

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA GÉNESIS DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

CRITICAL ANALYSIS OF THE GENESIS OF THE IN FORCE
CONSTITUTION

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ*

RESUMEN

La Constitución chilena vigente, si bien ha sido objeto de múltiples reformas en sus treinta años de existencia, no ha podido saldar la deuda de legitimidad ni transformarse en un texto representativo de la pluralidad social del país. El presente artículo revisa de manera crítica la génesis de la Constitución, el anhelo fundacional que la dictadura le imprimió al texto y la particular autoatribución del Poder Constituyente por parte de la Junta de Gobierno. Asimismo, queda pendiente saldar la deuda de legitimación democrática por parte de la ciudadanía.

Palabras clave: Constitución, Poder Constituyente, Legitimidad, Autoritarismo, democracia protegida.

ABSTRACT

The current Chilean Constitution, although it has undergone many alterations during its thirty years of existence, could not repay the debt of legitimacy and become a representative text of the social diversity of the country. This article critically reviews the genesis of the Constitution, the founding wish that the dictatorship he printed the text and the particular self-attribution of the Constituent Power by the military authorities. Also, it remains to settle the debt of democratic legitimacy by the citizenry.

Key words: Constitution, Constituent Power, Legitimacy, Authoritarianism, Democracy protected

Fecha de Recepción: 3 de mayo de 2011

Fecha de Aceptación: 23 de mayo de 2011

INTRODUCCIÓN

Diferentes episodios históricos marcan el devenir de las naciones. Incluso ciertos acontecimientos los podemos asociar con fechas y años determinados. Por ejemplo, el 14 de julio de 1789, inequívocamente lo asociamos a la Revolución Francesa, o el 12 de octubre de 1492, fecha en la cual se produce el encuentro entre dos mundos: el hispánico (europeo) y el indígena (americano). En fin, otros ejemplos se pueden dar para ilustrar la afirmación anterior; sin embargo, lo que quisiera destacar es que tratándose de la historia de Chile

* Doctor en Derecho, Universidad de Deusto, España. Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Viña del Mar, correo electrónico: christian.viera@uvm.cl

reciente, hay una fecha que marca un antes y un después para el devenir de la sociedad, el 11 de septiembre de 1973.

El “once”, como suele llamarse coloquialmente, se produce un Golpe de Estado que no solo depone al Presidente constitucional sino que inicia un proceso de profunda transformación en la sociedad chilena en múltiples ámbitos, entre los que destacan el político institucional y el económico social. Respecto del primero, en lo inmediato no solo se producirá una concentración del poder político como nunca se había dado en la historia, sino que para el futuro se despliega una concepción de la democracia de carácter instrumental, autoritaria y protegida. Sobre lo segundo, las tesis propuestas por el neoliberalismo comienzan a ser impuestas en todas las esferas sociales, restringiendo el rol del Estado a mínimos, en estructura y de sobremanera como agente que actúa en la economía.

De ahí la necesidad de reflexionar críticamente sobre la Historia constitucional chilena de los últimos años, porque no se trata solo de exponer hechos, sino que se deben interpretar desde la perspectiva de los cambios paradigmáticos que ellos suponen y, al mismo tiempo, de qué manera han significado la emergencia de un modelo “original” que hasta el día hoy, aunque atenuado, pervive en el sistema constitucional de Chile.

El análisis de la génesis de la Constitución chilena será presentado desde una doble perspectiva. La primera, consistirá en el relato de los principales acontecimientos que dan origen a la Constitución y su implementación temporal y en la segunda, intentaré presentar un enfoque crítico a este proceso histórico.

1.1. Etapas del proceso de formación de la Constitución chilena

En 1970 fue elegido Presidente de la República el candidato de la UP Salvador Allende Gossens¹. Desde un primer momento el Gobierno de la UP fue resistido, incluso antes de asumir el poder². Esa resistencia se mantuvo una vez

¹ Según la Constitución chilena de 1925, el Presidente era elegido en votación directa por los ciudadanos con derecho a sufragio (art. 63, inc. 1º), correspondiendo a las dos ramas del Congreso Nacional proclamar Presidente de la República al ciudadano que hubiere obtenido más de la mitad de los sufragios válidamente emitidos (art. 64 inc. 1). Sin embargo, si del escrutinio no resultare esa mayoría, el Congreso Pleno elegirá entre los ciudadanos que hubieren obtenido las dos más altas mayorías relativas (art. 64 inc. 2). Tal fue el caso de la elección presidencial de 1970, puesto que los candidatos Allende y Alessandri obtuvieron un 36,3 y un 34,9 por ciento de los votos válidamente emitidos. Si bien Allende obtuvo la primera mayoría relativa y la historia da cuenta que cada vez que debió intervenir el Congreso en la elección del Presidente, este elegía a la primera mayoría, Allende solo fue proclamado tras un acuerdo político al que llegó con el principal partido de la oposición (DC), que se tradujo en una reforma constitucional de envergadura, conocida como “Estatuto de Garantías Constitucionales”.

² Por ejemplo, el asesinato del Comandante en Jefe del Ejército, RENÉ SCHNEIDER. Para evitar la llegada de Allende a la presidencia, se orquestó el secuestro de SCHNEIDER, con el fin de provocar la intervención de las FFAA y evitar la sesión del Congreso. El 22 de octubre de 1970, el automóvil de SCHNEIDER fue bloqueado por cuatro vehículos y un grupo de jóvenes rodeó el automóvil del General. Los secuestradores, al percatarse de que SCHNEIDER tomaba su arma para repeler la acción, dispararon sobre él, falleciendo días después.

que Allende asume el cargo, y se intensifica con el paso de los años. El *climax* de esta situación lo constituye el Golpe de Estado de 1973, que pone fin al gobierno democrático y termina, de facto, con la vigencia normativa de la Constitución de 1925.

Durante el Gobierno de la UP se profundiza la polarización política de la sociedad y las medidas, especialmente de naturaleza económica, generan el abierto rechazo de los sectores de derecha. La radicalización de la Reforma Agraria, los proyectos de reforma al sistema educativo, que en Chile se caracteriza por un énfasis en la libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación, la nacionalización de empresas estratégicas, la toma de industrias, el descontrol del orden público, el desabastecimiento de alimentos básicos, entre otros hechos, autoriza a tener un juicio negativo sobre el desempeño del Gobierno. No se puede presentar al Gobierno de la UP como modelo de respeto al ordenamiento jurídico y las costumbres políticas, pero su mal desempeño no legitima un Golpe de Estado, especialmente porque la Constitución de 1925 contemplaba mecanismos para deponer al Presidente de la República (arts. 39.1º.a y 42.1º Constitución de 1925), sin embargo, se recurre a un vía de hecho³.

El mismo 11 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno dicta el DL 1, que señala que “con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno (la Fuerza Pública, formada por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y Carabineros) y asumen el Mando Supremo de la Nación” (Nº 1)⁴. En este DL es posible apreciar la intención de la Junta de Gobierno de asumir la totalidad del poder, pero ante la falta de claridad de significado de la voz “mando supremo”, en

³ La experiencia chilena de “camino al socialismo” ha sido objeto de diversos análisis. Por de pronto, se acusa la intervención de EE.UU. para lograr la desestabilización del régimen democrático, por un temor al “efecto dominó” que la elección de un Gobierno con orientación marxista podría provocar el Latinoamérica, ya que la irrupción de las fuerzas de la UP no se da por el uso de la fuerza, como es el caso de la Revolución cubana o los países de la órbita soviética, sino que mediante una legítima elección democrática. Cabe recordar que el contexto histórico inmediato es la llamada “Guerra Fría”. Existe abundante literatura que explica las causas del quiebre constitucional chileno. VÉLIZ agrega a lo señalado que las causas más importantes del quiebre responden a tres problemas: primero, el sistema de cuotas para regular la asignación de cargos en el gobierno entre los partidos miembros de la UP; segundo, la tolerancia inexplicable de una organización paramilitar ilegal; tercero, el estilo de gobierno de conducta personal del Presidente Allende en franca oposición con las tradiciones republicanas (cf. VÉLIZ, Claudio, “Continuidades y rupturas en la Historia Chilena: otra hipótesis sobre la crisis chilena de 1973”, en: *Estudios Públicos*, Nº 12, (1983), pp. 56-61). Si bien no es finalidad de este trabajo examinar las causas del quiebre institucional chileno, la hipótesis defendida por VÉLIZ puede objetarse por, al menos, dos razones. La primera es que en el reparto de cuotas de poder, siempre que se producen gobiernos de coaliciones, el “cuoteo” es una práctica usual e inevitable. Lo segundo, es que tiende a idealizar los valores republicanos chilenos, lo cual es desmentido por la realidad, en que el abuso de la clase oligárquica por decenas de años ha sido una constante. Al respecto, cf. SALAZAR, Gabriel; PINTO, Julio, *Historia contemporánea de Chile*, tomo I, Santiago, LOM ediciones, 1999, pp. 13-123; CORREA SUTIL, Sofía, “La democracia que tuvimos, la democracia que no fue” en: *Revista de Sociología*, Nº 14 (2000), p. 117-120.

⁴ DL 1, de 11 de septiembre de 1973, Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, *Diario Oficial*, Santiago, 18 de septiembre de 1973.

noviembre de 1973, la Junta dicta el DL 128⁵. En el art. 1 se afirma que “la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”. Al mismo tiempo, la Junta reconoce la vigencia de la Constitución de 1925, pero agrega que “las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella” (art. 3 inc. 2), es decir, la autoatribución del Poder Constituyente la “autoriza” para modificar la Constitución aún vigente.

Pero se presenta un problema, dado que la Carta de 1925 comienza a ser modificada de hecho, y como los DL que lo hacen no explicitan el hecho que están reformando la Constitución, qué ocurre con esas modificaciones. ¿Cuándo estamos en presencia de una actuación legislativa y cuándo ante una de carácter constituyente? Confundiendo legalidad con legitimidad, la Junta dicta el DL 788⁶ el cual, en su artículo 1 declara que “que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución”.

La Junta de Gobierno asume desde el principio la tarea de elaborar una nueva Carta. Así, por medio del DS 1064 se “designa Comisión para que estudie, elabore y proponga un Anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado”⁷. La fundamentación del DS señala que la Comisión se establece “considerando la necesidad de reconstruir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República”⁸.

Esta Comisión, conocida como la “Comisión Ortúzar” en atención al nombre de su Presidente, realiza 417 sesiones entre de 1973 y 1978. Cabe recordar que los integrantes de la Comisión, en su mayoría profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, no se caracterizaron por disentir profundamente en sus postulados ideológicos ya que eran cercanos a la derecha chilena. En esta Comisión no cabía la representación de los sectores de centro o siquiera de centro izquierda (para qué hablar de representantes marxistas) del escenario político chileno. Se trata entonces de un pluralismo limitado, “pero tan limitado, que estaba en ese límite en que

⁵ DL 128, de 16 de noviembre de 1973, aclara sentido y alcance del artículo 1º del decreto ley nº 1 de 1973, *Diario Oficial*, 16 de noviembre de 1973.

⁶ DL 788, de 2 de diciembre de 1974, dicta normas sobre el ejercicio del Poder Constituyente, Santiago, 4 de diciembre de 1974.

⁷ DS 1064, de 25 de octubre de 1973, que crea oficialmente la Comisión Constituyente, *Diario Oficial*, Santiago, 12 de noviembre de 1973. Llamo la atención sobre el paradójico nombre de la Comisión, “Constituyente”, en circunstancias que el poder Constituyente lo detenta formalmente la Junta de Gobierno.

⁸ *Ibid.*, “Vistos”.

no puede tener sentido hablar de pluralismo. Se trataba de un caso en el cual el adjetivo (limitado), destruye al sustantivo (pluralismo)”⁹, aunque se debe reconocer que en su itinerario de trabajo invitaron a exponer sus puntos de vista a algunos especialistas, sin embargo, “las opiniones así oídas fueron seleccionadas, sobre todo ideológicamente, quedando valiosos punto de vista, por lo común disidentes, omitidos de los anales”¹⁰.

La obra de la Comisión consistió en la elaboración de un Anteproyecto de Constitución, por lo que se debe insistir en la idea que esta Comisión no tenía el carácter de Constituyente, a pesar de la denominación equívoca que recibe hasta 1976.

La primera etapa elaboración de la nueva Carta culmina con la elaboración de un Anteproyecto. Este contiene un Preámbulo de carácter doctrinario, ciento veintitrés disposiciones permanentes distribuidas en catorce capítulos y once artículos transitorios, el que es entregado al Presidente de facto de la época, quien lo remitirá al Consejo de Estado¹¹.

En octubre de 1978, el Presidente de la época solicita al Consejo de Estado su opinión sobre el Anteproyecto¹². El Consejo lo estudia y sesiona, a puertas cerradas, entre noviembre de 1978 y julio de 1980 en 57 sesiones. Si bien, lo fundamental del proyecto presentado por la Comisión se mantiene, se introducen algunas modificaciones, principalmente de carácter formal. Una diferencia sustantiva con el documento elaborado por la Comisión es el aumento en el número de disposiciones transitorias. En julio de 1980 se hace entrega del Proyecto a la Junta de Gobierno para que revise ambos trabajos¹³.

La Junta conoció y despachó el proyecto constitucional en un brevísimo plazo –un mes, julio de 1980–. En la mayor parte del proyecto definitivo se opta por las ideas contenidas en el anteproyecto de la Comisión¹⁴.

⁹ CHAPARRO, Patricio; CUMPLIDO, Francisco, “El proceso de toma de decisiones en el contexto político militar-autoritario chileno. Estudio de dos casos”, en: GARRETÓN, Manuel Antonio *et al.*, *Chile 1973-1982*, Santiago, Flasco, 1983, p. 39.

¹⁰ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, Tomo I, 2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008, p. 77. Esta opinión no es compartida por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ ni ALVEZ MARÍN, quienes sostienen que el trabajo de la Comisión es eminentemente jurídico constitucional; un trabajo de juristas (cf. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: “Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución” en: *Revista de Derecho*, N° XXII, vol. 1 (2001), p. 322; ALVEZ MARÍN, Amaya, “El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la Historia política institucional chilena” en: *Revista de Derecho*, N° 212, vol. I (2002), p. 42). Volveremos sobre este punto, dado que no coincido con esos autores.

¹¹ Cf. CARRASCO DELGADO, Sergio, “Génesis de la Constitución de 1980”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 29-30 (1981), pp. 44-45.

¹² El Consejo de Estado era un Organismo consultivo creado por el DL 1319, integrado por representantes del mundo civil y militar, entre los que destacan los ex Presidentes de la República y ex Comandantes en Jefe de las FFAA y Carabineros (art. 2): cf. DL 1.319, de 31 de diciembre de 1975, Acta Constitucional n° 1, crea Consejo de Estado, *Diario Oficial*, 9 de enero de 1976.

¹³ Cf. CARRASCO DELGADO, Sergio, “Génesis de la Constitución de 1980”, pp. 49-51.

¹⁴ Cf. *Ibid.*, pp. 51-52. Una aclaración: CEA postula que el tiempo durante el cual la Junta sesionó

De este trabajo no quedó nada escrito con carácter oficial y público, y su labor tampoco ha sido difundida, por lo que los cambios que se introdujeron en esta instancia, que en algunos casos no son menores, carecen de fundamentación conocida¹⁵.

El 10 de agosto de 1980 el general Pinochet anunció que la Junta de Gobierno, en ejercicio de su potestad constituyente, había aprobado la nueva Constitución y que convocaba a la ciudadanía a un plebiscito para ratificarlo¹⁶, el cual se realizará el 11 de septiembre de 1980.

El 11 de septiembre de 1980 se realiza un plebiscito para “ratificar” la Constitución. Hubo dos opciones: SÍ y NO, ganando la primera alternativa con el 67,04% de los votos. La nueva Constitución fue promulgada el 21 de octubre de 1980.

Según CARRASCO “durante la época anterior a la fecha del plebiscito se produjo una gran actividad y debate de su significado”¹⁷.

La Constitución constaba de 120 artículos permanentes agrupados en 14 capítulos. Contiene además 29 disposiciones transitorias, las cuales en su contexto configuran el denominado “período de transición”, es decir, en el primer período de vigor de la Constitución, rige principalmente el articulado transitorio, por lo que el valor del cuerpo permanente es más semántico que normativo, si consideramos la terminología clásica planteada por LOEWENSTEIN¹⁸.

sobre la Constitución va desde mayo a agosto de 1980, sesionando en paralelo al Consejo de Estado (cf. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, p. 78).

¹⁵ Cf. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, p. 78. Uno de los cambios más significativos tiene relación con el régimen de transición de 1980 a 1989. Llama la atención sobre el art. 24 transitorio que contiene la regulación de los derechos en estados de excepción; destaca el hecho que las medidas que tome la autoridad administrativa en esos regímenes excepcionales, no serán susceptible de recurso alguno.

¹⁶ Cf. *Ibid.*, p. 79. En cuanto a la necesidad de la consulta popular. ¿Para qué? El poder constituyente radica en la Junta, por lo que bastaría su voluntad para que la Carta pueda entrar en vigor.

¹⁷ CARRASCO DELGADO, Sergio, “Génesis de la Constitución de 1980”, p. 55. Demasiado optimista la afirmación del autor pues, cabe recordar, que en la época del plebiscito el país vivía en estado de excepción, no había registros electorales, tampoco claridad sobre los efectos que produciría el triunfo de la alternativa NO, violaciones sistemáticas de los dd.hh y una policía secreta que perseguía con concho a los opositores del régimen.

¹⁸ Cf. CRUZ-COKE OSSA, Carlos, “Constitucionalismo chileno y su evolución”, en: *Actualidad Jurídica*, Nº 20, tomo II (2009), p. 564.

Conviene recordar que LOEWENSTEIN distingue, en cuanto a los efectos reales que produce una Constitución, entre Constitución normativa, nominal y semántica. Es *normativa*, cuando las normas constitucionales dominan el proceso político o el proceso político se adapta a las normas y se somete a ellas; será *nominal*, cuando la dinámica del proceso político no se adapta a las normas constitucionales, es decir, se dan unos supuestos sociales y económicos que operan contra la concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación de hecho impide la completa integración de normas y vida política; es *semántica* en los casos en que la Constitución se aplica pero que su realidad no sea más que la formalización de una situación existente en el orden político. En este caso la Constitución cumple la función de beneficiar a los gobernantes, pues el aparato coactivo del Estado sirve para dominar sin limitación alguna. La autocracia se instala al amparo de un falso constitucionalismo, transformándose la nor-

A partir de 1989 la Constitución ha sufrido múltiples reformas, siendo relevantes las que se realizaron en los años 1989 y 2005. Sin perjuicio que volveremos sobre las reformas, quisiera destacar que los desafíos de la Constitución vigente permanecen en pie. No ha sido fácil el devenir de la Carta durante sus treinta años de existencia y no solo por el tema de legitimidad, que no es menor, sino que especialmente por el tipo de sociedad que se propone para los chilenos: un sistema democrático con un fuerte énfasis en lo formal, con tutelajes originales y con una tendencia a provocar rigidez y petrificación normativa. No sería extraño entonces el divorcio entre norma y realidad, tan propio de sistemas normativos rígidos y autoritarios que esconden, o una profunda desconfianza sobre la madurez política de la comunidad o, que aspiran a mantener el *statu quo* con indiferencia a las mutaciones que va experimentando la sociedad. Puede ser que la Carta chilena sea una mezcla de ambas aprensiones.

1.2. Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente

1. La Constitución chilena ha tenido una historia compleja. Su contexto inmediato es la dictadura militar y, con el paso de los años, la fuerza normativa de lo fáctico produce sus frutos y, tras sucesivas reformas, poco a poco se ha ido acercando a lo que debiera ser una Constitución democrática.

El 11 de septiembre de 1973, la irrupción militar provoca un quiebre político-institucional, pero también un cisma para la interpretación de la historia. La intervención golpista no supone una breve interrupción del sistema democrático en vistas de restablecer la institucionalidad resquebrajada sino que es más bien una refundación del Estado de Chile. “Se trata de un proyecto de reestructuración global que rompe violentamente con la tradición de la sociedad chilena, tanto en el nivel de las relaciones económicas como en cuanto a la naturaleza del Estado e, incluso, las concepciones ideológico-culturales predominantes”¹⁹. De ahí la necesidad de barrer con la Constitución de 1925 y elaborar una nueva Constitución que responda a los nuevos paradigmas en los cuales descansará la institucionalidad.

Es posible realizar una crítica a la Constitución desde una doble perspectiva: una crítica formal, especialmente al procedimiento de aprobación original

matividad en un instrumento de coacción sobre los ciudadanos que estabiliza la intervención de los gobernantes (cf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1976, pp. 216-222; GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio, “La idea de Constitución en Karl Loewenstein”, en: *Revista de Estudios Políticos*, N° 139 (1965), pp. 92-96.

¹⁹ VERGARA, Pilar, “Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar”, en: GARRETÓN, Manuel Antonio *et al.*, *Chile 1973-1983*, Santiago, Flacso, 1983, p. 65. En cuanto al carácter revolucionario de la irrupción de las FFAA, cf. SALAZAR, Gabriel; PINTO, Julio, *Historia contemporánea de Chile*, pp. 99-100. De hecho, en esta obra existen abundantes referencias bibliográficas que postulan esta tesis.

y su entrada en vigor casi diez después de su promulgación, y una crítica sustantiva, que apunta a su contenido, especialmente lo que podríamos llamar “enclaves autoritarios” y el sincretismo epistemológico, que se traduce en un difícil acoplamiento de las diferentes vertientes políticas que nutren la Constitución.

En cuanto a las críticas sobre la forma de generación de la Constitución, dos son los cuestionamientos más significativos que se pueden realizar: la autoatribución del poder constituyente por parte de la Junta de Gobierno y el plebiscito “ratificatorio” de 1980.

1.2.1. La autoatribución del Poder Constituyente por la Junta de Gobierno

Como hemos visto, la Junta militar que se instala en el gobierno en 1973, por medio de los DL 1, 128 y 788 se autoatribuye el poder constituyente. De ahí entonces, la Junta se ubica por sobre la Constitución y el derecho, ya que de ella depende su generación y aplicación, sin que exista un mínimo control sobre sus actos²⁰.

Asimismo, este proceso de elaboración de la Constitución no solo no es democrático sino que no cumple con los mínimos de una norma fundamental: no se divide el ejercicio del poder (la Junta concentra los poderes constituyente, ejecutivo y legislativo), no consagra efectivamente el principio de legalidad (los actos de la Junta se encuentran autorregulados) y no hay garantía real y efectiva para el ejercicio y protección de los derechos fundamentales. De ahí que durante los años de historia no democrática de la Carta (1980-1990) no se pueda hablar de un régimen constitucional ni tampoco de un poder constituyente²¹.

¿Cuál es el fundamento de la Junta para dotarse a sí misma del poder constituyente? Para el desarrollo de la normativa de la Junta, un importante rol cabe al abogado JAIME GUZMÁN ERRÁZURIZ quien, desde muy temprano, se transforma en estrecho colaborador de los militares. Según CRISTI, GUZMÁN accede a la noción de poder constituyente a través de juristas españoles como SÁNCHEZ AGESTA, quien a su vez depende teóricamente de SCHMITT²².

²⁰ Cf. BASSA MERCADO, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Santiago, LexisNexis, 2008, p. 37.

²¹ Cf. *Ibid.*, pp. 37-38.

²² Cf. CRISTI, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, Santiago, LOM ediciones, 2000, p. 77. Presentar el pensamiento de CARL SCHMITT es una tarea que me excede absolutamente. No creo ni siquiera oportuno presentar una síntesis de sus postulados, ante la imposibilidad de ser fiel y riguroso en la exposición. Sin embargo, a partir de las reflexiones de SÁNCHEZ AGESTA podemos acercarnos a las ideas del jurista alemán. Lo anterior porque este trabajo no trata sobre la teoría política de ambos autores sino acerca de la construcción normativa de la dictadura militar y cómo la autoatribución del poder constituyente obedece a una *ratio*.

El tema del poder constituyente, de suyo vasto y complejo, no es objeto de este trabajo, pero para comprender la crítica a la autoatribución del poder constituyente por parte de la Junta militar, es necesario que me refiera, aunque sea brevemente, por SÁNCHEZ AGESTA.

La recepción del pensamiento de SCHMITT en España data de mucho tiempo, siendo el año 1931 la primera vez que una de sus obras es traducida al castellano²³. De ahí en adelante, no solo continúan las traducciones de sus obras, sino que una institución, el Instituto de Estudios Políticos, se transforma en importante receptor y difundidor del pensamiento de SCHMITT en España²⁴. En el caso de SÁNCHEZ AGESTA, este reconoce el mérito de SCHMITT de fundar sus investigaciones en una teoría de la política, aunque se muestra distante en torno a ciertos postulados. Sin embargo, incluso sometiendo a crítica el pensamiento schmittiano, SÁNCHEZ AGESTA incorpora la consideración de la Constitución como norma, como decisión y orden concreto, la noción de dictadura, las referencias al decisionismo y al concepto de lo político²⁵.

Cabe recordar que esas ideas tendrán gran impacto en la España de Franco, especialmente por la relevancia que en esa teoría adquiere la noción de poder constituyente. En efecto, la situación revolucionaria que se desencadena en España en julio de 1936 es terreno fértil para que se manifieste esa noción en toda su efectividad²⁶. De hecho, el 24 de julio de 1936 se constituye una Junta de Defensa Nacional, la que en septiembre de 1936 “declina sus poderes para establecer un poder unitario supremo, político y militar, al que se atribuyen ‘todos los poderes del nuevo Estado’ y que se imputa a una persona determinada, el general de división, don Francisco Franco Bahamonde”²⁷.

La influencia de SCHMITT en SÁNCHEZ AGESTA se advierte en la definición que este da al Poder Constituyente: “la voluntad capaz de decidir sobre el contenido de un orden es el *poder constituyente genuino*, como actividad política pura aprehendida en su pura esencia de crear un orden”²⁸. Esta definición, que pone el acento en el carácter revolucionario de la voluntad, está marcada por el decisionismo, ya que la fuente de la que emana la organización de una comunidad es la voluntad del Constituyente, la que al ser acción revolucionaria no tiene carácter normativo sino que puramente fáctico²⁹.

²³ Cf. GÓMEZ ORFANEL, Germán, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 15.

²⁴ Cf. *Ibid.*, p. 17. Según este autor, también es posible advertir esta influencia en publicaciones de la Universidad de Navarra: *Arbor y Nuestro Tiempo*.

²⁵ Cf. *Ibid.*, p. 23.

²⁶ Cf. CRISTI, Renato, *El pensamiento político...*, p. 108.

²⁷ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1980, pp. 476-477.

²⁸ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Lecciones de Derecho Político* –4ª edición–, Granada, 1951, p. 326.

²⁹ Cf. CRISTI, Renato, *El pensamiento político...*, p. 110. La cursiva es del autor.

La voluntad del poder constituyente se encuentra más allá de todos los poderes constituidos y más allá de todas las razones que puedan fundar un derecho al ejercicio del poder; es pura facticidad histórica³⁰. De ahí que puestos a caracterizar al Poder Constituyente se vislumbran al menos tres notas distintivas. La primera es que el poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior, ya que su fundamento es de carácter trascendente al ordenamiento jurídico positivo, siendo el derecho a la revolución un derecho que en estas esferas tiene cabida. En segundo lugar, el poder constituyente se caracteriza por su eficacia actual, es decir, quien invoca este Poder debe encontrarse en condiciones, por la fuerza que dispone o la autoridad que reviste, de realizar esa creación del orden frente a eventuales fuerzas opositoras. Por último, el poder constituyente es actividad creadora o transformadora del orden, lo que entraña violencia jurídica, por lo tanto, no se trata de defender un orden (su acción no es conservadora) sino que renovadora³¹.

Destacan de las propuestas de SÁNCHEZ AGESTA, al menos dos cuestiones. La primera es la importancia que da al carácter revolucionario del Poder Constituyente, un poder que irrumpe y quiebra el orden establecido. La segunda es que este poder se impone fácticamente, con independencia del derecho ya que su propósito es fundacional, apreciándose la tensión entre normativismo y decisionismo.

Por lo mismo, no es de extrañar la indiferencia con que SÁNCHEZ AGESTA se enfrenta a la pregunta por el titular de este poder: “es natural que las investigaciones sobre este tema se propongan como cuestión principal quien sea por derecho propio el *titular del poder constituyente*. Si existe o no un derecho al ejercicio de este poder es una cuestión en la que no queremos entrar aquí”³². Simplemente emite un juicio que pretende ser una constatación de la realidad: “titular del poder constituyente no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente, *quien puede*, esto es, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden”³³.

En obras posteriores, SÁNCHEZ AGESTA insiste en la definición del poder constituyente, sin embargo, reconoce la importancia que tiene en la actualidad el hecho que el titular del poder sea la comunidad, señalando que “la concepción hoy aceptada atribuye a esta doctrina del poder constituyente a la comunidad como pueblo o nación soberana”³⁴. No obstante, es una opinión que se

³⁰ Cf. SÁNCHEZ AGESTA, L., *Lecciones de Derecho Político*, p. 339.

³¹ Cf. *Ibid.*, pp. 340-341. La influencia de SCHMITT en esta argumentación se percibe en la propia cita que realiza el autor a los postulados defendidos por el jurista alemán (cf. p. 341).

³² *Ibid.*, p. 342. La cursiva es del autor.

³³ *Ibid.*, p. 342. Si bien esta afirmación pareciera constituir una simple lectura de la realidad, tras ella se esconde una cosmovisión política que no ha sido explicitada: el rechazo al republicanismo propio de las corrientes liberales.

³⁴ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Curso de derecho constitucional...*, p. 50.

funda en un análisis de la reflexión política de los sistemas democráticos, no una propuesta personal que responda a su propia convicción. Al mismo tiempo, añade que el problema de la titularidad no es un tema de derecho sino que de la filosofía política³⁵.

La reflexión previa obedece a la conexión que existe entre la dictadura militar chilena y la búsqueda de fundamentos a la autoatribución del poder constituyente, porque, como señala CRISTI, los conceptos de SCHMITT son recibidos por los constitucionalistas chilenos de las obras de juristas españoles³⁶.

Como se ha señalado, a JAIME GUZMÁN le cabe un importante rol en la asesoría jurídica de la Junta militar y la impronta de SCHMITT es parte de su ideario político. “De hecho, la concepción schmittiana del Poder Constituyente le permite construir el régimen de Pinochet como una dictadura absoluta y no meramente comisaria. Como dictador soberano o absoluto, Pinochet elimina la totalidad del orden constitucional existente y genera una nueva Constitución”³⁷.

Al igual que en la dictadura encabezada por Franco, la dictadura chilena se caracteriza por la concentración del poder total. Para construir una nueva institucionalidad y justificar su ejercicio del poder necesitaban una *ratio* que diera razón a sus actuaciones, y la encuentran en los postulados recibidos por SÁNCHEZ AGESTA. Con todo, la identificación del poder constituyente con una fuerza que cambia el orden fácticamente envuelve algunos peligros que es necesario señalar.

³⁵ Cf. *Ibid.*, p. 50. Recordamos la íntima conexión entre derecho y política. La opinión que desliza el autor nos recuerda a la Teoría de sistemas y su postulado de la clausura operativa de ellos, cuestión discutible, toda vez que las normas que establecen las orientaciones y principios en una Constitución beben de una cosmovisión política de la realidad.

³⁶ Cf. CRISTI, Renato, *El pensamiento político...*, p. 108.

A pesar de su juventud, en 1962 GUZMÁN ya manifestaba su admiración por el régimen español y se anticipan ciertas concepciones ideológicas más adelante afinadas, como su tradicionalismo católico y el rechazo de los partidos políticos como forma de representación. Por ejemplo, en un discurso escolar señala que “la Providencia Divina salvó a España, y el Movimiento Nacional triunfó en 1939, quedando como caudillo de España el generalísimo Francisco Franco... y esta organización corporativa, de la cual habla muy favorablemente la reciente encíclica *Mater et Magistra*, está en los principios del Movimiento Nacional... En resumen, toda España articulada en sus entidades naturales y profesionales, está representada en las Cortes, cuya composición ofrece una imagen más fiel que la resultante de un sufragio inorgánico” (texto citado en SALAZAR, Manuel, *Guzmán, quién, cómo, por qué*, Santiago, Ediciones BAT, p. 229). O claramente su admiración por el régimen franquista, tras su recorrido por Europa, también en 1962: “estoy archifranquista, porque he palpado que el generalísimo es el Salvador de España, porque me he dado cuenta la insigne personalidad que es, lo contenta que está la gente con él, lo bien que se trabaja y el progreso económico que se advierte. Y que conste que en España hoy hay libertad absoluta, entendida y orientada al bien común y no a satisfacer el absurdo principio de la Revolución Francesa ‘Liberté’ que tiende al libertinaje. ‘No hay libertad sino dentro de un orden’, ha dicho Franco” (se trata de una carta a su madre enviada desde Lisboa. Texto tomado de GUZMÁN ERRÁZURIZ, Rosario, *Mi hermano Jaime*, Santiago, Editorial Ver, 1991, p. 80).

³⁷ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La República en Chile*, Santiago, LOM ediciones, 2006, p. 175.

Lo primero es que al omitir la pregunta por el titular de la fuerza (del poder constituyente), esta omisión puede justificar la irrupción violenta de cualquier tipo de poder fáctico. De ahí que las dictaduras encuentran en este tipo de pensamiento una fuente de legitimidad a su actuar, escudándose en el derecho de revolución. Sin embargo, nuevamente queda sin respuesta la pregunta por la titularidad del ejercicio de los derechos, porque quién detenta el derecho a la revolución y en qué condiciones este derecho se ejerce legítimamente. Por lo mismo, ante la indiferencia por la titularidad de Poder constituyente, nada obsta que el ejercicio de la fuerza esté a cargo de un poder oligárquico o incluso monocrático.

Lo segundo es que si bien el sistema democrático es una conquista cultural, ha demostrado a lo largo de la historia ser un sistema eficiente y, sobre todo, el que mayor importancia concede al respeto y promoción de los derechos fundamentales, cuestión que no se puede afirmar tratándose de los regímenes dictatoriales. Por lo mismo, no son indiferentes los pilares sobre los cuales reposa la institucionalidad de un Estado. Las premisas que propone GUZMÁN en el caso de Chile, dieron lugar no solo a un régimen autoritario con rasgos monocráticos, sino que justificaron la irrupción de una dictadura que hizo del miedo y el terror un vehículo de control político y que violó sistemáticamente los derechos fundamentales de las personas³⁸.

En tercer lugar, quisiera señalar que me ubico entre los que afirman que no cualquier poder que genera una Constitución es poder constituyente, sino que la Constitución es fruto de un pacto que refleja el consenso social entre las diferentes fuerzas vivas de la comunidad y que tiende a regular los aspectos sustantivos de la vida en común. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA “en la Constitución ha de expresarse el principio de la autodeterminación política

³⁸ Cf. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago, febrero de 1991; COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, *Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*, Santiago, noviembre de 2004.

Este último Informe en la Introducción señala que “más de treinta mil personas han desfilaro frente a nosotros, las hemos visto y las hemos escuchado. Más de treinta mil personas se han atrevido a acercarse a nuestras oficinas o a responder a nuestros llamados en regiones. Y más de treinta mil veces hemos escuchado el estupor, el temor, la impotencia que aún genera la dignidad violada por agentes del Estado, de quienes se espera –o debería esperarse– respeto a las personas, protección a los débiles y un escrupuloso cumplimiento de la ley. Así nos hemos dado cuenta, en primera persona, de que la corrupción del poder es la peor de las corrupciones, pues termina minando las bases de la credibilidad esencial que todo ciudadano aguarda de las instituciones del Estado” (pp. 9-10). Agrega que “la represión política –fusilamientos sumarios, tortura sistemática, privación arbitraria de libertad en recintos al margen del escrutinio de la ley, conculcación de derechos humanos fundamentales– operó desde el 11 de septiembre hasta el fin del gobierno militar, aunque con grados de intensidad variables y con distintos niveles de selectividad a la hora de señalar a sus víctimas. El Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación ofrece valiosa y concluyente información al respecto al identificar la institucionalidad del aparato represor, el ámbito de sus actividades, sus métodos y sus procedimientos refinados con el tiempo, así como los lugares en donde se ejercieron tareas coercitivas” (p. 191).

comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivativo de la Constitución, así como el principio de la limitación de poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales”³⁹.

Por último, hago mías las palabras de RUIZ-TAGLE, quien señala que “lo fundamental de la obra schmittiana es su oposición a los ideales del constitucionalismo democrático y liberal. Aceptar acriticamente las ideas de Schmitt significa estrechar la posibilidad de desarrollar un pensamiento jurídico respetuoso de la tradición constitucional republicana”⁴⁰.

1.2.2. *El plebiscito “ratificatorio” de septiembre de 1980*

El 11 de septiembre de 1980 se llevó a cabo un plebiscito destinado a obtener la ratificación ciudadana a la Carta presentada por la Junta militar. Digo “ratificar” y no “aprobar” en atención a que la ciudadanía no detentaba el poder constituyente, por lo mismo, mal podía generarla un cuerpo que no detentaba la autoridad para hacerlo. Así lo hacen notar en carta enviada a un periódico de circulación nacional, un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En ella, ese grupo de académicos, entre los que se cuenta JAIME GUZMÁN, pretende explicar el sentido de la decisión de la Junta de convocar a plebiscito. Este no es un plebiscito democrático en el que se exprese la voluntad del pueblo, sino que una simple consulta popular, sin valor vinculante y cuyos efectos los decidirá, en definitiva, el detentador del poder constituyente (la Junta). Dice la Declaración que “en consecuencia, bien pudo la Honorable Junta de Gobierno, en cuanto titular del Poder Constituyente originario, haberse limitado en su ejercicio a los estudios efectuados por la Comisión Constituyente, el Consejo de Estado y ella misma y haber dictado y puesto en vigencia la nueva Constitución sin más trámite. Luego, mal puede restarse validez a la convocatoria a plebiscito que por razón de prudencia y no de necesidad jurídica se ha estimado del caso llevar a cabo”⁴¹.

Según la visión descrita, el plebiscito se reduce a una mera consulta sin poder vinculante, sin embargo, están los que atribuyen al plebiscito un carácter

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª edición, Madrid, Civitas, 2006, p. 51.

⁴⁰ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La República en Chile*, p. 160.

⁴¹ GAETE ROJAS, Sergio *et al.*, “Declaración de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la convocatoria a plebiscito para ratificar la Constitución”, en: *El Mercurio*, Santiago, 24 de agosto de 1980, p. C.4. Según CRISTI, la Declaración confirma la interpretación schmittiana de la génesis de la Constitución del 80 y pone de relieve el papel revolucionario que tiene la noción de Poder Constituyente que se arroga la Junta. También se confirma la naturaleza no democrática del plebiscito, pues en su convocatoria no se busca reactivar el Poder Constituyente del pueblo, sino que se trató de una mera consulta popular adventicia sin efecto constituyente (cf. CRISTI, Renato, *El pensamiento político...*, pp. 97-98).

aprobatorio de la Constitución⁴². No obstante, esta consulta genera una serie de interrogantes, tanto por los efectos que se le atribuyen al plebiscito como por el mismo procedimiento de consulta.

Respecto a lo primero, están los que no le otorgan efecto alguno al plebiscito (profesores de la PUC) y los que consideran que el plebiscito constituye el acto de aprobación de la Constitución (véase nota 42). A estos efectos, parece más razonable la postura que niega valor al plebiscito, por cuanto no hay restitución al pueblo del poder constituyente y no quedan claros los efectos que producirá el plebiscito en el evento de triunfar la alternativa NO.

En relación a lo segundo, el procedimiento de consulta de 1980 presentó diversas irregularidades que impiden que pueda ser calificado como una manifestación libre de la comunidad. Por de pronto, se realizó estando vigente un estado de excepción constitucional (estado de emergencia), en un período de profunda represión y violación sistemática de los derechos fundamentales, suspensión y/o restricción de los derechos de asociación y reunión, inexistencia de registros electorales, entre otras⁴³.

De esta suerte, el plebiscito presenta una magnitud de irregularidades, además de pretender vestir con ropas demócratas a una Constitución que no lo es y que, desde 1981 hasta 1990 solo será Constitución semántica, habida cuenta que serán las disposiciones transitorias las que regirán durante este período, que también se caracteriza por el mantenimiento de la dictadura, permanentes estados de excepción constitucional, violación de los derechos fundamentales,

⁴² Sin ser una lista exhaustiva, Cf. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, p. 79; CARRASCO DELGADO, S.: "Génesis de la Constitución de 1980", op. cit, p. 54; URZÚA VALENZUELA, Germán, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 80-81; SILVA BASCUÑÁN, Antonio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo III, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 271, en nota 1.

Tratándose de ALVEZ MARÍN, no solo con ligereza habla de la aprobación de la Carta por medio del plebiscito sino que además, para revestirlo de legitimidad, acude al porcentaje de abstención que el plebiscito de aprobación de la Constitución de 1925, como si se tratara de dos procesos ligeramente análogos: cf. ALVEZ MARÍN, Amaya, "El ejercicio del poder constituyente...", p. 42.

En el caso de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, otorga al plebiscito el carácter de ratificatorio, sin embargo, no se detiene en el problema de la detentación del Poder Constituyente (cf. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Origen, legitimidad...", p. 326).

Con todo, el DL 3464 señala que "la Junta de Gobierno de la República de Chile, en ejercicio de la potestad constituyente, ha acordado aprobar como nueva Constitución Política de la República de Chile, sujeta a ratificación por plebiscito", es decir, la ciudadanía será convocada a ratificar la Carta. Pero esto no queda del todo claro dado que no hay restitución del poder constituyente al pueblo (cf. DL 3464, de 8 de agosto de 1980, aprueba nueva Constitución Política y la somete a ratificación por plebiscito, *Diario Oficial*, Santiago, 11 de agosto de 1980; DL 3465, de 8 de agosto de 1980, convoca al Plebiscito dispuesto en artículo final del decreto ley Nº 3.464 de 1980 y señala las normas a las cuales se sujetará, *Diario Oficial*, 12 de agosto de 1980).

⁴³ Cf. BASSA MERCADO, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho*, p. 39. También puede verse PALMA GONZÁLEZ, Eric, "De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años historia constitucional", en: *Revista Derecho y Humanidades*, Nº 13 (2008), pp. 48-49.

transformación del sistema productivo y de los paradigmas históricos del Estado. Por lo mismo, surge la pregunta en relación a la legitimidad de la Constitución chilena, asunto que presento a continuación.

1.3. La problemática cuestión de la legitimidad de la Constitución chilena

Durante largos años la cuestión de la legitimidad de la Constitución chilena no fue tema de debate. La Constitución ha sido aceptada como un *factum* del que no nos podemos sustraer, lo mismo que todo el *corpus* normativo fruto de la dictadura militar, especialmente la legislación irregular de los años 1973-1981. Al parecer, la fuerza normativa de lo fáctico unido a lo que SALVAT llama “prudente gobernabilidad sistémica” han generado un asentimiento colectivo acrítico frente a la historia político-constitucional reciente⁴⁴. Ejemplo de ello es la postura del ex Presidente de la República, Patricio Aylwin, para enfrentar y derrotar en las urnas al gobierno dictatorial. Dice que “puestos a la tarea de buscar una solución, lo primero es dejar de lado la famosa disputa sobre la legitimidad del régimen y su Constitución. Personalmente yo soy de los que considera ilegítima la Constitución de 1980... (pero) esa Constitución –me guste o no– está rigiendo. Este es un hecho de la realidad que yo acato”⁴⁵.

Sin embargo, la aceptación de una realidad que se impone no impide la mirada crítica al fenómeno. Me cuento entre los que creen que, tratándose de la Constitución chilena, su procedimiento, tanto de elaboración como de aprobación inicial y su contenido original merecen una opinión negativa que es necesario hacer presente.

Como señalé anteriormente, la Junta militar se autoabribuyó el poder constituyente y fundan esta facultad en los postulados propuestos por SÁNCHEZ AGESTA y SCHMITT, que autorizan la intervención de una fuerza revolucionaria cuando la realidad fáctica así lo amerita. Encontrando una *ratio* que la funde, la dictadura militar no escatima normativa para fundar un nuevo régimen. Sin embargo, y a pesar de justificar doctrinariamente su actuar y su misión al futuro, persiste una serie de problemas: por qué ha de ser legítima la conquista del poder de esa manera, quién apoya esa irrupción violenta, ¿acaso las FFAA son diputadas de la comunidad política? Según PALMA, “el Golpe de Estado de septiembre de 1973 es una manifestación histórica más de una práctica que tiene larga data en la historia republicana chilena, a saber, la realización de una oposición política tanto dentro de los márgenes de la legalidad como de la ilegalidad (en que)... la opción por la ilegalidad supone en los actores políticos

⁴⁴ Cf. SALVAT BOLOGNA, Pablo, *El porvenir de la equidad*, Santiago, LOM Ediciones/Universidad Alberto Hurtado, 2002, pp. 195-196.

⁴⁵ Cita recogida del capítulo “Tupahue: transición, hora cero” en: OTANO GARDE, Rafael, *Nueva crónica de la Transición*, 2ª edición, Santiago, LOM ediciones, 2006, p. 21.

una gran desconfianza en el sistema democrático y una apuesta por las soluciones de fuerza”⁴⁶.

Se ha sostenido que el Golpe de Estado y la dictadura militar encuentran su legitimación en el masivo respaldo de la ciudadanía⁴⁷. No obstante, si bien el Gobierno de la UP fue resistido por importantes fuerzas opositoras, no es menos cierto que, a la fecha del Golpe, el Gobierno contaba con una importante adhesión popular. Recordemos que Allende fue electo en 1970 con un 36,3% de los votos. En marzo de 1973 se realizan elecciones para renovar el Congreso Nacional y la votación de la lista de la UP asciende al 43,4% de los votos, es decir, aumenta considerablemente el volumen de votos la coalición gobernante. Insisto, el Gobierno de Allende contaba con una oposición decidida, pero no se puede justificar el Golpe por un reclamo mayoritario del pueblo de Chile, porque los resultados de las elecciones de 1973, a meses de ese episodio, lo desmienten. Por ello, la autoatribución de poder constituyente por parte de la Junta no se puede justificar ni siquiera desde la perspectiva del derecho a la revolución, dado que no es la comunidad quien reclama el cambio de gobierno sino que se trata, más bien, de una simple irrupción de un poder fáctico que cuenta con el apoyo de la fuerza armada.

Además, en la génesis de la Constitución chilena no se ha verificado ningún elemento participativo o democrático y la ciudadanía se encuentra completamente ausente—claro está, porque no detentaba el poder constituyente⁴⁸—, por lo mismo, las diferentes instancias que intervienen en la elaboración de la Comisión carecen de representatividad y pluralidad ideológica. “No hay en el seno de la Comisión de Estudios, ni en el Consejo de Estado, ni en la Junta de Gobierno, espacio para la disidencia respecto de la política oficial del régimen”⁴⁹.

Al mismo tiempo, procedimentalmente se acude al pueblo para legitimar la Carta (como ratificador de lo ya aprobado), sin perjuicio que no están claras

⁴⁶ PALMA GONZÁLEZ, Eric, “De la Carta otorgada de 1980...”, p. 50.

⁴⁷ En el famoso discurso de Pinochet en Chacarillas, con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977, él mismo señalaba que “hace muy poco, de nuevo el pueblo chileno supo reeditar durante tres años de heroica lucha en contra de la inminente amenaza de totalitarismo comunista, aquel supremo grito de guerra de la Batalla de la Concepción: ‘los chilenos no se rinden jamás’. Y cuando acudiendo al llamado angustioso de nuestra ciudadanía, las Fuerzas Armadas y de Orden, decidieron actuar el 11 de septiembre de 1973, nuevamente nuestra tierra fue regada por la sangre de muchos de nuestros hombres, que cayeron luchando por la liberación de Chile”, es decir, Pinochet se cree depositario de un mandato popular que reclamó la destitución del gobierno constitucional (PINOCHET UGARTE, Augusto, *Discurso del general Augusto Pinochet en cerro Chacarillas con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977*, [en línea] p. 1, [citado el 21 de marzo de 2007], http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0003.pdf).

⁴⁸ Aunque según CARRASCO, el Consejo de Estado “formuló un llamado a la opinión, para que quien lo deseara presentara observaciones y sugerencias. Se recibieron, aproximadamente 150 indicaciones” (CARRASCO DELGADO, Sergio, “Génesis de la Constitución de 1980”, p. 49).

⁴⁹ PALMA GONZÁLEZ, Eric, “De la Carta otorgada de 1980...”, p. 55.

las razones para el pronunciamiento popular ni los efectos que produce dada la supresión de todos los mecanismos representativos⁵⁰. Sobre este mismo punto, señala BARROS que en agosto de 1980, cuando la Constitución fue presentada públicamente, la Carta no puede ser separada de su origen autoritario y su contexto: la Constitución ha sido impuesta desde arriba y los organismos que la prepararon trabajaron a puertas cerradas; la “Junta” la integran cuatro comandantes militares no elegidos. Además, la única participación ciudadana fue en un dudoso plebiscito en medio de un estado de emergencia. De igual modo, no hizo nada para alterar el carácter dictatorial del régimen, pues las disposiciones transitorias permiten que Pinochet continúe ocho años más en el poder, le dieron mayores poderes represivos y la Junta militar, junto con ser poder ejecutivo, le cabe la tarea de legislar. De ahí que en su génesis y por los efectos que produce, la Constitución de 1980 aparece como obra maestra de Constitución autoritaria⁵¹.

Al parecer, el afán refundador requería de instrumentos normativos, de ahí que es necesario comenzar a institucionalizar un régimen político hecho a la medida, para al menos dar una apariencia de legitimidad (legal) a la situación de autoritarismo político-militar implantado a la fuerza en septiembre de 1973⁵².

Por supuesto, lo que recojo en las anteriores líneas es un tema que es analizado por otros autores desde la perspectiva de una legitimidad de la Constitución.

Uno de los argumentos sostenidos por estos apunta a describir el contexto histórico previo al Golpe militar de 1973, señalando que la institucionalidad chilena se encontraba destruida (o el orden constitucional estaba quebrantado) y que todo el sistema se desplomaba, incluida una crisis política, moral, económica, social, institucional⁵³.

Tratándose del plebiscito de septiembre de 1980, hay algunos que efectúan un análisis comparativo entre los plebiscitos asociados a las Constituciones de 1925 y 1980, señalando que en el *referendum* de 1980 al contar con una alta

⁵⁰ Por el Bando N° 29 de 14 de septiembre de 1973, la Junta militar había clausurado el Congreso Nacional. La Junta recurriría al concepto jurídico del bando (según el Diccionario de la RAE, bando es un “edicto o mandato solemnemente publicado de orden superior”. El concepto jurídico de bando tiene escaso desarrollo en la legislación chilena y de hecho no es reconocido como fuente de derecho en las constituciones. En las leyes vigentes del 11 de septiembre de 1973, los bandos solo aparecen mencionados en el Código de Justicia Militar y en la Ley de Seguridad Interior del Estado, en preceptos cuya constitucionalidad nunca fue unánimemente aceptada (cf. GARRETÓN MERINO, Roberto *et al.*, *Por la fuerza, sin la razón. Análisis y textos de los bandos de la dictadura militar*, Santiago, LOM ediciones, 1998, p. 21. El bando propiamente puede verse en p. 86).

⁵¹ cf. BARROS, Robert, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2002, p. 217.

⁵² Cf. CHAPARRO, Patricio y CUMPLIDO, Francisco: “El proceso de toma de decisiones...”, p. 39.

⁵³ Cf. ALVEZ MARÍN, Amaya, “El ejercicio del poder constituyente...”, p. 42; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “La Constitución de 1980, hija de su tiempo”, en: *Actualidad jurídica*, N° 4 (2001), p. 12. 28.

participación ciudadana, la que abrumadoramente se decantó a favor de la opción SÍ, por ese solo hecho la Constitución *otorgada* en 1980 tendría mayor legitimidad que la de 1925⁵⁴.

Asimismo, otros miran la legitimidad de la Carta Fundamental desde la perspectiva del paso del tiempo. Aceptan la razonabilidad de las críticas que se efectúan al proceso de gestación de la Constitución, sin embargo, con el paso de los años, especialmente a partir de las reformas de 1989, la comunidad política y sus representantes aceptan la Constitución como la Norma Fundamental de la República de Chile, sin perjuicio de reconocer la necesidad de reformarla en lo sucesivo, a fin de transformarla en una Constitución claramente democrática⁵⁵.

En relación a las dos primeras razones que pretenden legitimar la Constitución chilena, es necesario hacer presente un par de consideraciones.

En relación a la primera (el contexto histórico), es discutible la afirmación de la destrucción del orden institucional y la crisis sistémica. No discuto la crisis existente, pero no se pueden desconocer que en Chile y la Constitución de 1925 existían los medios institucionales para dar solución a la convulsión política y social.

Sobre la segunda (el plebiscito), son dos procesos que no se pueden analogar. Independiente de la veracidad del dato cuantitativo, las condiciones en las cuales se realizó el plebiscito de 1925 son propias de un procedimiento democrático y transparente, cuestión que no podemos afirmar para el plebiscito de 1980.

La tercera de las razones apuntadas para dotar de legitimidad a la Constitución es la más sustantiva. Efectivamente, siendo el derecho constitucional el más político de las disciplinas del derecho, papel relevante en estos asuntos cabe a la fascinación que supone la fuerza normativa de lo fáctico para interpretar la categorías constitucionales que emergen con independencia de la legalidad existente. Es verdad que en ocasiones el Derecho puede mirar desde la retaguardia el progreso de la sociedad y, también es cierto, que hay sucesos históricos que han supuesto la irrupción de fuerzas vivas que provocan un quiebre de las instituciones. No obstante, no será idéntica la evaluación si la irrupción de las fuerzas vivas que implican un quiebre institucional cuenta con el asentimiento de la comunidad que en aquellos casos en que la aceptación popular se encuentra ausente o simplemente se trata de una irrupción contramayoritaria.

En el caso de Chile, las reformas a la Constitución que se inician en 1989 constituyen una exigencia para permitir que la institucionalidad transcurra bajo canales mínimamente democráticos y, aunque el poder constituyente ha

⁵⁴ Cf. ALVEZ MARÍN, Amaya, "El ejercicio del poder constituyente...", p. 42; CRUZ-COKE OSSA, Carlos, "Constitucionalismo chileno y su evolución", p. 587.

⁵⁵ Cf. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Origen, legitimidad...", pp. 328-377; CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, p. 79.

sido restituido a su legítimo detentador, el pueblo, la rigidez del proceso de reforma constitucional y la cantidad de “enclaves autoritarios” impiden que se pueda afirmar que la Constitución chilena es propia de una democracia, en que el proceso democrático se caracterice por un proceso deliberativo y representativo por parte de los ciudadanos. De esta suerte, la eficacia de la facticidad ha favorecido la implantación de una Constitución que, tanto por su rigidez como por una “prudencia política” cercana al temor, no es representativa de la madurez política de la sociedad chilena.

En el fondo, la Constitución encierra una profunda desconfianza del modelo liberal de democracia⁵⁶. De ahí que comparto lo que afirma QUINZIO FIGUEIREDO al señalar que “la actual Carta Política de 1980 no cumple el requisito de ser expresión de un gran acuerdo democrático; por el contrario, fue generada en forma democrática e ilegítima y solo ha sido legitimada por las circunstancias y los hechos... El único camino que genera una Constitución Política democrática, perdurable, eficaz, es el Poder Constituyente emanado de la voluntad popular”⁵⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVEZ MARÍN, Amaya, “El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la Historia política institucional chilena” en: *Revista de Derecho*, N° 212, vol. I (2002), pp. 33-45.
- BARROS, Robert, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2002.
- BASSA MERCADO, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Santiago, LexisNexis, 2008.
- CARRASCO DELGADO, SERGIO, “Génesis de la Constitución de 1980”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 29-30 (1981), pp. 35-65.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional chileno*, Tomo I, 2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008.
- CHAPARRO, Patricio; CUMPLIDO, Francisco, “El proceso de toma de decisiones en el con-

⁵⁶ Sobre la desconfianza a la democracia liberal como sistema, véase el análisis que al respecto realiza PALMA: cf. PALMA GONZÁLEZ, Eric, “De la Carta otorgada de 1980...”, pp. 51-55.

Este autor afirma claramente la ilegitimidad de la Constitución: “carece la Carta otorgada en 1980 de toda legitimidad democrática en la medida en que: 1. En su gestación estuvieron privados los sectores disidentes al Régimen; 2. Se aprobó en un período en el que imperaba la represión de todo tipo de oposición...; 4. Estatuyó un modelo de gestión política calificado como democracia autoritaria, protegida, tecnificada, integradora, impersonal, opuesto a la gestión del movimiento popular de la cosa pública; 5. Se consagró en ella un régimen económico que beneficia principalmente a un sector minoritario de la sociedad chilena” (*Ibid.*, p. 56).

⁵⁷ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, “¿Reformas a la Constitución Política o una nueva Constitución Política? Chile necesita una Constitución generosa” en: *Revista de Derecho*, N° 212, vol. I (2002), p. 176.

- texto político militar-autoritario chileno. Estudio de dos casos”, en: GARRETÓN, Manuel Antonio *et al.*, *Chile 1973-198?*, Santiago, Flacso, 1983, pp. 25-48.
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago, febrero de 1991.
- COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, *Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*, Santiago, noviembre de 2004.
- CORREA SUTIL, Sofía, “La democracia que tuvimos, la democracia que no fue” en: *Revista de Sociología*, N° 14 (2000), p. 117-120.
- CRISTI, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, Santiago, LOM ediciones, 2000.
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La República en Chile*, Santiago, LOM ediciones, 2006.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, “Constitucionalismo chileno y su evolución”, en: *Actualidad Jurídica*, N° 20, tomo II (2009), pp. 547-575.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: “Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución” en: *Revista de Derecho*, N° XXII, vol. 1 (2001), p. 321-340.
- GAETE ROJAS, Sergio *et al.*, “Declaración de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la convocatoria a plebiscito para ratificar la Constitución”, en: *El Mercurio*, Santiago, 24 de agosto de 1980, p. C.4.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª edición, Madrid, Civitas, 2006.
- GARRETÓN MERINO, Roberto *et al.*, *Por la fuerza, sin la razón. Análisis y textos de los bandos de la dictadura militar*, Santiago, LOM ediciones, 1998.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio, “La idea de Constitución en Karl Loewenstein”, en: *Revista de Estudios Políticos*, N° 139 (1965), pp. 73-98.
- GUZMÁN ERRÁZURIZ, Rosario, *Mi hermano Jaime*, Santiago, Editorial Ver, 1991.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- OTANO GARDE, Rafael, *Nueva crónica de la Transición*, 2ª edición, Santiago, LOM ediciones, 2006.
- PALMA GONZÁLEZ, Eric, “De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años historia constitucional”, en: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 13 (2008), pp. 41-66.
- PINOCHET UGARTE, Augusto, *Discurso del general Augusto Pinochet en cerro Chacarillas con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977*, [en línea] [citado el 24 de mayo de 2010], http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0003.pdf
- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, “¿Reformas a la Constitución Política o una nueva

Constitución Política? Chile necesita una Constitución generosa” en: *Revista de Derecho*, N° 212, vol. I (2002), p. 173-177.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “La Constitución de 1980, hija de su tiempo”, en: *Actualidad jurídica*, N° 4 (2001), p. 11-29.

SALAZAR, Gabriel; PINTO, Julio, *Historia contemporánea de Chile*, tomo I, Santiago, LOM ediciones, 1999.

SALAZAR, Manuel, *Guzmán, quién, cómo, por qué*, Santiago, Ediciones BAT.

SALVAT BOLOGNA, Pablo, *El porvenir de la equidad*, Santiago, LOM Ediciones/Universidad Alberto Hurtado, 2002.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1980.

———, *Lecciones de Derecho Político* —4ª edición—, Granada, 1951.

SILVA BASCUÑÁN, Antonio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo III, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

URZÚA VALENZUELA, Germán, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

VÉLIZ, Claudio, “Continuidades y rupturas en la Historia Chilena: otra hipótesis sobre la crisis chilena de 1973”, en: *Estudios Públicos*, N° 12, (1983), pp. 41-64.

VERGARA, Pilar, “Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar”, en: GARRETÓN, Manuel Antonio *et al.*, *Chile 1973-198?*, Santiago, Flacso, 1983, pp. 65-104.