

NOTAS PARA UNA TEORIA DE LA LEGITIMA DEFENSA SOCIAL EN EL DERECHO CHILENO

GABRIEL MILLAN HORMAZABAL
Agregado a la Cátedra de Derecho Constitucional

Sumario

i. Introducción.— ii. La legítima defensa en el Derecho Penal.— iii. La legítima defensa en el Derecho Público. Elementos: a) la agresión ilegítima; b) la racionalidad de la defensa; c) la falta de provocación. Concepto de Legítima Defensa Social.— iiiii. La legítima defensa social en el caso chileno: a) antecedentes generales; b) cumplimiento de requisitos.— iiiiii. Conclusiones.

i.— *Introducción*

Los publicistas alemanes, especialmente, han planteado la existencia del Estado de Necesidad en el Derecho Público, posición que también ha tenido aceptación en Argentina ¹, y que en lo fundamental significa trasladar del Derecho Penal al Derecho Público (Constitucional y Administrativo) una institución que se caracteriza por ser una causal de justificación basada en el principio del interés preponderante o de preservación de un derecho.

Así, en el ámbito del Derecho Público le sería permitido a la autoridad suspender y aún derogar la norma constitucional lo que se justificaría en las situaciones siguientes:

- a) Estado de Necesidad instituido en favor de los Poderes Públicos que consiste en dispensar a los Poderes Públicos de cumplir la constitución frente a los particulares.
- b) Estado de Necesidad establecido en favor de determinados organismos constitucionales en que se justificaría que un poder público invadiera las atribuciones de otro.

En ambos casos se sacrificarían ciertas prerrogativas y derechos en defensa de intereses superiores ². Ahora bien, ¿es posible trasladar la legítima defensa que reconoce y ampara el Derecho Penal, al ámbito del Derecho Público? .

En el Derecho Penal, como lo expresa el Profesor Etchebarry, la legítima defensa y el estado de necesidad son las causales “...más tradicionales, las más antiguas en el derecho, las más reglamentadas por la ley y las más estudiadas por la doctrina” ³; estas instituciones de tal raigambre tienden, en lo fundamental, a dar al individuo la posibilidad de defender y preservar el derecho amenazado, evitando que los daños lleguen a producirse.

Ambas instituciones reconocen origen en el deseo de entregar a los ciudadanos la posibilidad de defender sus derechos cuando éstos sean amenazados ilegítimamente y el Estado no les puede brindar el auxilio necesario para su debida protección.

Tenemos que detenernos a pensar qué sucede, entonces, cuando es ese Estado garante o un Poder de él, el que se arroga para sí derechos no concedidos por el cuerpo social o cuando el Estado conculca derechos individuales, procediendo en ambos casos sin título legítimo para hacerlo y, lo que sería de mayor gravedad, cuando esta agresión es sistemática.

De aquí surge una diferencia fundamental e insalvable entre el estado de necesidad y la legítima defensa cuando éstas son trasladadas al ámbito del Derecho Público; mientras en el primer caso el estado de necesidad operará siempre en favor de los gobernantes, ya sea frente a un particular o en favor de uno de los Poderes, en el segundo caso la causal de justificación se hará extensiva a los goberantes que, como parte del cuerpo social, estarán investidos de la posibilidad de actuar en legítima defensa de sus derechos tanto individuales como colectivos. Al trasplantar la legítima defensa Penal al Derecho Público ésta adquiere una indiscutible relevancia social.

Es ahí, donde pensamos que es posible hablar, y con más propiedad aún, de la legítima defensa social, como justificada reacción del cuerpo social frente a un Poder Público que conculca, amenaza o daña derechos individuales o sociales excediéndose, manifiestamente, de sus atribuciones y prerrogativas.

Pensamos, en líneas generales, que el pueblo tiene título legítimo para defenderse.

En las líneas siguientes pretendemos demostrar que es perfectamente posible trasladar la legítima defensa desde el ámbito del Derecho Penal al del Derecho Constitucional como causal de justificación de ciertas acciones que, aunque exceden el marco constitucional, lo hacen con un título legítimo en la medida en que sea realizado para restaurar el imperio de la norma fundamental que ha sido violado por los anteriores agentes del poder que han provocado una agresión ilegítima al orden jurídico .

ii.- *La legítima defensa en el derecho penal*

El derecho penal ha distinguido tres posibilidades de defensa legítima (propia, de parientes y de extraños), pero la más precisa y rica en contenido jurídico es la institución de la legítima defensa propia.

Los requisitos de la legítima defensa son tres, que además, deben concurrir copulativamente:

- a) agresión ilegítima;
- b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y
- c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Examinemos, brevemente, estos requisitos.

Es presupuesto “sine qua non” la existencia de una agresión (“una acción humana que lesiona o pone en peligro un bien jurídico”) ⁴, pero esta agresión debe ser necesariamente ilegítima, vale decir, que “el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportarla” ⁵ y debe, a juicio de la doctrina, ser actual o inminente, pero, para nuestros efectos, será necesario señalar que hay delitos en los cuales la consumación se prolonga en el tiempo.

Seguidamente se requiere una necesidad racional del medio empleado; entenderemos por “medio empleado”, la manera de defenderse y por necesidad racional en ningún caso, equivalencia o identidad en la forma de defensa, sino aproximación, en opinión personalísima, debe ser medida tomando como padrón el resultado previsible, por ejemplo, sería irracional defenderse con ametralladora si se es agredido con puños, pero sería racional hacerlo con pistola si la agresión es con arma blanca, ya que ambas pueden ser mortales.

Finalmente, respecto del tercer requisito debemos señalar que la provocación será suficiente cuando el agredido haya sido, en realidad, el agresor, que mediante la provocación ha logrado exacerbar al otro sujeto y existiendo la provocación, no habría justificación; es presupuesto necesario que el que se defiende no haya provocado a su agresor.

iii. — *La legítima defensa en el derecho público*

Elementos:

Hemos establecido que la legítima defensa opera en favor de los gobernados, y hemos visto brevemente sus características cuando funciona en el contexto del Derecho Penal; examinaremos como sus elementos también concurren cuando se le mira desde la perspectiva del Derecho Público.

a) *La agresión ilegítima*

Habrá agresión ilegítima cuando el Estado, un poder de él o un agente conculque o amenaze los derechos de otro poder o las garantías de los ciudadanos y éstos al verse afectados en su legítimo patrimonio jurídico no se encuentren obligados a aceptar tal violación.

En esta agresión es donde se encuentra la raíz misma del derecho de legítima defensa que les asiste, pero cuando se utilizan los mecanismos de control que se

han previsto y no se obtiene la reparación esperada, el derecho de legítima defensa se amplía y es justificable el uso de la fuerza para reparar la violencia injusta y arbitraria que se ha cometido.

Sin embargo, por la naturaleza misma del derecho público, pensamos que estas agresiones ilegítimas deben tener un requisito más, cual es el que sean habituales, permanentes, sostenidas y continuas; es así como concordamos con el Profesor Sánchez Viamonte, al decir que: "Cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, tendiendo siempre a un mismo fin, evidencia la intención de someterlos (al pueblo) a un despotismo absoluto, (el pueblo) tiene el derecho, tiene el deber de abolir tal gobierno y salvaguardar su seguridad futura" ⁶.

Esta agresión ilegítima se realizará cuando se afecten bienes como la vida, la organización del Estado, la libertad y las garantías individuales, bienes que por su magnitud justifican un vehemente rechazo a su violación.

Especialmente los agentes del poder dada su transitoriedad no tienen derecho a agredir el orden jurídico y menos a reiterar los actos ilegales y arbitrarios que ejecuten y si así lo hicieren, al pueblo, a la comunidad, le asiste el título legítimo de defender sus derechos y la integridad del orden jurídico del Estado.

b) La racionalidad de la defensa

Estimamos que los medios empleados deben ser proporcionales y debe atenderse a un criterio finalista para juzgarlos, vale decir, medirlos respecto de sus resultados.

Como la agresión jurídica no existe ya que al ser jurídica no puede ser agresión, tendremos que aceptar que esa agresión ilegítima es, necesariamente, antijurídica, la respuesta legítima será, entonces, el emplazamiento para evitar el quiebre institucional. De persistir en el plano de la agresión se llevarán adelante los procedimientos constitucionales o legales que sean pertinentes y cuando ya es evidente que el agresor hace caso omiso de la legalidad, entonces, será legítimo y racional el uso de la fuerza para deponer al agresor y evitar que éste destruya el orden jurídico.

Al ejercer el derecho de legítima defensa social, se debe considerar que al ejercerlo no se producirán males mayores que los que se trata de evitar,

c) La falta de provocación

Existirá falta de provocación cuando el que ejerce el derecho de legítima defensa social ha intentado sólo la defensa de sus derechos y ha agotado los medios legales para impedir la agresión ilegítima y sostenida; cuando ha obtenido los títulos jurídicos necesarios para acreditar este hecho, v.gr. pronunciamiento de pode-

res y órganos del Estado que estén facultados para velar por la constitucionalidad, sanciones que el agresor no ha acatado.

No existirá derecho de legítima defensa social, en cambio, cuando la agresión al orden jurídico ha corrido a parejas, y cuando gobernantes y gobernados se empeñan en desconocer el orden jurídico; una situación de anarquía no daría legitimidad de origen a que venciera por la fuerza.

La fuerza, por esencia contraria al derecho, sólo podrá hacerse legítima en su uso cuando es el único medio que permite terminar, extirpar las violaciones permanentes del orden jurídico que hace el agresor.

Concepto de Legítima Defensa Social

Legítima Defensa Social es la respuesta que los gobernados dan a la agresión ilegítima que un gobernante hace al orden social, cuando aquéllos sólo resguardan derechos ciudadanos o públicos que han sido objeto de amenaza arbitraria o apremio ilegítimo y por tanto se justifica la rebelión y la implantación de un nuevo gobierno.

En consideración a la concurrencia copulativa de los requisitos que antes hemos señalado estimamos que a la sociedad le corresponde el derecho legítimo de defenderse y de repeler la agresión de que es víctima.

La sociedad buscará el medio más adecuado para impedir que el agresor destruya los cimientos fundamentales del Estado y desconozca los derechos ciudadanos.

Así como en la legítima defensa del Derecho Penal ésta es lícita cuando la protección del Estado resulta insuficiente respecto de un individuo víctima de una agresión ilegítima, esta legítima defensa del Derecho Público será lícita cuando frente a la agresión ilegítima de que es víctima el cuerpo social la protección que le brindaba la Constitución se convierte en una protección insuficiente de sus derechos ciudadanos; ante tal situación el cuerpo social se verá obligado a defenderse en razón de su propia subsistencia, y enfrentarse a la agresión ilegítima.

iiii. — La legítima defensa social en el caso chileno

a) Antecedentes generales

El 4 de noviembre de 1970 el Dr. Salvador Allende asumió la Presidencia de la República, ungido en el alto cargo por el 33% de los votos populares y por la decisión del Congreso Nacional, Poder del Estado constitucionalmente llamado a "elegir" y no a ratificar, en este caso, al Presidente de la República.

El Dr. Allende obedecía ideológicamente al marxismo y asumía el poder gracias a una coalición de partidos políticos, la Unidad Popular, teniendo la pretensión de transformar la sociedad chilena en una sociedad socialista, respetando, no obstante el radical cambio, la legalidad existente.

Durante los tres años de su gestión este pensamiento se ve controvertido, más aún, negado por los hechos que inequívocamente señalan la intención permanente de desquiciar y finalmente destruir el ordenamiento jurídico chileno.

Los antecedentes jurídicos que hemos reunido nos permiten concluir que el 11 de septiembre, las Fuerzas Armadas y de Orden actuaron en legítima defensa social al deponer al gobierno del Dr. Allende que ilegítima y reiteradamente había agredido el orden jurídico y arriesgado, incluso, la vida de muchos ciudadanos, como así mismo, la integridad jurídica del país, las bases de nuestra institucionalidad y la seguridad nacional.

b) Examen del cumplimiento de requisitos

I.- Agresiones ilegítimas ⁷

Los antecedentes de que disponemos señalan que en forma sostenida y reiterada un Poder del Estado, el Poder Ejecutivo y sus agentes, agredió ilegítimamente el orden jurídico amenazando la existencia del Estado de Derecho y su eventual destrucción definitiva, desconociendo las atribuciones de los otros Poderes del Estado y las garantías individuales reconocidas y aseguradas por el texto constitucional y por una gran fidelidad histórica a los Derechos del Hombre.

- Destrucción del Estado de Derecho

El gobierno de Allende, reiteradamente, violó el texto constitucional a través de los “resquicios legales” desconociendo atribuciones y derechos legítimos.

Sirven de ejemplo:

a) Decretos de Insistencia: Por esta vía excedió las facultades de la potestad reglamentaria invadiendo el campo propio de las materias de ley y desconoció los derechos individuales, al requisar por esta vía numerosas empresas destinadas a formar el área social de la Economía, pero al margen de la ley. La Contraloría en forma reiterada, rechazó esos decretos de manifiesta ilegalidad (*).

b) Inejecución de las Leyes: El Presidente no cumplió su obligación constitucional de cumplir y hacer cumplir las leyes y lo que es más grave desconoció la facultad del Poder Constituyente al negarse a promulgar la Reforma Constitucional referente a las tres áreas de la economía (**).

c) Función fiscalizadora del Congreso Nacional: El Presidente de la República burló la función fiscalizadora del Congreso Nacional al no acatar las resoluciones del Congreso que destituía a los Ministros de Estado que violaran la Constitución y la ley, y, prefirió recurrir al riesgoso procedimiento de los “enroques ministeria-

les”, sistema desprovisto de validez jurídica, a fin de soslayar las atribuciones fiscalizadoras de este Poder del Estado (***)).

d) Poder Judicial: El Presidente de la República invadió las facultades del Poder Judicial al abocarse procesos pendientes, excediendo su facultad de indulto, y sustrayendo de la jurisdicción y competencia de los Tribunales de Justicia dichas contiendas.

Se dejó, por parte del Ejecutivo, sin cumplimiento los fallos de los Tribunales, arrogándose la facultad de emitir “juicio de mérito” sobre ellos e invadiendo el principio de separación de poderes, al permitir que el Poder Administrativo se inmiscuyera en asuntos que la Constitución y una larga tradición histórica (desde 1823) han reservado exclusiva y excluyentemente al Poder Judicial.

e) Contraloría General de la República: El gobierno de Allende violó sistemáticamente los dictámenes y resoluciones de este importante organismo fiscalizador en los que se le representaba al Poder Ejecutivo la manifiesta ilegalidad de sus actos

- Violación de Garantías Constitucionales

El gobierno de Allende violó a lo menos las siguientes:

a) Igualdad ante la Ley: Permitió odiosas discriminaciones en la distribución de alimentos, en el acceso a cargos públicos y en la aplicación de la ley misma que se dirigió con extrema rigurosidad a los opositores y dejó en la impunidad los actos delictuales de sus partidarios.

b) Libertad de Expresión: Pretendió obtener el monopolio del papel (****), aplicó arbitrariamente la ley de TV impidiendo el ejercicio de sus derechos a los opositores, clausuró ilegalmente las radios de oposición y reincidió con increíble reiteración en esa acción arbitraria pese a las representaciones expresas que los Tribunales de Justicia le hicieron, clausuró diarios e impidió el ejercicio real y libre del derecho de expresión haciendo odiosas discriminaciones; por ejemplo la empresa estatal “Editora Nacional Quimantú” distribuía su avisaje en TV asignando un 60% al Canal Nacional de TV (Canal 7); un 35% al Canal 9 y sólo un 5% al Canal 13 (Canal de la Universidad Católica) y desconociendo la existencia del Canal 6, única estación, que por decisión soberana de la comunidad universitaria, era el medio de comunicación legal y legítimo de la Universidad de Chile.

c) Derecho de Reunión: El gobierno estorbó, impidió, reprimió y desconoció el derecho de reunión para los opositores invadiendo incluso la privacidad del hogar (Caso “Chiñigüe”), pero amparó las reuniones sediciosas y armadas de sus partidarios que atentaban contra el Orden Público y la seguridad ciudadana.

d) Libertad de Enseñanza: La violó con el Decreto de Democratización de la Enseñanza, de clara ilegalidad y amenazó absolutamente la libertad de educación

al pretender imponer la tristemente célebre Escuela Nacional Unificada (ENU) que significaba el control definitivo de las conciencias de la juventud de Chile.

e) Derecho de Propiedad: Fue desconocido absolutamente al permitir más de 4.000 "tomas" indiscriminadas de terrenos agrícolas, establecimientos comerciales, industrias, residencias particulares y, en fin, conculcar por la vía del despojo el derecho de propiedad que junto con su función social es reconocido y amparado por la Constitución chilena.

f) Garantías Procesales: Fueron permanentemente violadas al transformar al Servicio de Investigaciones en un siniestro comisariato político en el cual se torturaban opositores (Ej. caso Juan Luis Ossa) y se les negaban los más fundamentales derechos procesales.

g) Derechos Laborales: Se desconoció el derecho de huelga (v. gr. transportistas, mineros de "El Teniente"). Estas medidas afectaron a diversos sectores, además se hicieron masiva y sistemáticamente numerosos despidos arbitrarios, incluso de trabajadores amparados por el fuero sindical (v. gr. caso Sumar).

h) Derecho a la Participación: No fue respetado y se crearon diversas organizaciones paralelas que desconocían las creadas por la Constitución. (v. gr. las JAP, encargadas de la distribución de alimentos, cometido cumplido sectariamente).

Los antecedentes señalados son, en verdad, más que suficientes para constatar que hubo durante esos tres años una agresión sistemática e ilegítima al orden jurídico; y lo que es más grave aún, respecto de las garantías constitucionales que fueron aprobadas por el propio Sr. Allende, y que eran el aval exigido por el Congreso Nacional para elegirlo Presidente de la República, garantías que él se comprometió a respetar ante el Pueblo y ante la Historia.

A mayor abundamiento, la existencia del siniestro y brutal PLAN Z constituía la definitiva e inaceptable agresión al orden jurídico y a la vida de las personas que precisamente es uno de los valores fundamentales que el Derecho pretende proteger. En ese Plan se contemplaba la eliminación masiva de opositores y la implantación definitiva de una tiranía⁸.

II. — La Racionalidad de la Defensa

Frente a la agresión ilegítima, los otros poderes del Estado, los Partidos Políticos, las Organizaciones Sociales y el pueblo, en general, utilizaron todos los medios que el ordenamiento jurídico les franqueaba para representar al Poder Ejecutivo la inconveniencia y manifiesta ilegalidad de su acción y con el objeto de resguardar o restablecer los derechos amenazados o desconocidos.

Los parlamentarios permanentemente, aunque de manera individual muchas veces, planteaban la ilegitimidad de dichas agresiones; los partidos políticos también lo hicieron; y el pueblo protestó pacíficamente por las arbitranedades que

no estaba ni obligado ni dispuesto a aceptar.

Luego el Poder Judicial como cuerpo en carta del 28 de junio de 1973 representó al Poder Ejecutivo, “por enésima vez”, las ilegalidades, arbitrariedades y abusos que éste había cometido y la invasión de las facultades y atribuciones exclusivas de aquél.

El Poder Legislativo aprobó un Proyecto de Acuerdo en agosto de 1973 en que hace una larga enumeración de los excesos y agresiones cometidos por el Ejecutivo y representa al Presidente de la República la necesidad de enmendar rumbos y ceñirse al mandato constitucional y legal.

El Partido Nacional proclamaba la ilegitimidad del Gobierno, el Partido Demócrata Cristiano y el Partido Radical-Demócrata planteaban la ilegalidad de los actos de Gobierno.

Los gremios, las universidades, las agrupaciones comunitarias, los colegios profesionales, el colegio de abogados, las Facultades de Derecho hacían presente la abierta ilegalidad de los actos realizados por la coalición gobernante; el pueblo en general manifestaba su descontento por las agresiones que se hacían a sus derechos.

El Gobierno no rectificó, la existencia del PLAN Z demuestra que las palabras y el uso de derechos legítimos no tenían destino; se hizo necesaria y urgente la intervención de las Fuerzas Armadas, apoyadas en el sentimiento de la mayoría del pueblo, en el reconocimiento de otros Poderes del Estado, de los Partidos Políticos y de los gremios.

La racionalidad de los medios de defensa resulta indiscutible, sólo la amenaza actual, cierta, inminente y real a la vida de muchos ciudadanos indicó que no había otro camino, sobre todo cuando bajo el nombre de “poder popular” se escondía un ejército paralelo destinado a implantar una tiranía, a destruir la vida de nuestros compatriotas y a desembocar en una sangrienta guerra civil.

Frente a tan angustiosa situación, también, es indiscutible que la intervención de las F.F.A.A. ha evitado al país una catástrofe y un baño de sangre de esos que por su magnitud destruyen por largo tiempo la convivencia de un país.

Las F.F.A.A. y de Orden han tenido conciencia de este hecho y declaraban en el Bando N° 5, de 11 de septiembre de 1973 “Que estos mismos antecedentes son, suficientes para justificar nuestra intervención para deponer al Gobierno ilegítimo, ...evitando así los mayores males que el actual vacío de poder pueda producir, pues para lograr esto no hay otros medios razonablemente exitosos...”⁹

III.— Falta de Provocación

No ha existido provocación, cuando la actitud de los agredidos ha sido sólo la de defender sus derechos por las vías legítimas existentes y consagradas por el Derecho Positivo.

Hubo sólo actitudes defensivas traducidas en los textos que hemos citado, lo que contrastaba con las fanfarronadas del Poder Ejecutivo que unía a la agresión una permanente amenaza de lanzar al pueblo para “aplastar” a los sectores discrepantes; amenaza que debía materializarse en los días cercanos al 18 de septiembre de 1973 de acuerdo a lo planeado en el PLAN Z.

Ninguna declaración política de los opositores se apartó del concepto de “defensa de derechos” que inspiraba su acción.

Las F.F.A.A. fueron provocadas y utilizadas por el Gobierno para defenderlo basado en la honrosa tradición de obediencia y constitucionalidad que ellas ostentan. Tanto es así que como cuerpo intervinieron en defensa de un gobierno agresor en contra de un sector que aisladamente se alzó el 29 de junio de 1973; los institutos castrenses permanecieron leales al gobierno, unidos por la obediencia a una Constitución, que era ese propio gobierno el primero en desconocer.

La falta de provocación es obvia; no hubo provocación sino por el contrario, el afán de remediar una difícil situación llevó, incluso, a “dialogar” (PDC) para buscar una salida legal, pero el gobierno actuaba de mala fé y sólo pretendía ganar tiempo (así lo demuestra la carta de Fidel Castro cuya existencia ha reconocido Cuba) ¹⁰ para obtener el control absoluto del poder y perpetrar la última y definitiva agresión al orden jurídico, a la seguridad nacional y a Chile.

iiii. — Conclusión

A la luz del razonamiento teórico y del problema práctico que hemos analizado, concluimos, respectivamente, la existencia del Derecho de Legítima Defensa Social y que en Chile las Fuerzas Armadas y de Orden ejercieron, el 11 de septiembre, ese derecho legítimo cumpliendo el imperativo social de salvaguardar la integridad del Estado y las garantías ciudadanas.

Las Fuerzas Armadas tienen la obligación de intervenir cuando el Poder Civil ha agotado los medios legales para repeler la agresión; entonces a los cuerpos armados se les otorga el derecho legítimo a intervenir para resguardar los supremos intereses del cuerpo social.

Las Fuerzas Armadas no pueden ser un sujeto pasivo destinado a la sola obediencia de la Constitución; junto con ese deber de obediencia deben tener la facultad de ser garantes efectivos de su observancia, su intervención sólo será legítima cuando se efectúe en defensa del cuerpo social y concurren los requisitos que hemos establecido en estas notas que pretenden llegar a constituir, después, una teoría acerca de la Legítima Defensa Social ¹¹.

No seríamos consecuentes con nuestro pensamiento si no advirtiéramos que esta intervención sólo puede tener carácter transitorio, su legitimidad se relaciona

íntimamente con su transitoriedad, ya que el pueblo ciudadano es el único titular de la soberanía y una vez restablecido el orden constitucional, el gobierno surgido en la situación de emergencia debe devolver al pueblo la facultad de elegir sus gobernantes y su destino.

En el caso chileno, no tenemos duda alguna, la propia Junta de Gobierno ha dicho que ha asumido “el Poder por el sólo lapso en que las circunstancias lo exijan”¹².

La situación analizada nos mueve a considerar evidente e indiscutible que las Fuerzas Armadas han actuado movidas por un imperativo social y por tanto han ejercido el Derecho a la Legítima Defensa Social “apoyado en la evidencia del sentir de la gran mayoría nacional”¹³.

Santiago de Chile, septiembre 27 de 1973.-

Anexo I

BANDO Nº 5 DE LA HONORABLE JUNTA DE GOBIERNO DE CHILE, 11 DE SEPTIEMBRE DE 1973

Teniendo Presente:

1º.- Que el gobierno de Allende ha incurrido en grave ilegitimidad demostrada al quebrantar los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de enseñanza, derecho de reunión, derecho de huelga, derecho de petición, derecho de propiedad y derecho en general, a una digna y segura subsistencia;

2º.- Que el mismo gobierno ha quebrantado la unidad nacional, fomentando artificialmente una lucha de clases estéril, y en muchos casos cruenta, perdiendo el valioso aporte que todo chileno podría hacer en búsqueda del bien de la Patria, y llevando a una lucha fratricida y ciega, tras ideas extrañas a nuestra idiosincracia, falsas y probadamente fracasadas;

3º.- Que el mismo gobierno se ha mostrado incapaz de mantener la convivencia entre los chilenos al no acatar ni hacer cumplir el Derecho, gravemente dañado en reiteradas ocasiones;

4º.- Que, además, el gobierno se ha colocado al margen de la Constitución en múltiples oportunidades, usando arbitrios e interpretaciones torcidas e intencionadas, o en forma flagrante en otras, las que por distintos motivos han quedado sin sanción;

5º.- Que, asimismo, usando el subterfugio que ellos mismos han denominado "resquicios legales", se han dejado leyes sin ejecución, se han atropellado otras y se han creado situaciones de hecho ilegítimas desde su origen;

6º.- Que, también, reiteradamente ha quebrado el mutuo respeto que se deben entre sí los Poderes de Estado, dejando sin efecto las decisiones del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República, con excusas inadmisibles o sencillamente sin explicaciones;

7º.- Que el Poder Ejecutivo se ha extralimitado en sus atribuciones en forma ostensible y deliberada, procurando, acumular en sus manos la mayor cantidad de poder político y económico, en desmedro de actividades nacionales vitales y poniendo en grave peligro todos los derechos y libertades de los habitantes del país;

8º.- Que el Presidente de la República ha mostrado a la faz del país que su autoridad personal está condicionada a las decisiones de comités y directivas de partidos políticos y grupos que le acompañan, perdiendo la imagen de máxima autoridad que la Constitución le asigna y, por tanto, el carácter presidencial del gobierno;

9º.— Que la economía agrícola, comercial e industrial del país se encuentra estancada o en retroceso y la inflación en acelerado aumento, sin que se vean indicios, siquiera, de preocupación por esos problemas, los que están entregados a su sólo suerte, por el gobierno, que aparece como un mero espectador de ellos;

10º.— Que existe en el país anarquía, asfixia de libertades, desquiciamiento moral y económico y, en el gobierno, una absoluta irresponsabilidad o incapacidad que han desmejorado la situación de Chile impidiendo llevarla al puesto que por vocación le corresponde, dentro de las primeras naciones del continente;

11º.— Que, todos los antecedentes consignados en los números anteriores son suficientes para concluir que están en peligro la seguridad interna y externa del país, que se arriesga la subsistencia de nuestro Estado independiente y que la mantención del gobierno es inconveniente para los altos intereses de la República y de su Pueblo Soberano;

12º.— Que, estos mismos antecedentes son, a la luz de la doctrina clásica que caracteriza nuestro pensamiento histórico, suficientes para justificar nuestra intervención para deponer al gobierno ilegítimo, inmoral y no representativo del gran sentir nacional, evitando así los mayores males que el actual vacío del poder pueda producir, pues para lograr esto no hay otros medios razonablemente exitosos, siendo nuestro propósito restablecer la normalidad económica y social del país, la paz, tranquilidad y seguridad perdidas;

13º.— Por todas las razones someramente expuestas, las Fuerzas Armadas han asumido el deber moral que la Patria les impone de destituir al gobierno que, aunque inicialmente ilegítimo, ha caído en la ilegitimidad flagrante, asumiendo el Poder por el sólo lapso en que las circunstancias lo exijan, apoyado en la evidencia del sentir de la gran mayoría nacional, lo cual de por sí, ante Dios y ante la Historia, hace justo su actuar y, por ende, las resoluciones, normas e instrucciones que se dicten para la consecución de la tarea de bien común y de alto interés patriótico que se dispone cumplir.

14º.— En consecuencia, de la legitimidad de estas normas se colige su obligatoriedad para la ciudadanía, las que deberán ser acatadas y cumplidas por todo el país y especialmente por las autoridades.

FIRMADO. JUNTA DE GOBIERNO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y CARABINEROS DE CHILE.

*GRAVE QUEBRANTAMIENTO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL Y
LEGAL DE LA REPUBLICA*

(Acuerdo de la Cámara de Diputados, de 22 de agosto de 1973).

Considerando:

Primero: Que es condición esencial para la existencia de un Estado de Derecho que los Poderes Públicos, con pleno respeto al principio de independencia recíproca que los rige, encuadren su acción y ejerzan sus atribuciones dentro de los marcos que la Constitución y la ley les señalan, y que todos los habitantes del país puedan disfrutar de las garantías y derechos fundamentales que les asegura la Constitución Política del Estado.

Segundo: Que la juricidad del Estado chileno es patrimonio del pueblo, que en el curso de los años ha ido plasmando en ella el consenso fundamental para su convivencia. Atentar contra ella es, pues, destruir no sólo el patrimonio cultural y moral de nuestra nación, sino que negar, en la práctica, toda posibilidad de vida democrática.

Tercero: Que son estos valores y principios los que se expresan en la Constitución Política del Estado, que de acuerdo a su artículo 2º señala que la soberanía reside esencialmente en la nación y las autoridades no pueden ejercer más poderes que los que ésta les delegue, y en el artículo 3º, del cual se desprende que un Gobierno que se arrogue derechos que el pueblo no le ha delegado, incurre en sedición.

Cuarto: Que el actual Presidente de la República fue elegido por el Congreso Pleno previo acuerdo en torno a un Estatuto de Garantías Democráticas incorporado a la Constitución Política, que tuvo un preciso objeto de asegurar el sometimiento de la acción de su Gobierno a los principios y normas del Estado de Derecho, que él solemnemente se comprometió a respetar.

Quinto: Que es un hecho que el actual Gobierno de la República, desde sus inicios, se ha ido empeñando en conquistar el poder total, con el evidente propósito de someter a todas las personas al más estricto control económico y político por parte del Estado y lograr de ese modo la instauración de un sistema totalitario absolutamente opuesto al sistema democrático representativo que la Constitución establece.

Sexto: Que, para lograr ese fin, el Gobierno no ha incurrido en violaciones aisladas de la Constitución y de la ley, sino que ha hecho de ellas un sistema permanente de conducta, llegando a los extremos de desconocer y atropellar sistemáticamente las atribuciones de los demás Poderes del Estado, de violar habitualmente las

garantías que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República, y de permitir y amparar la creación de poderes paralelos, ilegítimos, que constituyen gravísimo peligro para la nación; con todo lo cual ha destruido elementos esenciales de la institucionalidad y del Estado de Derecho.

Séptimo: Que, en lo concerniente a las atribuciones del Congreso Nacional, depositario del Poder Legislativo, el Gobierno ha incurrido en los siguientes atropellos:

a) Ha usurpado al Congreso su principal función, que es la de legislar, al adoptar una serie de medidas de gran importancia para la vida económica y social del país, que son indiscutiblemente materia de ley, por decretos de insistencia dictados abusivamente o por simples resoluciones administrativas fundadas en “resquicios legales”; siendo de notar que todo ello se ha hecho con el propósito, deliberado y confeso de cambiar las estructuras del país, reconocidas por la legislación vigente, por la sola voluntad del Ejecutivo y con prescindencia absoluta de la voluntad del legislador;

b) Ha burlado permanentemente las funciones fiscalizadoras del Congreso Nacional, al privar de todo efecto real a la atribución que a éste compete para destituir a los Ministros de Estado que violan la Constitución o la ley, o cometen otros delitos o abusos señalados en la Carta Fundamental;

c) Y —lo que tiene la más extraordinaria gravedad— ha hecho tabla rasa de la alta función que el Congreso tiene como Poder Constituyente, al negarse al promulgar la reforma constitucional sobre las tres áreas de la economía, que ha sido aprobada con estricta sujeción a las normas que para ese efecto establece la Carta Fundamental.

Octavo: Que, por lo que concierne al Poder Judicial, ha incurrido en los siguientes desmanes:

a) Con el propósito de minar la autoridad de la magistratura y de doblegar su independencia, ha capitaneado una infamante campaña de injurias y calumnias contra la Excelentísima Corte Suprema y ha amparado graves atropellos de hecho contra las personas y atribuciones de los jueces;

b) Ha burlado la acción de la justicia en los casos de delinquentes que pertenecen a partidos y grupos integrantes o afines del Gobierno, ya sea mediante el ejercicio abusivo del indulto o mediante el incumplimiento deliberado de órdenes de detención;

c) Violando leyes expresas y haciendo tabla rasa del principio de separación de los Poderes, ha dejado sin aplicación las sentencias o resoluciones judiciales contrarias a sus designios; y, frente a las denuncias que al respecto ha formulado la Excelentísima Corte Suprema, el Presidente de la República ha llegado al extremo inaudito de arrogarse en tesis el derecho de hacer un “juicio de méritos” a los fallos ju-

diciales y de determinar cuándo éstos deben ser cumplidos.

Noveno: Que, en lo que se refiere a la Contraloría General de la República —un organismo autónomo esencial para el mantenimiento de la juricidad administrativa— el Gobierno ha violado sistemáticamente los dictámenes y actuaciones destinados a representar la ilegalidad de los actos del Ejecutivo o de entidades dependientes de él.

Décimo: Que entre los atropellos del Gobierno a las garantías y derechos fundamentales establecidos en la Constitución pueden destacarse los siguientes:

a) Ha violado el principio de igualdad ante la ley, mediante discriminaciones sectarias y odiosas en la protección que la autoridad debe prestar a las personas, los derechos y los bienes de todos los habitantes de la República, en el ejercicio de las facultades que dicen relación con la alimentación y la subsistencia y en numerosos otros aspectos; siendo de notar que el propio Presidente de la República ha erigido estas discriminaciones en norma fundamental de su Gobierno, al proclamar desde el principio que él no se considera Presidente de todos los chilenos;

b) Ha atentado gravemente contra la libertad de expresión, ejerciendo toda clase de presiones económicas contra los órganos de difusión que no son incondicionales del Gobierno; clausurando ilegalmente diarios y radios; imponiendo a estas últimas “cadenas” ilegales, encarcelando inconstitucionalmente a periodistas de oposición; recurriendo a maniobras arteras para adquirir el monopolio del papel de imprenta y violando abiertamente las disposiciones legales a que deben sujetarse el Canal Nacional de Televisión, al entregarlo a la dirección superior de un funcionario que no ha sido nombrado con acuerdo del Senado, como lo exige la ley, y al convertirlo en instrumento de propaganda sectaria y de difamación de los adversarios políticos;

c) Ha violado el principio de autonomía universitaria y el derecho que la Constitución reconoce a las Universidades para establecer y mantener estaciones de televisión, al amparar la usurpación del Canal 9 de la Universidad de Chile, al atacar por la violencia y las detenciones ilegales contra el nuevo Canal 6 de esa Universidad, y al obstaculizar la extensión a provincias del Canal de la Universidad Católica de Chile;

d) Ha estorbado, impedido y, a veces, reprimido con violencia el ejercicio del derecho de reunión por parte de los ciudadanos que no son adictos al régimen mientras ha permitido constantemente que grupos, a menudo armados, se reúnan sin sujeción a los reglamentos pertinentes y se apoderen de calles y caminos para amedrentar a la población;

e) Ha atentado contra la libertad de enseñanza, poniendo en aplicación en forma ilegal y subrepticia, a través del llamado Decreto de Democratización de la Enseñanza, un plan educacional que persigue como finalidad la concientización mar-

xista;

f) Ha violado sistemáticamente la garantía constitucional del derecho de propiedad, al permitir y amparar más de 1.500 “tomas” ilegales de predios agrícolas y al promover centenares de “tomas” de establecimientos industriales y comerciales para luego requisarlos o intervenirlos ilegalmente y constituir así, por la vía del despojo, el área estatal de la economía; sistema que ha sido una de las causas determinantes de la insólita disminución de la producción, del desabastecimiento, el mercado negro y el alza asfixiante del costo de la vida, de la ruina del erario nacional y, en general de la crisis económica que azota al país y que amenaza el bienestar mínimo de los hogares y compromete gravemente la seguridad nacional;

g) Ha incurrido en frecuentes detenciones ilegales por motivos políticos, además de las ya señaladas con respecto a los periodistas, y ha tolerado que las víctimas sean sometidas en muchos casos a flagelaciones y torturas;

h) Ha desconocido los derechos de los trabajadores y de sus organizaciones sindicales o gremiales, sometiéndolos, como en el caso de El Teniente o de los transportistas, a medios ilegales de represión;

i) Ha roto compromisos contraídos para hacer justicia con trabajadores injustamente perseguidos, como los de Sumar, Helvetia, Banco Central, El Teniente y Chuquicamata; ha seguido una arbitraria política de imposición de las haciendas estatales a los campesinos, contraviniendo expresamente la Ley de Reforma Agraria; ha negado la participación real de los trabajadores de acuerdo a la reforma constitucional que les reconoce dicho derecho; ha impulsado el fin de la libertad sindical mediante el paralelismo político en las organizaciones de los trabajadores;

j) Ha infringido gravemente la garantía constitucional que permite salir del país, estableciendo para ello requisitos que ninguna ley contempla.

Undécimo: Que contribuye poderosamente a la quiebra del estado de derecho, la formación y mantenimiento, bajo el estímulo y la protección del Gobierno, de una serie de organismos que son sediciosos, porque ejercen una autoridad que ni la Constitución ni la ley les otorgan, con manifiesta violación de lo dispuesto en el artículo 10, número 16, de la Carta Fundamental, como por ejemplo, los comandos comunales, los consejos campesinos, los comités de vigilancia, las JAP, etc., destinados todos a crear el mal llamado “Poder Popular”, cuyo fin es sustituir a los poderes legítimamente constituidos y servir de base a la dictadura totalitaria, hechos que han sido públicamente reconocidos por el Presidente de la República en su último Mensaje Presidencial y por todos los teóricos y medios de comunicación oficialistas.

Duodécimo: Que en la quiebra del Estado de Derecho tiene especial gravedad la formación y desarrollo bajo el amparo del Gobierno, de grupos armados que, además de atentar contra la seguridad de las personas y sus derechos, y contra la paz interna de la nación, están destinados a enfrentarse contra las Fuerzas Armadas;

como también tiene especial gravedad el que se impide al Cuerpo de Carabineros ejercer su importantísimas funciones a las asonadas delictuosas perpetradas por grupos violentistas afectos al Gobierno. No pueden silenciarse por su alta gravedad, los públicos y notorios intentos de utilizar a las Fuerzas Armadas y al Cuerpo de Carabineros con fines partidistas, quebrantar su jerarquía institucional e infiltrar políticamente sus cuadros.

Decimotercero: Que al constituirse el actual Ministerio, con participación de altos miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros, el señor Presidente de la República lo denominó "de seguridad nacional", y le señaló como tareas fundamentales las de "imponer el orden político" e "imponer el orden económico", lo que sólo es concebible sobre la base del pleno restablecimiento y vigencia de las normas constitucionales y legales que configuran el orden institucional de la República.

Decimocuarto: Que las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros son y deben ser, por su propia naturaleza, garantía para todos los chilenos y no sólo para un sector de la nación o para una combinación política. Por consiguiente, su presencia en el Gobierno no puede prestarse para que cubran con su aval determinada política partidista y minoritaria, sino que debe encaminarse a restablecer las condiciones de pleno imperio de la Constitución y las leyes, y de convivencia democrática indispensables para garantizar a Chile su estabilidad institucional, paz civil, seguridad y desarrollo.

La H. Cámara de Diputados, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 39 de la Constitución Política del Estado, acuerda:

PRIMERO: Representar al señor Presidente de la República y a los señores Ministros de Estado miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros, el grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República que entrañan los hechos y circunstancias referidos en los considerandos quinto a duodécimo precedentes.

SEGUNDO: Representarles, asimismo, que, en razón de sus funciones, del juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes que han prestado y, en el caso de dichos señores Ministros, de la naturaleza de las instituciones de que son altos miembros, y cuyo nombre se ha invocado para incorporarlos al Ministerio, les corresponde poner inmediato término a todas las situaciones de hecho referidas que infringen la Constitución y las leyes, a fin de encauzar la acción gubernativa por las vías de derecho y asegurar el orden constitucional de nuestra patria y las bases esenciales de convivencia democrática entre los chilenos.

TERCERO: Declarar que, si así se hiciere, la presencia de dichos señores Ministros de Gobierno importaría un valioso servicio a la República. En caso contrario, comprometería gravemente el carácter nacional y profesional de las Fuerzas Ar-

madras y del Cuerpo de Carabineros, con abierta infracción a lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución Política y grave deterioro de su prestigio institucional, y

CUARTO: Transmitir este acuerdo al señor Presidente de la República y a los señores Ministros de Hacienda, Defensa Nacional, Obras Públicas y Transportes y Tierras y Colonización.

- (1) BIELSA, Rafael: "El Estado de Necesidad en el Derecho Constitucional y Administrativo" Editorial Depalma, Buenos Aires, 1957.
- (2) Sobre esta materia: v. CUMPLIDO, Francisco: "Teoría de la Constitución", Editorial Universitaria, Santiago 1958.
- (3) ETCHEBERRY, Alfredo: "Derecho Penal" Tomo I, Carlos E. Gibbs editor, Santiago de Chile, 2º edición, p. 230.
- (4) ETCHEBERRY, Alfredo: ob. cit. p. 233.
- (5) ETCHEBERRY, Alfredo: ob. cit. p. 234.
- (6) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: "Derecho Constitucional", Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1945, p. 351.
- (7) Ver, Carta de la Corte Suprema al Presidente de la República, de 28 de Junio de 1973, y Acuerdo de la Cámara de Diputados, de 22 de Agosto de 1973.
- (*) Véase en esta misma Revista, SOTO-KLOSS: "El decreto de insistencia, ¿es conforme al ordenamiento constitucional? "
- (**) Véase en Revista de Derecho Público Nº 13 (1972) la crónica sobre el debate habido respecto a dicho proyecto de reforma constitucional, con todos sus antecedentes, y la opinión de la doctrina constitucional chilena (p. 129-275).
- (***) Véase fallo del Tribunal Constitucional, de 10/2/1972 (D. Oficial 25/3/1972), especialmente voto disidente del ministro R. Retamal.
- (****) Véase informe de los Prof. CRUZ-COKE y ERRAZURRIZ sobre el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional el 21/12/1971, que creaba el Instituto Nacional del papel periodístico, proyecto absolutamente inconstitucional, en esta Revista Nº 13 (1972) p. 105-127.
- (8) Respecto de la veracidad del Plan Z: v. "Libro Blanco del Cambio de Gobierno en Chile", Santiago, 1973.
- (9) Ver Bando Nº 5 de la Junta de Gobierno, en anexo Los antecedentes a que se alude están consignados en los numerales anteriores del mencionado Bando. El subrayado es nuestro.
- (10) Fué reconocido por Fidel Castro en discurso pronunciado el 28 de septiembre de 1973. v. "Le plus bel exemple d' héroisme" Instituto cubano del libro, La Habana 1973.
- (11) En este sentido creemos que sería conveniente incluir un precepto constitucional que reglamentara la legítima defensa social y la consagrará positivamente. (v. gr. La Constitución Argentina art. 21: "Todo ciudadano está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta constitución"). Nuestra teoría pretende ser jurídico-positiva, y no recurrir a principios que estén "más allá del Derecho", por eso es que creemos que la legítima defensa consagrada positivamente por el Derecho Penal, también puede serlo por el Derecho Público.
- (12) Bando Nº 5 de la Junta de Gobierno, Nº 13.
- (13) Bando Nº 5 de la Junta de Gobierno, Nº 12.