, las consecuencias jurídicas

94 Así, BVerfGE 2, 22.

95 BVerfGE 5, 143.

96 Otra opinión sostiene sobre este particular el profesor Alejandro Silva Bascuñán, al expresar que de la misma declaración de inconstitucionalidad de un movimiento por la actitud de sus adherentes resultan las responsabilidades y sanciones del inc. 4 del art. 8 CPE. Debe tenerse presente que en caso de aceptarse esta tesis, se dejaría sin posibilidad de defensa jurídica a aquellos individuos cuya actitud sólo sirve de prueba de una inconstitucionalidad y borraría la clara línea divisoria entre los incs. 1 y 2 del art. 8 como entre los Nrs. 8 y 7 del art. 82 CPE. Véase: *El Mercurio* de Santiago, 22 de junio de 1984, p. A 2.

que emergen de una declaración de tal índole por parte del Tribunal Constitucional.

Cabe por tanto plantearse la pregunta de si el inciso segundo del art. 8 CPE puede ser aplicado directamente o requiere de una normativa legal que haga posible su plena vigencia.

Dado que en Alemania el art. 21 inc. 2 de la Ley Fundamental tampoco contempla las sanciones legales para las organizaciones declaradas inconstitucionales, el Partido Socialista del Reich argumentó ante el Tribunal Constitucional Federal que la norma constitucional no podía ser aplicada inmediatamente, ya que faltaba la ley que regulara su ejercicio. El Tribunal Constitucional Federal señaló al respecto que el inciso 2 del art. 21 era una norma fundamental de aplicación directa y que no requería de regulación complementaria para tener plena vigencia,⁹⁷ siendo la consecuencia lógica de la declaración de inconstitucionalidad la prohibición y disolución del partido político.

En lo relativo al art. 8 inc. 2 CPE, cabe señalar que la declaración de inconstitucionalidad genera como consecuencia lógica que la organización, movimiento o partido político adquiera las características de asociación ilícita, procediendo así la pena de confiscación de bienes (art. 19 N° 7 "g" CPE).

Si bien el art. 19 N° 15 inc. 5 frase final CPE indica que la ley orgánica de partidos políticos contemplará las sanciones para las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a sus normas, estas sanciones no guardan relación con la ilicitud del art. 8 inc. 2, por lo que no debe esperarse la dictación de esta ley para el establecimiento de las sanciones correspondientes a la declaración de la inconstitucionalidad derivada del art. 8 inc. 2 CPE.

El Tribunal Constitucional tiene las atribuciones, de acuerdo al art. 30 inc. 1 de la LOCTC, para decretar las medidas que estime del caso tendientes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto que conozca.

Es en base a esta disposición, que el Tribunal Constitucional debe decretar las medidas para llevar a cabo la declaración de inconstitucionalidad, entre las que deben señalarse la confiscación de los bienes, la disolución de la organización, como el hecho de que toda autoridad deba considerar a la organización, movimiento o partido político como asociación ilícita.

Como la declaración de inconstitucionalidad de una organización política lleva aparejada consecuencias principalmente de índole pecuniario, al perder la misma la totalidad de sus bienes, es que un requerimiento de inconstitucionalidad sólo se justifica en la medida

97 BVerfGE 5, 11. Regulación complementaria se encuentra hoy en la Ley Federal del Tribunal constitucional Federal (arts. 43 a 47) y en la Ley Federal de Elecciones (art. 49).

que las sanciones a aplicar puedan ser eficaces para dismantlar a la organización. Es por ello que no se justifica una declaración de este estilo, si el grupo en cuestión está compuesto por individuos carentes de trascendencia real alguna, pues si hoy se prohíbe un movimiento con la denominación "X", mañana surgirá el mismo con la sigla "Y". Un problema similar sucede en Alemania con la prohibición de organizaciones nazistas, las que surgen y resurgen bajo otras denominaciones.

De ahí, entonces, que la principal consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad por aplicación del art. 8 inc. 2 CPE no deberían ser las sanciones jurídicas indicadas por el Tribunal Constitucional, sino que la discusión en torno a la declaración a través de los medios de comunicación social, para así producir en el público una definición en torno a los planteamientos democráticos.⁹⁸

98 Así: Enrique Barros, "Aspectos Jurídicos del estatuto de los partidos políticos", *Documento de Trabajo* N° 10, Centro de Estudios Públicos, Santiago.