

CONSIDERACIONES SOBRE LA SITUACION JURIDICA
PLANTEADA CON MOTIVO DE LA PROHIBICION DE
REGRESO AL PAIS DE ANDRES ZALDIVAR LARRAIN

I

El 16 de Octubre de 1980 el Ministerio del Interior formuló una declaración pública, en la cual anunció que había prohibido el reingreso al territorio nacional de ANDRES ZALDIVAR, "ya que sus . . . actuaciones caen en las causales que el art. 1° del D.L. 604 contempla para aplicar dicha medida, en cuanto constituyen actos que la ley chilena califica como delitos contra la seguridad interior del Estado, representan un acto claramente contrario a los intereses de Chile, y sitúan a su autor en condición atentatoria para la seguridad del Estado".

Las "actuaciones" de ZALDIVAR que la misma declaración incrimina, serían una "sistemática campaña" tendiente a denigrar a nuestro país en el exterior, a desprestigiar el sistema institucional que el propio pueblo chileno se ha dado y a enlodar nuestras instituciones más preciadas. Se le acusa de realizar periódicos viajes al extranjero con tal propósito, y específicamente se le imputa el propiciar una tesis según la cual podría implantarse en Chile un gobierno con participación militar distinto del actual, lo que supone una división de las Fuerzas Armadas, y determinadamente se señala que ha reconocido haber efectuado actos tendientes a ese propósito, en declaraciones publicadas en un diario mexicano, de las cuales se cita textualmente un párrafo. El Ministerio del Interior afirma que habiéndose aprobado plebiscitariamente la nueva Constitución Política, la incitación y la actividad pública para que aparezcan militares dispuestos a integrar otro gobierno de alternativa, es impulsar la división de las Fuerzas Armadas y la sublevación de éstas contra sus más altos mandos. Agrega que también ello supone "negar todo acatamiento al orden jurídico vigente y al nuevo que se ha aprobado, llamando a las Fuerzas Armadas y Carabineros a sumarse a la subversión", lo que encierra "una abierta impugnación de la legitimidad del actual gobierno, y un llamado a rebelarse contra su autoridad".

A raíz de este anuncio, ANDRES ZALDIVAR esclareció el alcance de sus palabras y el diario mexicano en el cual apareció la entrevista en cuestión, formuló también aclaraciones según las cuales ZALDIVAR no habría concedido realmente una entrevista directa al diario, y se le habrían atribuido conceptos no expresados,

precisamente aquellos que según el Ministerio del Interior justificaban la medida adoptada.

El 17 de Octubre el Gobierno emitió una segunda declaración, en la que se refiere a dichas publicaciones donde afirma que las declaraciones de ZALDIVAR al diario mexicano "son sólo la culminación de una conducta sistemática", que tiende a "restar toda validez al orden jurídico vigente", y que es "el conjunto de su reciente actuación pública" lo que ha motivado la medida adoptada contra ZALDIVAR. Estima "insuficiente y dudoso" el desmentido de ZALDIVAR sobre sus supuestas declaraciones, y en cuanto al fondo del problema reitera que no admitirá que se invoque el derecho a discrepar "para pretender negar acatamiento a la autoridad constituida, al orden jurídico vigente y al nuevo régimen constitucional". Propiciar un gobierno "cívico-militar" de alternativa, distinto del previsto en la nueva constitución, significaría la división de las Fuerzas Armadas y la sublevación de una parte de ellas contra sus mandos. Termina diciendo que en el caso de ZALDIVAR el Gobierno sólo reconsideraría la medida adoptada, "cuyo carácter jurídico es preventivo y no sancionatorio", si el afectado, junto con formular un desmentido suficiente a sus declaraciones. "se comprometiera oficial y públicamente a respetar los marcos de nuestra juridicidad, en los términos precisos expuestos en el punto anterior de esta declaración."

El 20 de Octubre el Gobierno formula una nueva declaración pública en la cual afirma que el comunicado difundido por ANDRES ZALDIVAR desde Roma el 18 de Octubre "debe estimarse suficiente en cuanto al desmentido reclamado" (respecto de las publicaciones del diario mexicano), "pero dista mucho de ser satisfactorio en lo tocante a la condición de comprometerse al acatamiento de nuestra juridicidad en los términos requeridos por el Gobierno". Acusa a ZALDIVAR de ambigüedad en este aspecto y de formular una declaración que se presta a equívocos. Según el Gobierno, la afirmación de ZALDIVAR de que su conducta futura sería coherente con su conducta de "ayer, de hoy y de siempre", oscurece su disposición de ánimo, pues es precisamente su actitud sistemática de negar acatamiento al orden jurídico y la nueva constitución el antecedente esencial que el Gobierno ha tenido en cuenta para aplicar la medida. No obstante, agrega, existiendo ahora el veredicto del Colegio Escrutador sobre el reciente plebiscito, se ha resuelto que la medida sólo se reconsiderará si

ZALDIVAR suscribe una solicitud de reingreso ante un cónsul chileno, conforme al D.L. 604, en la cual se comprometa a "acatar la autoridad constituida, el orden jurídico vigente y la nueva Constitución Política de la República, plebiscitada el 11 de Septiembre último". Termina diciendo que si ZALDIVAR está dispuesto a prestar ese acatamiento no debería tener inconveniente en suscribir el compromiso, y que si no lo hace, "el Gobierno estima que su reiterada conducta reciente justifica mantener la medida preventiva decretada, ya que se mantendría vigente parte esencial de las causas que motivaron su adopción".

El 26 de Octubre el Gobierno publica un larga inserción en la prensa en que se transcriben párrafos de entrevistas y declaraciones formuladas por ANDRES ZALDIVAR. Fundamentalmente ellas están extractadas del diario La Segunda (7 de Febrero de 1979), de la revista HOY (N° 65, 17 al 23 de Septiembre de 1980), del Canal 4 de la Televisión del Perú (14 de Septiembre de 1980) y de la Revista Visión (22 de Septiembre de 1980). También se transcribe un párrafo del Financial Times de Inglaterra, del 9 de Octubre, aunque en este caso se trata de una crónica de dicho diario sobre comentarios que habría hecho ZALDIVAR, y no de citas textuales de palabras de éste. En dicha publicación, el Gobierno insiste en los puntos siguientes:

1) Que la medida preventiva tomada contra ZALDIVAR no es sólo por sus declaraciones al diario mexicano, sino por "el conjunto de su reciente actuación pública";

2) Que las actuaciones de ZALDIVAR tienden "a restar toda validez al ordenamiento jurídico vigente, a negar legitimidad al Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, y a desconocer el imperio de la Constitución Política de Chile";

3) Que el Gobierno desea impedir que ZALDIVAR "continúe con sus incitaciones a romper el ordenamiento jurídico vigente, a desconocer la nueva carta fundamental... y a impugnar al Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, legítimamente constituido".

No obstante, hasta esta fecha no se ha dado a conocer públicamente, en caso de existir, el tenor del supuesto decreto supremo dictado en virtud del Decreto Ley 604, que prohibiría el regreso de ANDRES ZALDIVAR a Chile. Tampoco le ha sido notificado al afectado ni a sus familiares.

II

El Decreto Ley 604 data del 10 de Agosto de 1974. Su artículo 1° prohíbe el ingreso al territorio nacional de las personas, nacionales o extranjeras, que :

1°) Propaguen o fomenten, de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social del país o su sistema de gobierno;

2°) Estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas.

3°) Los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad o el orden público del país;

4°) Los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile, o a juicio del Gobierno constituyan un peligro para el Estado

Estas categorías de personas no aparecen distinguidas por numerales en el texto legal, pero sí enumeradas en secuencia que permite esta diferenciación.

Agrega este cuerpo legal que, tratándose de chilenos, el Ministerio del Interior dictará un decreto supremo prohibiendo su ingreso al país, y la autoridad correspondiente ordenará la cancelación del pasaporte, en su caso. Los chilenos afectados por esta medida, podrán pedir, a través del Consulado respectivo, que el Ministro del Interior los autorice para ingresar al territorio nacional, y si el Ministro estimare procedente la petición, dictará un decreto supremo acogiéndola.

El texto legal no vincula esta institución con la existencia de ninguno de los estados de excepción o emergencia, sino que establece esta facultad del Ministro del Interior como una atribución normal y permanente.

Tampoco el texto legal establece plazos de duración de la medida, la cual puede tener, en la ley, carácter indefinido.

No distingue tampoco el tenor del decreto ley entre la aplicación de esta medida con carácter sancionatorio y con carácter preventivo, ni señala criterios conforme a los cuales fuera lícito imponer tal medida en uno u otro carácter.

III

Habrían existido motivos suficientes para impugnar la constitucionalidad del D.L. 604 a raíz de su promulgación, frente a las disposiciones de la Constitución Política de 1925. Como simple ley reglamentaria de una libertad garantizada en la Constitución, ella era inaplicable por ir más allá de lo autorizado por el texto constitucional, que no contemplaba en parte alguna la facultad que el D.L. 604 otorga al Ejecutivo de un modo permanente. No obstante, la Corte Suprema aceptó la validez y efectos jurídicos del D.L. 788, de Diciembre de 1974, en virtud del cual los decretos leyes contrarios a la Constitución de 1925 deberían entenderse como tácitamente modificatorios de ésta, con lo cual desapareció la posibilidad de representar su inconstitucionalidad.

No obstante, posteriormente se promulgó el Acta Constitucional N° 3 (13 de Septiembre de 1976), cuyo texto es incompatible con lo dispuesto en el Decreto Ley 604, por lo cual, aunque ambos fueran de igual rango, debe entenderse que el posterior en el tiempo ha derogado tácitamente al más antiguo (regla del art. 52 del Código Civil). Como el Acta Constitucional N° 3 fue dictada después, el D.L. 788, no puede entenderse "tácitamente modificada" por el D.L. 604 antes de su nacimiento: el "saneamiento constitucional" del D.L. 788 sólo se extendió a las disposiciones inconstitucionales dictadas con anterioridad al mismo.

En suma, si se atribuye al D.L. 604 rango constitucional ab initio, se produjo su derogación tácita por el Acta Constitucional N° 3, con la cual es incompatible y que es posterior en el tiempo. Si, por el contrario, se le asigna rango simplemente legal, es inaplicable por estar en contradicción con el Acta Constitucional N° 3, al suprimir un derecho individual en forma absoluta e indefinida, como pasamos a demostrar.

Substancialmente, el D.L. 604 autoriza al Ministerio del Interior para prohibir el ingreso de un chileno a su patria en forma absoluta e indefinida. En cambio, el art. 1° N° 6 del Acta Constitucional N° 3 garantiza a toda persona el libre ingreso al país, con la sola condición de que se guarden "las normas establecidas en la ley". Ahora bien, como ocurre respecto de todas las libertades, la ley puede reglamentar su ejercicio, pero la reglamentación no puede llegar a la supresión o denegación completa del derecho en forma total e indefinida en el tiempo. Este principio general de derecho no escrito está ahora incorporado

al derecho positivo constitucional. En efecto, el art. 19, N°26 del nuevo texto constitucional, señala que "los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece, o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". Agrega esta disposición que de esta regla se exceptúan "las normas relativas a los estados de excepción constitucional, y demás que la propia Constitución contempla". Es de advertir que la facultad que otorga al Ministro del Interior el Decreto Ley 604 no está vinculada a la existencia de ninguno de los estados de excepción constitucional, y que el texto de la nueva constitución no señala tampoco en forma expresa que el derecho de un chileno a vivir en su patria o a salir de ella y regresar a la misma puede ser totalmente suprimido por simple decreto administrativo.

El art. 11 del Acta Constitucional N° 3 corrobora la ineficacia jurídica actual del D.L. 604, por cuanto de acuerdo con aquel precepto el D.L. 604 no puede ser invocado por nadie, en razón de vulnerar el derecho al libre ingreso al territorio nacional, que dicha Acta garantiza en su art. 1°, N° 6. Dice el indicado precepto que "nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos y libertades que esta Acta Constitucional reconoce, ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen constituido".

Consta de las Actas de la Comisión Constituyente que la prohibición de invocar los preceptos violatorios de garantías constitucionales alcanza a las personas y a las autoridades políticas, administrativas y judiciales. Resolver sobre las cuestiones que al respecto se susciten, no es materia del recurso de inaplicabilidad que juzga una contienda entre la Constitución y la ley, pues el art. 11 del Acta Constitucional N° 3 niega el mérito de normas jurídicas a las disposiciones constitucionales y legales que vulneren los derechos individuales garantizados, pues la prohibición de invocarlos les niega la coercibilidad que por esencia tiene toda norma jurídica. Luego, ningún tribunal de derecho puede darles aplicación.

IV

Por otra parte, el art. 4º, inciso 2º, del Acta Constitucional N° 2, señala expresamente que "la soberanía no reconoce otra limitación que el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana".

En forma muy semejante el art. 5º, inciso 2º, de la nueva Constitución dispone:

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Como la expresión "derechos que emanan de la naturaleza humana" (o "derechos esenciales" que emanan de ella) no los enumera en forma expresa, son útiles elementos de interpretación las Declaraciones o Convenciones de carácter internacional suscritas y aprobadas por Chile y por la mayor parte de las naciones del mundo, que señalan y precisan cuáles son esos derechos que se reconocen como emanados de la "dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" y en la "dignidad y el valor de la persona humana". Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, dice en su art. 9º:

"Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado",
y en su artículo 13º :

"Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país".

Y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, resolución III de la 9a. Conferencia Internacional Americana de Bogotá, 2 de Mayo de 1948, dice en su art. 8º:

"Toda persona tiene derecho a fijar su residencia en el Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad".

Chile ha suscrito ambas Declaraciones, y es también miembro del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, que en el art. 12 N° 4 reconoce igualmente el derecho de regreso al propio país,

en parangón con los de salir del territorio nacional y de circular libremente por el mismo. El Gobierno de Chile ha comunicado de manera reglamentaria al Presidente del Comité de Derechos Humanos de los Pactos que ha "suspendido" de manera "temporal y limitada" el derecho de regresar al país de ciertas personas. En una explicación de estas limitaciones, el Gobierno ha sostenido que, en lo que se refiere al caso del D.L. 604, tal regreso se prohíbe a los que, habiendo abandonado legalmente el país, realizan en el exterior "actos contrarios a los intereses de Chile, deshonrando, difamando, desprestigiando al país, o sean conocidos como activistas o propagandistas de doctrinas que tengan por objeto el derrocamiento violento del Gobierno, o hayan solicitado fondos con el mismo objeto". Añade el Gobierno que analiza cuidadosamente las solicitudes de regreso, y si hay razones para no autorizarlo "transitoriamente no se da curso a la autorización". Y se cuida de precisar que "el mero hecho de sustentar opiniones contrarias al Gobierno, si no se traduce en actos, no es causal para denegar el regreso".

Debe señalarse a este respecto que la prohibición de regreso establecida en el D.L. 604 no es "temporal y limitada", como afirma la notificación del Gobierno al Presidente del Comité de Derechos Humanos de los Pactos, sino que es permanente o indefinida en el tiempo, y que no es limitada, sino absoluta y completa. En efecto, el D.L. 604 no subordina la prohibición a la subsistencia de algún estado de emergencia, ni a un plazo determinado, y tal cuerpo legal tampoco se otorga a sí mismo el carácter de temporal o transitorio. Por otra parte, la prohibición de regreso es absoluta y total (no se admite siquiera v.g., un regreso temporal o condicionado). La sola voluntad o criterio del Ministro del Interior decidirá la cesación de la medida, ya que el texto legal ni siquiera le señala pautas o criterios generales para tomar su decisión.

En seguida, la situación de ANDRES ZALDIVAR no se encuentra en ninguno de los casos con que el Gobierno ejemplifica la "transitoria" y "limitada" prohibición de regreso, ya que para ello, nos explica, se requiere que se realicen en el exterior actos contrarios a los intereses de Chile, o que se propaguen doctrinas que tengan por objeto el derrocamiento violento del Gobierno, o que se hayan solicitado fondos con tal objeto. Más todavía: la advertencia del Gobierno en el sentido de que el mero hecho de sustentar opiniones contrarias al Gobierno, si no se traduce en actos,

es insuficiente para negar el regreso, no se cumple en el caso de ZALDIVAR: no sólo no ha propiciado la violencia, sino que expresa mente la ha rechazado, y todo lo que el Gobierno le reprocha es sustentar determinadas opiniones y formular a su respecto declaraciones públicas dentro del país.

V

En el supuesto de que el D.L. 604 estuviere vigente, res tan por examinar tres aspectos sobre la aplicación concreta del mismo que se ha hecho en el caso de ANDRES ZALDIVAR: el carácter "preventivo" que el Gobierno atribuye a la medida; el "compromiso" que se exige de ZALDIVAR para permitir su regreso, y si los hechos que se le imputan encuadran o no en las situaciones previstas en el D.L. 604 como justificantes de la medida. Este último aspecto, por su importancia, será considerado separadamente.

Hemos ya visto que en sus declaraciones del 17, 20 y 26 de Octubre, el Gobierno dice y reitera que la medida adoptada contra ANDRES ZALDIVAR tiene un carácter "preventivo" y no sancio natorio. Ahora bien, el tenor del D.L. 604 no distingue entre la prohibición de regreso "preventiva" y "sancionatoria". En sus consecuencias prácticas, el D.L. 604 establece una medida especifi ca que priva de un aspecto de la libertad personal o la restringe. El efecto es idéntico a la pena que el Código Penal llama de ex trañamiento, con la diferencia de que en el Código Penal el ex trañamiento nunca puede ser perpetuo, y además, como pena que es, no puede ser impuesta sino por un tribunal y después de un proceso legal. Este principio fue reconocido por el Acta Constitucional N°3, art. 1°, N° 3 y 6, y también por la nueva Constitución, art. 10, N° 3 y 7°. Es un nuevo aspecto en que el contenido del D.L. 604 pugna con los preceptos constitucionales posteriores y debe entenderse derogado por ellos.

Si la "prohibición de regreso" del D.L. 604 no se consi dera como "pena" propiamente tal, sino como una "restricción" de alguna de las libertadas individuales, sería preciso que las propias normas constitucionales contemplaran la respectiva facultad para el Ejecutivo. No ocurre así, ni en el D.L. 640, que hasta ahora reglamenta los estados de excepción, ni en el Acta Constitu cional N° 4 (independientemente de que en la práctica no se hayan puesto en vigencia los estados de excepción que ella configura),

ni en la nueva Constitución. El texto del D.L. 640 no se refiere a esta supuesta atribución. El Acta Constitucional N° 4, art. 1°, señala que "los derechos y garantías que el Acta Constitucional N°3 asegura a todas las personas, sólo pueden ser afectados en los casos de emergencia que contemplan los artículos siguientes ..." Y la nueva Constitución, en su art. 39, dispone que "los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser afectados en las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna; conmoción interior, emergencia y calamidad pública".

El D.L. 604 confiere al Ejecutivo la facultad de suprimir o restringir la libertad personal en forma permanente e incondicionada. La atribución que allí se consagra no está condicionada ni subordinada a la existencia de un régimen de emergencia, sino que está establecida como una atribución normal y permanente del Ejecutivo. La oposición con los textos constitucionales es manifiesta. Incluso concebida como una restricción a la libertad, propia de uno de los regímenes de excepción, el Acta Constitucional N°4 dispone que tales medidas "no podrán tener más duración que la que corresponda a la vigencia de dichos estados" (salvo la privación de la nacionalidad).

¿Qué sentido puede tener la diferenciación entre una misma medida adoptada en carácter "sancionatorio" y en carácter "preventivo"? No señalando la ley otro concepto, será preciso atenerse al sentido natural y obvio de tales términos: la sanción es una consecuencia por una falta o infracción cometida o en todo caso, el efecto de una situación ya existente y producida, en tanto que una medida "preventiva" tiene por objeto evitar que una determinada infracción llegue a cometerse o una determinada situación a producirse.

Ahora bien, todas las situaciones previstas en el D.L. 604 como justificantes de la medida de prohibición de regreso son situaciones que deben ya haberse producido para que tal medida se adopte: los afectados por ella deben ser personas que propaguen o fomenten ciertas doctrinas, o que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas, o que ejecuten ciertos hechos, o realicen ciertos actos. Son todas situaciones que tienen que haberse ya producido o existir previamente a la medida. Es verdad que algunas de ellas, como la que autoriza imponer la prohibición a los que "estén sindicados o tengan reputación" de ser agitadores o activistas de ciertas doctrinas, se fundamentan en el temor o la presunción de que tales personas, si

ingresan a Chile, vayan a propagar efectivamente esas doctrinas, pero aún en esos casos la situación de hecho sobre la cual se fundamenta el supuesto peligro tiene que ser una situación ya existente: se podría prohibir el ingreso al país de una persona que tiene la reputación allí indicada (situación ya existente) pero no el de una persona que no tiene esa reputación, simplemente para que no llegue a adquirirla en el futuro.

No hay, por lo tanto, base alguna en el texto del D.L. 604 que autorice a imponer la medida allí contemplada en carácter "preventivo", esto es, para que no llegue a producirse alguna de las situaciones que prevé el art. 1°. La medida tiene siempre carácter sancionatorio, es decir, es una consecuencia de la existencia efectiva de alguna de las situaciones allí previstas.

En otro aspecto, el texto del D.L. 604 no autoriza al Ejecutivo para condicionar en forma alguna el regreso de los chilenos a su patria. Le otorga, sí, la facultad de prohibir el regreso indefinidamente y la de denegar la petición de reingreso que se le presentare, pero en uno o en otro caso las resoluciones deben ser incondicionadas. Ni el texto de las Actas Constitucionales, ni el de la nueva Constitución, ni siquiera el D.L. 604 autorizan al Ejecutivo ni a otro poder o funcionario para condicionar el derecho de los chilenos a vivir en su patria, a salir de ella y regresar a la misma, a ninguna clase de exigencias. El art. 2° del D.L. 604 faculta a los chilenos afectados con esta medida para pedir a través del Consulado respectivo, que el Ministro del Interior los autorice para ingresar al territorio nacional. Pero no establece exigencia alguna en cuanto al contenido de dicha petición, ni otorga facultad alguna al Ministro del Interior para subordinar su autorización a condiciones o modalidades. El principio general de que las autoridades no tienen otros derechos que aquellos que expresamente se les hayan conferido por la Constitución y la ley, está recogido en el Acta Constitucional N° 2, art. 6°, y en la nueva Constitución, art. 7°.

Resulta claro, entonces, que la exigencia de cualquier "compromiso", "declaración", "garantía", "promesa", etc., a ANDRES ZALDIVAR, o el otorgarle un regreso previamente condicionado y precario, son situaciones inconstitucionales e ilegales.

VI

Quedaría por examinar, finalmente, si los actos que se imputan a ANDRES ZALDIVAR podrían o no encuadrarse dentro de las situaciones previstas en el art. 1° del D.L. 604.

Inicialmente, el Ministerio del Interior acusa a ANDRES ZALDIVAR de una supuesta campaña de desprestigio o descrédito contra "el país" y contra el nuevo sistema institucional, y de sustentar la tesis de un gobierno cívico-militar distinto del aprobado en el reciente plebiscito, lo que el Gobierno interpreta como un llamado a la división de las Fuerzas Armadas y a la sublevación de éstas: un desconocimiento del orden jurídico vigente y de la legitimidad del Gobierno. De ello concluye el Ministro que las actividades de ZALDIVAR constituyen actos que la ley chilena califica como delitos contra la seguridad interior del Estado y son claramente contrarios a los intereses de Chile.

Con posterioridad, se pone más énfasis en que la medida se basa en la "conducta sistemática" de ZALDIVAR y el conjunto de su reciente actuación pública, y se atribuye a dicha medida un carácter "preventivo" y no sancionatorio.

Progresivamente se ha ido dejando de lado la acusación más grave, que sería la de haber realizado actos concretos tendientes a provocar la división de las Fuerzas Armadas y la sublevación de éstas o parte de ellas contra sus mandos. Por lo demás, el propio ZALDIVAR nunca admitió haber realizado una conducta de esta clase; fue la interpretación que el Ministerio le dió a una frase atribuida a ZALDIVAR, y que posteriormente el propio Gobierno tuvo por satisfactoriamente desmentida.

En suma, tal "hecho", que de ser efectivo y tener el alcance que el Gobierno le atribuyó, habría podido encuadrarse dentro de alguna de las disposiciones de la Ley de Seguridad del Estado, fue dejado finalmente de lado por el Ministro del Interior, y la fundamentación de la medida contra ZALDIVAR se buscó en un conjunto de declaraciones recientes, que evidenciarían que ZALDIVAR no reconoce como "legítimo" el Gobierno actual, que niega "validez" al ordenamiento jurídico vigente, y que por consiguiente, "no acata", ni a la ley ni a la autoridad.

Para juzgar el sentido y alcance de tales declaraciones, es preciso establecer una distinción:

a) Las declaraciones que pueda haber formulado ZALDIVAR antes de la realización del plebiscito, criticando la forma en que éste iba a realizarse o llamando a optar por la alternativa "no", no representan sino el ejercicio de su libertad de opinión;

b) Las declaraciones posteriores al plebiscito en las cuales ZALDIVAR haya denunciado irregularidades, infracciones legales o anomalías en su realización que privaran de significación a sus resultados, tampoco pueden ser consideradas delictivas ni atentatorias contra la seguridad del Estado, en la medida en que éstas mismas observaciones y reparos fueron recogidos por un grupo numeroso de juristas y hechas valer formalmente en una instancia jurídica de reclamación ante el Colegio Escrutador establecido ad-hoc en la convocatoria a plebiscito: declarar que se comparten esas críticas o denuncias no puede ser constitutivo de delito cuando se encuentra pendiente una instancia legítima de reclamación que debe pronunciarse sobre el fundamento o carencia del mismo de las denuncias.

c) En fin, en cuanto a las declaraciones de ZALDIVAR formuladas con posterioridad al fallo del Colegio Escrutador, es preciso analizarlas con mayor detenimiento. Desde luego, las que se contienen en la publicación del Gobierno de fecha 26 de Octubre son todas anteriores a la decisión del Colegio Escrutador, y no dan por tanto base para imputar a ZALDIVAR ninguna actitud de rebeldía o subversión frente al nuevo orden institucional.

Pero aún en el supuesto de que la actitud de ZALDIVAR estuviera reflejada en ciertas frases de sus declaraciones anteriores ("este plebiscito es inválido, no acarrea ningún resultado legítimo"; "no acato una legislación sin fundamento moral o político alguno") (esto último referido específicamente a la disolución de la Democracia Cristiana, no al conjunto de la legislación), sería preciso distinguir qué significa exactamente no "acatar" un orden jurídico e impugnar la "legitimidad" de un Gobierno o de una institucionalidad.

Desde que se admite universalmente el principio "cogitationis poenam nemo patitur", el acatamiento u obediencia que un sistema legislativo o una autoridad pueden reclamar es el acatamiento externo, no el interno, que pertenece al plano de la conciencia, que es soberana e inviolable. Puede exigirse una conducta conforme a la ley, pero no una creencia en la bondad, y ni siquiera en la vinculación moral de determinada ley.

En cuanto a la manifestación externa de una desaprobación de la ley, debe distinguirse entre los actos que signifiquen externa y abiertamente una infracción de la ley o una rebeldía frente a la autoridad, o una incitación a ellas, y las manifestaciones de pensamiento que reflejen la actitud interna de desaprobación de la ley o el desconocimiento de su calidad de tal. Si estas manifestaciones de pensamiento, verbales o escritas, se limitan a expresar el sentimiento íntimo de la persona, tampoco constituyen delito, mientras no sean una instigación a la desobediencia de hecho. Y tampoco pueden serlo en cuanto expresen una crítica o propongan un reemplazo por medios pacíficos, gracias a la formación de un consenso ciudadano y siempre mediante el libre consentimiento del soberano, que es el pueblo.

En torno del concepto de "legitimidad" se puede adoptar una posición meramente formal y otra de carácter substancial o axiológico. Desde el punto de vista formal, es "legítimo" lo que está conforme a las leyes vigentes, sin que sea necesario realizar ningún juicio de valor. Así, formalmente, es "legítima" una ley que ha sido aprobada por los mecanismos constitucionales contemplados en el respectivo ordenamiento, aún cuando permitiese, v.g., segregar a los seres humanos por razones raciales o calificara como delito el matrimonio entre personas de distinta religión, estirpe o raza.

Pero este criterio meramente formal no excluye un análisis sustancial o de valor de la respectiva norma, mirando su moralidad, conveniencia o justicia, análisis que también cae dentro del amplio concepto de la "legitimidad".

La distinción que hacemos está incluso recogida por el Diccionario de la Lengua, ya que la primera acepción de "legítimo", meramente formal, lo define como "conforme a las leyes", en tanto que la segunda, mirando lo sustancial o valorativo, lo define como lo "cierto, genuino y verdadero en cualquiera línea".

Ahora bien, tanto el análisis meramente formal como el sustancial es de la esencia misma de la libertad de conciencia y de opinión. De esta manera, en el ejercicio de tal libertad cualquier ciudadano puede calificar como legítimo o ilegítimo un gobierno, un proceso electoral, una norma jurídica o una institución cualquiera.

Si se analizan las declaraciones de ANDRES ZALDIVAR que se invocan como sustento de la medida adoptada a su respecto, se ve que ellas son sólo expresión de un enjuiciamiento valorativo o axiológico del proceso plebiscitario, sus resultados, el Gobierno que nos rige y la nueva carta aprobada. Dentro de este proceso valorativo, conforme a la distinción que hemos hecho, es lícito desconocer la "legitimidad" de todo aquello que al crítico no parezca cierto, genuino o verdadero.

Una conclusión contraria a la que sustentamos, asilada sólo en el aspecto formal de la "legitimidad", impediría juicios valorativos que son de la esencia de un régimen democrático. No hay contradicción entre admitir la existencia de un orden jurídico determinado y propiciar su reemplazo por otro. De lo contrario jamás se modificarían las leyes ni las Constituciones.

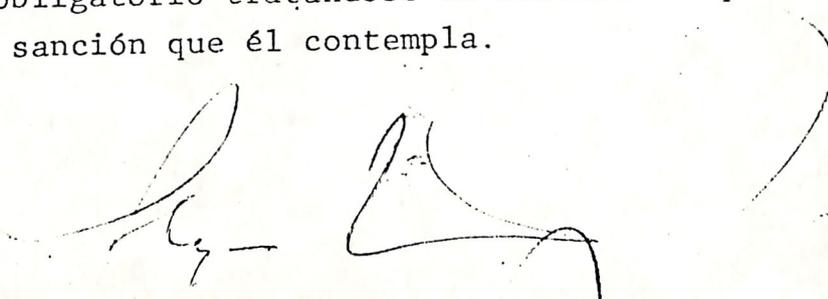
De esta suerte, nos parece inconcuso que son lícitos los juicios críticos de ANDRES ZALDIVAR, enmarcables dentro de un criterio de "legitimidad" sustancial o esencial y no meramente formal.

VII

Como conclusiones de todo lo expuesto, afirmamos que la prohibición de regreso al país de ANDRES ZALDIVAR no se ajusta a las leyes ni a los preceptos constitucionales vigentes:

- 1) Porque el D.L. 604 debe entenderse derogado por las disposiciones de las Actas Constitucionales 2, 3 y 4, y porque sus disposiciones son igualmente incompatibles con los preceptos de la nueva Constitución;
- 2) Porque aún suponiendo vigentes las disposiciones del D.L. 604, los hechos que se imputan a ANDRES ZALDIVAR no encuadran en ninguna de las situaciones que según dicho Decreto Ley permiten aplicar la medida de prohibición de regreso;
- 3) Porque el D.L. 604 no permite imponer dicha medida en carácter "preventivo", sino exclusivamente sancionatorio;
- 4) Porque ni las disposiciones constitucionales, ni el propio D.L. 604 autorizan al Ministro del Interior para subordinar el regreso y la permanencia de un ciudadano en el país a ninguna clase de compromisos ni condiciones;

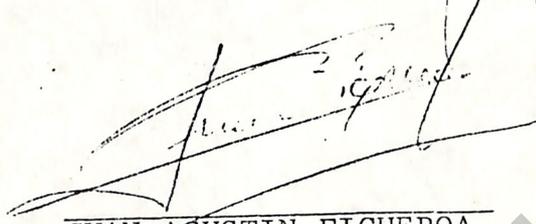
5) Porque no se ha dictado el decreto que el D.L. 604 hace obligatorio tratándose de chilenos a quienes se ha impuesto la sanción que él contempla.



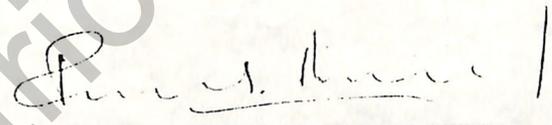
ALEJANDRO SILVA BASCUNAN



PATRICIO AYLWIN AZOCAR



JUAN AGUSTIN FIGUEROA



PEDRO JESUS RODRIGUEZ



ALEJANDRO GONZALEZ POBLETE



ALFREDO ETCHEBERRY