



UNIVERSIDAD DEL BÍO-BÍO
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE PEDAGOGÍA EN HISTORIA Y GEOGRAFÍA

Constitución Política de la República de Chile de 1980

Un examen a su legitimidad

AUTOR:
Eduardo Jilabert Orellana

PROFESOR GUÍA:
Eduardo Peñafiel Peña

**“TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE PROFESOR EN EDUCACIÓN MEDIA EN
HISTORIA Y GEOGRAFÍA”**

CHILLÁN, 2010

“Si llegan a gobernar los adversarios, (que) se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhela, porque – valga la metáfora – el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes jueguen en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”

Jaime Guzmán Errázuriz

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Dedicado a mi hija, Amanda Jilabert Norambuena; a mi Patria, los Trabajadores; y a cada uno de los caídos en la lucha contra la tiranía, por un Chile soberano, justo y democrático.

Agradezco sinceramente a todos quienes hicieron posible de una u otra forma ésta investigación: especialmente a mi familia, por su apoyo incondicional durante mis años de Universidad; a mis amigas y amigos, compañeras y compañeros de lucha, por entregarme afecto y gratos momentos, y permitir compartir con ellos la esperanza de conquistar un Chile mejor; y a mi Profesor Guía, el Abogado Eduardo Peñafiel Peña, por su apoyo profesional.

Índice

	Pág.
Introducción	7
Marco Teórico Referencial	13
El Concepto de Constitución	13
Teorías sobre la Constitución	15
Tipos de Constituciones	21
Contenido de una Constitución	24
Evolución histórica del concepto Constitución y antecedentes del Constitucionalismo	25
Generación y Reforma de las Constituciones	34
El Poder Constituyente	35
Procedimientos formativos de la Constitución	41
Reforma Constitucional	44
La legitimidad de una Constitución Política	46
El concepto de Legitimidad	47
Teorías sobre el origen del poder político y su legitimidad	51
Debate entorno a la legitimidad de la Constitución Política de 1980	75
Planteamiento del problema	88
Objetivos	91
Hipótesis	91
Metodología	92

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Capítulo I. La Génesis	94
La Génesis	95
De la victoria de Allende al Golpe de Estado de 1973	95
Camino a una Nueva Constitución Política	115
Bando N° 5	117
Decreto Ley N° 1	119
Decreto Ley N° 128	120
Decreto Ley N° 527	121
Decreto Ley N° 788	122
Actas Constitucionales	122
La Comisión Constituyente o Comisión Ortúzar	127
Declaración de Principios de la Junta de Gobierno 11 de marzo de 1974	128
La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República	129
Discurso de Pinochet en el Cerro Chacarillas	130
El Consejo de Estado	133
El Anteproyecto en manos de la Junta	134
El plebiscito del 11 de septiembre de 1980	135
El 11 de marzo de 1981	141
Capítulo II. Las Reformas	143
Las Reformas	144
El plebiscito de 5 de octubre de 1988	144
1.- Las Reformas de 1989	146

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

2.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.055, Diario Oficial (D. O.) de 1 de abril de 1991	152
3.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.097, D. O. de 12 de noviembre de 1991	152
4.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.295, D. O. de 4 de marzo de 1994	152
5.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.448, D. O. de 20 de febrero de 1996	152
6.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, D. O. de 16 de septiembre de 1997	153
7.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.526, D. O. de 17 de noviembre de 1997	153
8.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.541, D. O. de 22 de diciembre de 1997	153
9.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.597, D. O. de 14 de enero de 1999	153
10.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.611, D. O. de 16 de junio de 1999	154
11.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.634, D. O. de 2 de octubre de 1999	154
12.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.643, D. O. de 4 y 5 de noviembre de 1999	154
13.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.672, D. O. de 28 de abril de 2000	154
14.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.671, D. O. de 29 de abril de 2000	155
15.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.742, D. O. de 25 de agosto de 2001	155
16.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.876, D. O. de 22 de mayo de 2003	155
17.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, D. O. de 26 de agosto de 2005	155
18.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.162, D. O. de 16 de febrero de 2007	159
19.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.193, D. O. de 30 de julio de 2007	159
20.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.245, D. O. de 10 de enero de 2008	159
21.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.337, D. O. de 04 de abril de 2009	159
22.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.346, D. O. de 14 de mayo de 2009	159
23.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, D. O. de 30 de mayo de 2009	160
24.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.354, D. O. de 12 de junio de 2009	160
25.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.390, D. O. de 28 de octubre de 2009	160
26.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.414, D. O. de 04 de enero de 2010	160

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Capítulo III. La Carta Magna al Banquillo de Acusados	162
La Carta Magna al Banquillo de Acusados	163
Perspectiva Estática	165
Perspectiva Dinámica	174
Capitulo IV. ¿Cómo romper el círculo vicioso?	183
¿Cómo romper el círculo vicioso?	184
Una Asamblea Nacional Constituyente para una Nueva Constitución	186
Conclusiones	189
Fuentes	196
Bibliografía	201

Introducción

En el último tiempo en nuestro país se ha ido profundizando y haciendo más evidente a la luz pública un debate de larga data, que dice relación fundamentalmente con la necesidad de un ordenamiento político-jurídico acorde a los nuevos tiempos, que responda a los desafíos del Chile actual.

Se trata, precisamente, de una discusión entorno a la Constitución Política de la República, promulgada el año 1980 y que entró en vigencia el 11 de marzo de 1981. En este debate, aparecen diversas posturas respecto a si ella, básicamente, responde o no a las necesidades de la ciudadanía en la perspectiva de la consolidación de la democracia.

No se trata de un tema menor, si consideramos que con ello se entra en un área bastante compleja, en donde se baten posturas muchas veces antagónicas, pues la cuestión se refiere en el fondo al tipo de sistema político y sistema económico que se cree adecuado para un país. En consecuencia, esperar un pronto acuerdo sobre la materia es ilusorio. Para ello, es necesario que la ciudadanía misma se empape de los diferentes temas que convergen en tal debate.

El concepto Constitución no es univoco, sino que encierra varios significados. El más elemental, en el que hay plena coincidencia entre todos los

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

tratadistas políticos, es el que se refiere a la Constitución como el conjunto de reglas superiores que regulan el funcionamiento de una comunidad.

Según la Real Academia Española (RAE), Constitución, se precisa como: *“Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política”*¹.

La idea del Contrato Social que plantea J.J. Rosseau en el siglo XVIII, está presente en la mayor parte de los textos constitucionales: los individuos que pertenecen a una comunidad deciden (libremente en teoría) establecer las reglas que van a regular la vida social.

El contenido de la Constitución debería expresar, en términos fundamentales, los acuerdos y progresos de la sociedad, como también los balances de poder y canales de participación ciudadana. Ella debe ser, de acuerdo a una concepción democrática, redactada y aprobada por el pueblo a través de sus delegados de base, en las instancias Constituyentes que éste se dé, ejerciendo la soberanía popular, sin intervención de poderes ajenos.

Generalmente una Constitución se cambia en momentos de crisis, cuando los representantes e instituciones estatales pierden la credibilidad y confianza de la ciudadanía, estando facultado el Pueblo para exigir e imponer al gobierno el

¹ DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Vigésima Tercera Edición.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

llamado a plebiscito para cambiar la Constitución. Puede aún iniciar un proceso Constituyente sin el gobierno si éste se margina.

Estos supuestos, que hablan en términos amplios de un proceso ideal, en la realidad de los diferentes pueblos se encontrarán presentes o ausentes en mayor o menor intensidad, dependiendo de los contextos históricos en que nacen las diferentes Constituciones y de los valores imperante en tal o cual sociedad.

En Chile, los primeros textos constitucionales datan de los albores de la República; ésta constituye la gran idea en que se funda la vida política independiente del país.

Desde 1812 destacan: el conocido “Reglamento Constitucional Provisorio”, del mismo año; la Constitución de 1818; los llamados ensayos constitucionales de 1822, 1823, y 1828. En 1823 el texto le resta valor a la participación ciudadana, pero en 1828 se logra una síntesis de elementos participativos y representativos.

La Constitución de 1833 significa un grave retroceso en materia democrática, pues, después de haber ganado la batalla de Lircay en 1830, los conservadores promulgan un texto profundamente autoritario, que consagraba un férreo presidencialismo en el país. Sólo desde 1871 en adelante se evidencia una restauración de los principios liberales.

En 1925, la Constitución promulgada por el Presidente Arturo Alessandri, intenta una profundización o perfeccionamiento de la democracia con un énfasis

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

neopresidencialista. Este texto regirá en Chile en concreto hasta el 11 de septiembre de 1973.

La Constitución de 1980 significa una ruptura con la tradición republicana. Ella consagra un sistema político autoritario y la influencia del modelo neoliberal en Chile. Demuele las bases del antiguo Estado liberal-democrático para dar paso a un Estado Neoliberal. Desde 1989 se restauran ciertas garantías para una mínima “convivencia democrática”.

A pesar de las reformas de 2005, que comienzan a regir en el 2006, los principios filosóficos neoliberales siguen siendo los rectores en la Carta Fundamental.

Referente a lo anterior, la Constitución de 1980 procede de un período trágico en la historia de nuestro país, donde el poder es asumido casi absolutamente por la Junta de Gobierno. Se provocaron en este período graves violaciones a los Derechos Humanos desde la misma institucionalidad del Estado.

Será en plena dictadura cuando se empieza a cuestionar un elemento fundamental en la Carta de 1980: su legitimidad. En su momento se visualizan dos argumentos antagónicos, uno que legitima (oficialismo y sectores adeptos) y otro que apunta a lo contrario (oposición).

Más tarde, al final del régimen, con la introducción de las reformas de 1989, el debate vuelve a la palestra. De aquí en adelante, parte importante de quienes otorgaban a la Constitución un marcado rasgo de ilegitimidad, pasarán a

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

considerar lo contrario a propósito de las modificaciones introducidas en tal fecha. No obstante, continuará presente la visión que niega la legitimidad de la carta, tanto en su origen como después de las reformas aludidas. Serán estas dos posturas, incluso después de la Ley de Reforma de 2005, las que principalmente sigan ordenando el debate sobre la materia.

El debate sobre la legitimidad o ilegitimidad de la Constitución Política de 1980 permanecerá hasta la actualidad, a pesar de que en él exista una postura mayoritaria por la primera visión.

Esta es una cuestión de gran trascendencia histórica, pues se trata fundamentalmente de la forma en cómo se piensa el Estado, los derechos fundamentales, el sistema económico, entre otras materias de esta envergadura.

En este sentido, esta investigación se propone determinar – desde un *punto de vista político - jurídico* – la legitimidad de la Constitución Política de la República de Chile, promulgada el año 1980, desde las dos dimensiones de análisis que existen al respecto, es decir, la estática, que se refiere a su origen, y la dinámica, que trata sobre la aplicación de la Carta Fundamental en el tiempo, considerando las reformas introducidas.

El análisis será bajo la concepción democrática de la legitimidad, considerando también la doctrina clásica y contemporánea sobre la materia.

El desarrollo de éste examen a la legitimidad de la Constitución de 1980, contará en primer lugar con una extensa caracterización del contexto histórico y

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

los antecedentes que dieron origen al texto de 1980. En segundo lugar, lo mismo ocurrirá para el caso de las reformas. En tercer término, se procederá al análisis directo de las dimensiones estática y dinámica, para determinar finalmente la legitimidad de la Constitución de 1980.

Todo esto es con el fin de aportar a enriquecer la discusión señalada más arriba, pues en la medida en que existan más elementos para el debate, mejores frutos dará éste, los que irán por cierto en beneficio del devenir del Estado y el pueblo chilenos.

Marco Teórico Referencial

El Concepto de Constitución

La palabra “*constitución*” proviene de la expresión latina “*constitutio*”, que significa disposición, organización. En un sentido genérico, “*constitución*” expresa la manera de estar conformado algo, la estructura de un ser cualquiera.

En sentido formal e instrumental, que es el que se invoca para los efectos de esta investigación, según Alejandro Silva Bascuñán, es “*La Ley Fundamental de la organización del Estado y de la forma de gobierno*”²

Según la Real Academia Española (RAE), Constitución, se precisa como: “*Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política*”³.

Por su lado, y de forma mas precisa, Hernán Molina Guaita sostiene que “*la Constitución es la norma jurídica fundamental y predominantemente escrita que regula de manera sistemática, el Estado, su Gobierno, los derechos fundamentales de las personas y que tiene supremacía*”.⁴

² SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, T. I, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1963, p.55

³ DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Vigésima Tercera Edición.

⁴ MOLINA GUAITA, Hernán, “*Derecho Constitucional*”, Editorial Lexisnexis, Santiago, 2006, p. 3

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La Constitución es entonces, de acuerdo a la Ciencia Política, la ley superior de un Estado soberano, establecida o aceptada como guía para su gobernación. El constitucionalismo es la doctrina política que preconiza la supremacía jurídica de la Constitución.⁵

En síntesis, es posible sostener que la Constitución es el cimiento sobre el cual las demás leyes descansan. En ella se expresa la organización del Estado y la forma del Gobierno, esto es, la organización política de una sociedad con miras a alcanzar el bien común. Es la Constitución la que fija los límites y define las relaciones entre los Poderes del Estado, estableciendo así las bases para su gobierno. Es también quien debe garantizar a todas las personas sus derechos fundamentales.

Cada Estado posee una Constitución, por cuanto cada uno de ellos funciona sobre las bases de ciertas reglas y principios. De esta manera las constituciones pueden ser escritas o no, pero la mayoría de los países opta por las primeras, lo que se asocia históricamente a la influencia de los principios del liberalismo político y a la Ilustración.

⁵ La supremacía jurídica de la Constitución o, simplemente, supremacía constitucional, consiste en que todas las normas jurídicas del Estado deben ajustarse a la Constitución, en la forma y en el fondo. Ninguna norma puede contrariar lo contemplado en la Carta Fundamental. Derivado de este concepto se establece el orden jerárquico de las normas.

Teorías sobre la Constitución⁶

El concepto de Constitución es precisamente uno de aquellos que ha dado origen a mayor número de polémicas. Los tratadistas difieren sobre lo que debe entenderse por Constitución, aún enfrentados a analizar un mismo aspecto de la realidad. Ante ello, no resta sino aceptar la diversidad de conceptos, lo que no significa la imposibilidad de construir acuerdos conceptuales en vías a permitir una conexión total de los diferentes elementos integrantes de una realidad. En las líneas que siguen me referiré a las principales doctrinas sobre el Concepto y la idea de Constitución.

La Teoría de Lasalle

Ferdinand Lasalle pronunció conferencias en Berlín en 1862, de donde se extrae su concepto de Constitución, las cuales fueron publicadas bajo el título *¿Qué es un Constitución?*⁷, en 1984.

Para Lasalle, la Constitución es la suma de factores reales de poder que rigen en un país. Sostiene que *“las constituciones escritas, cuando no se corresponden con los factores reales de poder de la sociedad organizada, cuando no son más que lo que yo llamaba una hoja de papel, se hallan y tienen necesariamente que hallarse irreversiblemente a merced de la supremacía de*

⁶ Ver la obra de CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Humberto: *“Teoría de la Constitución”*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1994, pp. 17-54; ella ofrece un extenso desarrollo de las principales teorías sobre la Constitución.

⁷ LASALLE, Ferdinand, *“¿Qué es una Constitución?”*, Ediciones Siglo Veinte. Buenos Aires, 1984

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

esos factores de poder organizado, condenadas sin remedio a ser arrolladas por ellos”.⁸

*Teoría de Carl Schmitt*⁹

Schmitt reconoce la diversidad de sentidos de la palabra Constitución. Nos advierte que su estudio está limitado a la “*Constitución del Estado*”, es decir, de la unidad política de un pueblo. De acuerdo a lo primero distingue cuatro tipos de conceptos: un concepto absoluto, un concepto relativo, un concepto positivo y un concepto ideal.

La Constitución debe concebirse no como norma sino como “*decisión*”; el derecho tiene su raíz en la voluntad y no en la razón, vale no como la realización de algo valioso, sino porque así ha sido establecido. Carl Schmitt asume así una concepción de la Constitución en sentido político, constituyendo ella una decisión política fundamental.

Teoría de Kelsen

La concepción de Kelsen constituye un esfuerzo por desarrollar una teoría puramente jurídica sobre la Constitución. Sus principales obras en la materia son “*Teoría Pura del Derecho*” y “*Teoría General del Derecho y de la Constitución*”.

⁸ Ídem, p. 73

⁹ SCHMITT, Carl, “*Teoría de la Constitución*”, Editorial Alianza, Madrid, 1982

Teoría de Manuel García Pelayo¹⁰

Este autor establece un triple concepto de Constitución: un concepto racional normativo; un concepto histórico tradicional y un concepto sociológico.

El concepto racional normativo la concibe como *“un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos.”*¹¹

En el concepto histórico tradicional, *“la constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica”*¹²

Finalmente, para la concepción sociológica de Constitución la estructura política real de un pueblo no es creación de normatividad, sino de expresión de una infraestructura social. Para que esta creación normativa valga, debe estar de acuerdo con la estructura real, con la realidad social existente.

De los conceptos propuestos por García Pelayo el que tuvo mayor importancia en el desarrollo del Derecho Constitucional fue el racional-normativo, en torno al cual se elaboró toda la teoría política del siglo XIX.

¹⁰ Ver GARCÍA PELAYO, Manuel, *“Derecho Constitucional Comparado”*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1953, pp. 33 a 53

¹¹ Ídem, p. 34

¹² Ídem, p. 42

Teoría de Hermann Heller

Entendemos por organización – decía Heller - “*la acción concreta de dar forma a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra-, sub- y co-ordinación de ellos. La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto esta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella.*”¹³ Es decir, la Constitución es el reflejo de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana.

La Constitución del Estado no es, según esta concepción, un proceso, sino un producto; no es actividad sino forma de actividad. “*La Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella*”¹⁴

*Teoría de Maurice Hauriou*¹⁵

Hauriou fija una dualidad entre Estado y Sociedad, formulando un doble concepto de Constitución. Por un lado, la Constitución política del Estado que comprendería un conjunto de normas jurídicas e instituciones destinadas a obtener la organización y funcionamiento del gobierno, y, por otro, la Constitución

¹³ HELLER, Hermann, “*Teoría del Estado*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, pp. 267-268

¹⁴ Ídem, p. 269

¹⁵ HAURIUO, Maurice, “*Principios de Derecho Público y Constitucional*”, trad. esp. de C. R. del Castillo, Madrid, 1927, pp. 4 y sgtes.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

social, que comprendería las libertades individuales y las instituciones sociales espontáneas cuyo fin es garantizar el libre juego de esas libertades. El segundo concepto es de mayor magnitud que el primero y éste debe tender hacia aquél.

*Teoría de Santi Romano*¹⁶

La Constitución es, para Santi Romano, la organización compleja y real en que se concentra efectivamente el Estado: es el ordenamiento supremo del Estado. No puede existir una norma superior a ella. Su garantía y protección los encuentra en sus mismos elementos institucionales.

*Teoría de Georges Burdeau*¹⁷

La Constitución significa para Burdeau “*el estatuto del poder*”, es “*acto determinador de la idea del derecho, al mismo tiempo que regla de organización en el ejercicio de las funciones estatales.*”

¹⁶ Ver GARCÍA PELAYO, ídem, pp. 92-93; en ella trata sobre la obra “*Principii di Diritto Costituzionale Generale*”, de Romano.

¹⁷ Ver GARCÍA PELAYO, ídem, p. 98; en ella trata sobre la obra de Burdeau: “*Traité de Science Politique*”, París, 1949-50, III tomo

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

*Teoría de Dietrich Schindler*¹⁸

Schindler sostiene que *“el problema de la teoría de la Constitución es la vinculación de lo concreto, es decir, de la voluntad subjetiva con la norma jurídica objetiva”*. Esta relación sería de carácter dialéctico.

La Constitución no sería otra cosa, para Schindler, que el conjunto de las normas jurídicas que se refieren al poder supremo dentro del Estado. Ella permite, mediante sus normas, la unidad de criterio y de voluntad de los portadores del poder y es, en consecuencia, un elemento constitutivo de la unidad del poder.

Teoría de Klaus Stern

Para Klaus Stern, la Constitución *“es el conjunto de las normas jurídicas de máximo rango plasmadas por lo general en un documento constitucional, las cuales regulan el ordenamiento del Estado respecto a su organización, forma y estructura fundamentales, así como la relación básica con sus ciudadanos y fijan determinados contenidos incluidos en la Constitución como consecuencia de su modificabilidad dificultada”*.¹⁹

Como se puede constatar, el concepto de Constitución tiene un carácter bastante polémico. En este sentido, cada autor elabora el suyo según la

¹⁸ La obra de Schindler *“Verfassungsrecht und soziale struktur”*, en que expone su teoría, no se encuentra en las bibliotecas públicas; revisar en su lugar CUMPLIDO y NOGUEIRA, ídem, pp. 47-48

¹⁹ STERN, Klaus, *“Derecho del Estado de la Republica Federal”*, Edición Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1987, p. 214

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

concepción política y filosófica que informa su pensamiento. No obstante ello, es posible distinguir diversos tipos de “Constituciones”, de acuerdo a diferentes aspectos de clasificación considerados.

Tipos de Constituciones²⁰

Por Materialidad. Pueden ser Escritas o Consuetudinarias. Las primeras se concretan en uno o más textos promulgados y que por su precisión y fijeza constituyen una garantía para gobernantes y gobernados. Sin embargo, no se adaptan a los cambios sociales de manera automática. Las segundas se forman a partir de la lenta evolución de las Instituciones el Estado y de prácticas constantes consagradas por el uso y la tradición histórica. Tienen aptitud de adaptación a la nueva realidad socio-política.

Todos los autores señalan como ejemplo típico de Constitución consuetudinaria la de Inglaterra²¹, porque no se halla contenida y formulada en un documento sistémico, ni tiene una forma definida y determinada, establecida originariamente por una autoridad suprema. Sino que su característica primordial reside en estar sometida a desarrollo y cambios continuos.

²⁰ Se utiliza aquí, a modo de guía, la clasificación expuesta por CUMPLIDO y NOGUEIRA, ídem, pp. 65-83

²¹ Aunque Inglaterra tradicionalmente ha desdeñado la unificación de sus convenciones constitucionales en un documento único y específico, la mayor parte del orden fundamental británico esta articulado en forma de Ley.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

A partir de mediados del siglo XVIII se produce una rápida transición, de la costumbre a la norma escrita, que permite hoy en día afirmar que, salvo excepciones, los Estados se han dado constituciones escritas.

Por Extensión. Pueden ser Extensas o Breves. Las primeras desarrollan latamente una Institución y tienden a reproducir en los textos *“con abundancia y precisión de reglas, todos los principios esenciales del ordenamiento jurídico-social del Estado.”*²² En tanto las segundas, contienen únicamente el esquema fundamental de la organización de los Poderes del Estado, son textos básicos.

Por Origen. Pueden ser, Otorgadas, Pactadas o Democráticas. Las constituciones otorgadas son aquellas de carácter monárquico o autocrático, en las cuales el propio agente del poder, vale decir, el monarca o detentador del poder, autolimita su propio poder. A modo de ejemplo, forman parte de este tipo de constituciones la Carta Francesa de 1814, la del Estado del Vaticano de 1929, y la misma Constitución chilena de 1980.

Las constituciones pactadas son aquellas en que se ha producido un equilibrio de fuerzas entre el Monarca o detentador del poder y el pueblo o un estamento de éste, produciéndose un pacto o transacción entre ambos actores políticos. Aquí destaca la Carta Magna de 1215.

²² BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *“Derecho Constitucional”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, p. 206

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Las constituciones son de carácter democrático o popular, cuando el principio democrático ha superado el principio monárquico o autocrático, teniendo origen en la soberanía nacional o popular, a través de diferentes procedimientos.

Por Reformabilidad: Pueden ser, Flexibles, se modifican igual que una ley simple; Rígidas, no pueden modificarse, y Mixtas, procedimiento reglado y con exigencias más altas que una ley común.

Por Naturaleza o perspectiva ontológica. Karl Loewenstein, en la idea de superar lo que él llama *“los esquemas anticuados de clasificación”*²³, establece un ordenamiento de tipo *“ontológico”*. De acuerdo con ello, *“las Constituciones podrán se clasificadas según su carácter normativo, nominal y semántico”*.²⁴

Para que una Constitución sea normativa, ella debe ser observada y practicada por gobernantes y gobernados, debiendo existir *“concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder”*²⁵

La Constitución nominal es una Constitución jurídicamente válida pero la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, por lo que carece de

²³ LOEWENSTEIN, Karl, *“Teoría de la Constitución”*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, p. 205

²⁴ Ídem, p. 216

²⁵ Ídem, p. 217

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

realidad existencial. *“La función primaria de la Constitución nominal es educativa”*²⁶

La Constitución semántica es aquella plenamente aplicada, pero su realidad ontológica, su naturaleza, sólo busca revestir con cierta formalidad la situación existente del poder político, *“en beneficio de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado.”*²⁷

Contenido de una Constitución. Pueden ser utilitarias o ideológicas programáticas. Las primeras son neutrales en materia ideológica. Las segundas, son aquellas que establecen en su parte dogmática y/o preámbulo los principios fundamentales que la inspiran y que guiarán su accionar.

No obstante el tipo de Constitución, de acuerdo a diferentes criterios clasificatorios, toda Carta Fundamental contempla en general los siguientes elementos constitutivos:

- Valores conceptuales y filosóficos inspiradores,
- Derechos de las personas,
- Generación, estructuras y funcionamiento de los órganos del Estado; y
- Mecanismos de Reforma Constitucional.

²⁶ Ídem, p. 218

²⁷ Ídem

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En lo que respecta a las diferentes teorías sobre el origen del poder político y su justificación, éstas serán tratadas en el apartado sobre legitimidad.

A continuación, se desarrolla a grandes rasgos y con sus principales antecedentes, la evolución histórica del constitucionalismo.

Evolución histórica del concepto Constitución y antecedentes del Constitucionalismo

El hombre, desde la antigüedad, ha tratado de organizarse en pos de una mejor calidad de vida; ha intentado regirse por principios básicos que posteriormente se traducirían en normas que las sociedades se han dado para su bienestar. Estos principios pueden surgir y transferirse en forma consuetudinaria, que luego evolucionan y se plasman en normas menores escritas. Es así como en los pueblos, poco a poco, va surgiendo la idea de dar a cada sociedad un texto arcaico en el cual se establecen normas fundamentales de convivencia, lo que significaría el antecedente más remoto de las constituciones actuales.

En cuanto a su desarrollo histórico, el primer indicio de Constitución escrita (entendida aquí solamente como idea de instrumento normativo) se habría dado con los hebreos y los Diez Mandamientos que, según la creencia, fueron entregados por Dios a Moisés, constituyendo la norma máxima que regulaba y estructuraba su sociedad.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La idea general de Constitución y de constitucionalismo tiene sus antecedentes primitivos en la antigua Grecia y especialmente con los sistemáticos y descriptivos escritos de Aristóteles. En su Política, ética a Nicómaco, Constitución de Atenas, él usa la palabra griega para referirse a constitución, “*Politeia*”, en diferentes sentidos. El más simple y neutral de éstos fue “*el orden de las funciones o cargos en la polis*”.

Luego estos conceptos los desarrollaría Sócrates y especialmente Platón, quien busca combinar la organización del Estado con la concepción del hombre, planteando que debe existir una complementación entre la voluntad de los hombres y su felicidad dentro de la ciudad-estado. Fue en la República donde se consideraba a los sabios como los mejores gobernantes, atendiendo a la idea de virtud, lo que fracasa en la práctica. Para ellos, la Constitución era el conjunto de normas supremas recogidas por los reyes que les permitía alcanzar el bien común de todas las personas. Con el tiempo esta idea se pierde, sobre todo por influencia cristiana.

En Roma no fue tan tajante el poder divino y absoluto del rey puesto que era, de alguna manera, compartido con los súbditos. Esto constituyó un avance histórico puesto que los cristianos cooperaron a que se desdivinizara el poder político del Rey. El derecho Romano agregó a las nociones constitucionales de Aristóteles, los conceptos de igualdad generalizada, de regularidad universal y de la jerarquía de las normas. En todo caso Aristóteles ya había esbozado una

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

distinción entre la Constitución (*politeia*), las leyes (*nomoi*), y algo más efímero que podría describirse como las políticas “día a día” (*psephismata*).

En la Edad Media, todos los feudos se regían por sus propias leyes. Eran tantos y tan diversos, que fue imposible unificarlos por medio de un conjunto de normas comunes. Durante esta época tanto la Iglesia como las autoridades seculares con quienes entró en conflicto, necesitaron definir claramente la disposición de los cargos, funciones y jurisdicciones. Las “constituciones” medievales, tanto de la Iglesia como del Estado, eran consideradas legítimas, porque se pensaba que habían sido ordenadas por Dios, por la tradición, o por ambos. Es así como la confirmación por parte de la Iglesia Católica era un prerequisite para legitimar al gobernante en su cargo.

La primera “Constitución” se habría dado en Inglaterra, con la Carta Magna.²⁸ Ella nació como consecuencia de una rebelión de los nobles ingleses debido a los elevados impuestos y basada en el deseo de protegerse de los abusos de autoridad del Rey. Los nobles se negaban a mantener la fidelidad al monarca si no se les reconocían sus derechos; posteriormente marcharon a Londres y se tomaron la ciudad. El Rey comprendió que debía llegar a un acuerdo, naciendo así la Carta Magna, la cual, en sus 37 artículos, establecía los derechos sectoriales, algunos de índole incluso personal, pero no daba la estructuración del Estado como empezaría a suceder más tarde. En este sentido, es importante tener en claro que no se trata de una Constitución propiamente tal, sino más bien

²⁸ Cédula que el Rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses el 15 de junio de 1215.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

de una especie de reglamento, otorgado, que en tal caso sí constituye uno de los más valiosos antecedentes del constitucionalismo contemporáneo.

Según Carlos Andrade, “*Lo que hace la importancia de la Carta Magna es, pues, lo que anuncia, no lo que es.*”²⁹

García Pelayo se expresa en términos semejantes: “*Se trata, por consiguiente de una de las tantas cartas medievales en el momento en que la ordenación feudal efectúa su tránsito hacia la estamental. Más en modo alguno dejar por ello de tener importancia para el conjunto de la historia constitucional británica, si bien no tanto por lo que es en sí, sino por las representaciones simbólicas a ella adheridas. De este modo ha rebasado el contenido de su texto y ha estado presente a lo largo de la historia constitucional británica...*”³⁰

En 1628 el Parlamento británico elabora la *Petition of Rights*, la que reafirma los principios de la Carta Magna. “*La originalidad de la Petición de Derechos, reside en esto: trata de fijar una frontera precisa entre el poder real y el poder de la ley.*”³¹

En 1689 surge *The Bill of Rights*, complementada en 1701 con el llamado *Act of Settlement*, acta de derechos que se traducen en la base del primer Estado Liberal. A partir de esto surgen las *Convencional Rules*, que eran normas abstractas carentes de sanción a su infracción, pero que sin embargo igualmente

²⁹ ANDRADE G., Carlos, “*Elementos de Derecho Constitucional Chileno*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, p. 142

³⁰ GARCÍA PELAYO, ídem, p. 235

³¹ ANDRADE, ídem,

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

eran respetadas por las fuerzas políticas. En las colonias americanas aparecen los *covenants*, lo que aparentemente permitiría una organización más eficiente de la comunidad.

En la segunda parte del siglo XVIII aparecen las Constituciones liberales censitarias.

La iniciativa la toma Estados Unidos de Norteamérica, con la *Declaración de Derechos de Virginia*. Esta declaración fue sancionada el 20 de junio de 1776 en la ciudad de Williamsburg y su importancia radica en que en la Declaración de la Independencia de Estados Unidos se encuentran principios muy semejantes, indicando su influencia. En la Declaración de Derechos de Virginia destacan algunos de gran valor para el constitucionalismo contemporáneo, referidos, entre otras materias, a libertades públicas y propiedad privada, soberanía, rol del gobierno, derecho a rebelión.

La Declaración de la Independencia de 4 de julio de 1776, en una de sus partes, versa así: *“Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales; que a todos les confiere su creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la busca de la felicidad; que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a*

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

*organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y su felicidad.*³²

La Constitución de los Estados Unidos de América, fue aprobada el 17 de septiembre de 1787, ratificada en 1788 y puesta en vigencia por el Presidente Jorge Washington en 1789. La Constitución Federal de Filadelfia no contiene en su texto primitivo declaraciones de “derechos individuales”.

Por el lado francés, se encuentra la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, aprobada por la Asamblea Constituyente el 26 de agosto y por el Rey el 5 de octubre de 1789. Ella fue puesta al principio de la primera Constitución revolucionaria, la del 3 de septiembre de 1791.

En cuanto a su origen histórico, es un hecho firmemente decidido, dice Manuel García Pelayo, *“que tal Declaración estuvo inspirada en la de los Estados norteamericanos recién emancipados de Inglaterra. Más si esta procedencia es clara, no es menos cierto que, en su esencia, es una obra fundamentalmente francesa, tanto por su racionalidad como por el pathos que la inspira y su sentido ideológico.*³³

En consecuencia, los primeros documentos que destacan entra las Constituciones liberales censitarias, son la Constitución estadounidense de 1787 y la francesa del proceso 1789-1791, que constituyen antecedentes directos de la Constitución de Cádiz de 1812.

³² Citado en ANDRADE, ídem, p. 145

³³ Ídem, p. 147

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Estas Constituciones se caracterizan principalmente por aminorar el poder absoluto del monarca y trasladarlo al Parlamento, quien haga leyes y los jueces quienes las apliquen a los casos concretos. El Rey se encargará de servir de símbolo para gobernar.

Además, establecían ciertos derechos intrínsecos de la persona humana que debían ser respetados por estas instituciones (se le consideran como concesiones del Rey, pero no era un estatuto). A través de esto la burguesía logró mayor participación, limitando el poder del Monarca.

Los derechos mínimos eran de marcado carácter civil: libertades de las personas y propiedad, mostrados como derechos inalienables al hombre. Esto transforma el concepto en lo que se refiere al fundamento del poder como divino. Ese concepto se reemplaza por el de soberanía popular y más tarde por el de soberanía nacional, en donde sólo el conjunto de ciudadanos con derecho a voto (de carácter muy limitado) puede opinar sobre la estructura de gobierno que estime conveniente para la Nación. Aquí la soberanía³⁴ actúa como un todo.

El concepto de soberanía, que surge vinculado al derecho de los reyes a gobernar por mandato divino, adquirió su mayor relevancia al proclamarse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, recayendo su titularidad en el pueblo durante los primeros años de la Revolución Francesa, cuya idea fue elaborada por Rousseau. La *nación* como titular de la soberanía

³⁴ Según el jurista francés Jean Bodin, del siglo XVI, en su obra *Six livres de la République*, soberanía es definida como “un poder supremo que reina sobre los súbditos y ciudadanos, sin restricciones legales, que no sean aquellas que emanan de la naturaleza de las cosas”.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

significaba "la sociedad organizada", a través de su sistema judicial y el aparato estatal, y se presentaba como contraria al primero. Fue a mediados del siglo XIX que se adoptó el concepto de nación en cuanto depositaria de la soberanía. El principio de *soberanía nacional* aparece entonces con posterioridad y como una idea acorde al carácter burgués de la Revolución Francesa.

Junto a este concepto surge uno iusnaturalista, principalmente referido a que existen ciertos principios que están sobre esta estructura, y que son reconocidos por ella; de aquí surge la noción de Constitución, entendiendo por ella a un conjunto de instituciones y costumbres, deducido de ciertos principios racionales permanentes que constituyen el sistema general por el que la comunidad ha admitido ser gobernada.

A partir de éstos antecedentes ya es posible pasar a un constitucionalismo propiamente tal, toda vez que el origen del poder político se reconoce en una determinada comunidad humana y no en Dios, y su organización se efectúa de forma racional.

Durante la primera parte del siglo XIX, en la construcción de los estados nacionales latinoamericanos, se recoge en gran medida el legado de las constituciones estadounidense y francesa, y en general se muestran muy receptivos a la influencia de los principios del liberalismo político y la Ilustración.

Luego de la Primera Guerra Mundial, nacen una serie de Declaraciones y Constituciones que dan cuenta de la nueva realidad política internacional.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En primer lugar, destaca la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, redactada por Lenin y que pasó a formar parte de la Constitución de 1918. Es una Declaración que, más que contener los clásicos derechos individuales, propio de las Constituciones liberales, enfatiza en los derechos de carácter social.

Mas tarde, en Alemania, nace la Constitución de Weimar, elaborada por una Asamblea Nacional Constituyente, electa por voto universal. Cabe destacar que, por primera vez en la historia de Alemania, votaron las mujeres.

La Asamblea se reunió en Weimar el 6 de febrero de 1919. Su principal función era dictar una Constitución.

Una vez aprobada, fue firmada por el Presidente del Reich el 11 de agosto de 1919.

Según Andrade, *“Jurídicamente es una obra perfecta que dio fama internacional a su autor, Hugo Preuss. Sirvió de modelo a numerosos países que, con posterioridad a ella, se dieron nuevas Cartas Fundamentales.”*³⁵ Ella da especial énfasis a los derechos humanos, dedicando a ello 5 capítulos.

El 14 de agosto de 1941 se dicta la Carta del Atlántico, consistente en una declaración conjunta del Presidente Estados Unidos y del Primer Ministro británico, Winston Churchill, que fija ciertos principios comunes de la política nacional de sus respectivos países.

³⁵ ANDRADE, ídem, p. 152

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Finalmente, uno de los documentos de mayor trascendencia hasta la actualidad es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que contiene derechos no solo civiles y políticos, sino también sociales, culturales y económicos.

En 1948 eran miembros de las Naciones Unidas 58 Estados. La Declaración fue aprobada por 48 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones.

Actualmente se da otra categorización, que indica la existencia de Derechos Humanos de primera, segunda y tercera generación. Los de primera generación se refieren a los derechos civiles y políticos, o "libertades clásicas"; los derechos de segunda generación, a los derechos económicos, sociales y culturales; y, los derechos de tercera generación, categoría creada a partir de la década del 70' con motivo de incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todas las personas, hacen referencia a los derechos relacionados con la autodeterminación de los pueblos.

Generación y Reforma de las Constituciones

En el proceso de generación de una Carta Fundamental sin duda que intervienen diversos factores, como también son convocados diferentes agentes a las tareas que implica construir o reconstruir un orden constitucional. En este sentido, y más allá de la multiplicidad de actores que pueden incidir en su impulso

y desarrollo, es lo que se conoce como Poder Constituyente el motor de la producción, o más precisamente, el Sujeto de tal poder que, de acuerdo al período histórico o a los supuestos ideológicos o filosóficos imperantes en la sociedad, puede transitar desde un Ser o poder extraterrenal al pueblo mismo.

El Poder Constituyente

Según Jorge Quinzio, *“La doctrina del Poder Constituyente, como doctrina y técnica, se puede considerar como parte integrante del constitucionalismo. También se puede manifestar que independiente de dicha vinculación, existe una teoría del Poder Constituyente que tiene validez general para todos los regímenes políticos.”*³⁶

La expresión Poder Constituyente hace su primera aparición en los días de la Revolución Francesa, cuando el abate Sieyés la utiliza con el objeto de diferenciarlo del Poder Legislativo. Esta formulación la expone en su obra *¿Qué es el Estado Llano?*.

Para Carl Schmitt, Poder Constituyente es *“la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política.”*³⁷

³⁶ QUINZIO, Jorge, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, Ediciones Universidad La República, Santiago, 1993, p.83

³⁷ SCHMITT, ídem, pp. 93-94

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Para Lucas Verdú, significa *“la voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política”*³⁸

Según Alejandro Silva Bascuñán, es *“la facultad que tiene todo cuerpo político de establecer su propia ley fundamental, de fijar, por lo tanto, todo lo que se refiere a lo esencial de la estructura de las instituciones llamadas a regir los intereses generales de la colectividad y a resguardar los derechos de los gobernados”*³⁹

En palabras de Quinzio, el Poder Constituyente *“no es otra cosa que la especial aptitud o capacidad de dictar la Constitución, o sea las normas fundamentales de un orden jurídico”*⁴⁰

A modo de recuento, el Poder Constituyente es aquel que tiene la facultad para dictar una Constitución, es decir, para determinar las bases del ordenamiento de la sociedad política en cuanto consagra la estructura del Estado, para establecer el sistema gubernativo, determinar la composición de los órganos llamados a ejercer las diversas funciones, además de la esfera y jerarquía de las competencias fijadas a las respectivas autoridades; reconocer las libertades y derechos de las personas y grupos integrantes de la sociedad organizada, como el sistema de garantías y de limitaciones que fija el estatuto de unos y otros.

³⁸ LUCAS VERDÚ, Pablo, *“Curso de Derecho Político”*, Vol. II, Ediciones Tecnos, España, 1983

³⁹ SILVA BASCUÑÁN, ídem, pp. 69-70

⁴⁰ QUINZIO, ídem

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Una vez determinada la esencia del Poder Constituyente, es necesario identificar quien es su titular o sujeto. Esta titularidad es un elemento contingente y en consecuencia puede ser asignado a cualquiera. De este modo, existen diversas teorías al respecto.

La dilucidación de la problemática de la titularidad del Poder Constituyente se relaciona con la cuestión referente al titular de la soberanía. Dependerá, entonces, dice Silva Bascuñán, “*de la precisión del titular de la soberanía la determinación de quien es el poseedor de la función constituyente.*”⁴¹ En éste entendido, continúa el autor, “*lo será el Rey en las monarquías absolutas, la clase privilegiada en las aristocracias, la nación o el pueblo en las democracias, o resultará compartido entre los diversos beneficiarios del poder político en los regímenes mixtos, como son las monarquías constitucionales o parlamentarias.*”⁴²

Según la concepción medieval, sólo Dios tiene una Potestad Constituyente.

Durante la Revolución Francesa se desarrolló la doctrina del pueblo como Sujeto del Poder Constituyente. Todavía en el s. XVII no había sido designado el príncipe absoluto como Sujeto de este Poder, ya que los rastros de las ideas teológicas cristianas eran todavía fuertes y vivas, a pesar de la influencia de la Ilustración. La Declaración de Independencia de EE.UU. y la Revolución Francesa significan el comienzo de una nueva época en este respecto.

⁴¹ SILVA BASCUÑAN, ídem, p. 71

⁴² ídem

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Durante la restauración monárquica (1815-1830), el Rey se convirtió en el sujeto del Poder Constituyente. Por virtud del principio monárquico permanece él en plenitud del poder del Estado.

Carl Schmitt indica la premisa fundamental que “*dentro de cada unidad política sólo puede darse un sujeto de Poder constituyente*”⁴³, en base a la cual una Constitución “*se apoya, o en el principio monárquico, o en el democrático*”⁴⁴ Respecto a tal asunto, este autor adopta la noción democrática del Poder Constituyente del pueblo.

El Poder Constituyente tiene ciertas características que lo hacen diferente a cualquier otro poder. Estas son sintetizadas claramente por Cumplido y Nogueira⁴⁵, de las que se desprende se hablaría de un Poder Constituyente democrático:

1. *Es un poder original e inmanente*, ya que brota de la misma comunidad humana, del pueblo, que se da su Carta Fundamental o instituye otra,
2. *Es un poder extraordinario*, dado que no opera regularmente, sólo actúa cuando la comunidad se da su Constitución o crea otra,
3. *Es un poder soberano o plenamente autónomo*. No obstante su detentador, el pueblo, tiene algunos limitadores en su ejercicio, como son el bien

⁴³ SCHMITT, ídem, p. 73

⁴⁴ ídem, p. 74

⁴⁵ CUMPLIDO y NOGUEIRA, ídem, pp. 100-101

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

común, el territorio, el derecho internacional y los derechos fundamentales de las personas,

4. *Requiere de una investidura o título específico*, ya que opera organizada y formalmente,
5. *El Poder Constituyente no funda una sociedad política*, sólo establece su forma y estructura

Antes de seguir, es importante clarificar la distinción entre Poder Constituyente Originario y Poder Constituyente Derivado, Constituido, o Instituido, que tendría la facultad de reformar una Constitución. Esta diferenciación surge durante la Revolución Francesa como manera de moderar la concepción de Sieyés. Según ésta, el Poder Constituyente del pueblo no tiene limitaciones.

Renato Cristi Becker prefiere, en lugar de utilizar la expresión Poder Constituyente Derivado, la de *“Poder legislativo extraordinario”*⁴⁶, para referirse a la facultad de reformar una Constitución, pues, según lo señalado más arriba, el Poder Constituyente no tendría más que un titular y su ejercicio sería extraordinario.

Ahora bien, más allá de la diferencia conceptual, el fondo habla de que el Poder Constituyente Originario es aquel que tiene la facultad para dictar, por

⁴⁶ CRISTI B., Renato, *“La noción de Poder Constituyente en Carl Schmitt y la Génesis de la Constitución chilena de 1980”*, Revista Chilena de Derecho PUC, Vol. 20, N° 1, 1993, p. 235

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

primera vez, una Constitución, o cuando después de una ruptura constitucional se promulga una nueva Carta Fundamental, o también cuando ocurren situaciones de transformaciones del Estado. Este poder lo tiene el pueblo elector (según la concepción democrática); mientras que el Poder Constituyente Derivado o *Poder legislativo extraordinario*, es el que tiene la facultad para reformar la Constitución en el transcurso del tiempo⁴⁷, en la forma prevista por ella, es decir, por medio de los procedimientos establecidos en su texto. En la Constitución Política de la República de Chile, ello está entregado al Presidente la República e integrantes del Congreso Nacional y se regula en los artículos 127, 128 y 129.

Los límites a este poder son: el bien común, el territorio y aquellos que le imponga el Poder Constituyente Originario.

Respecto del efecto que puede significar la actuación del Poder Constituyente, una vez establecida una Constitución, Schmitt distingue entre *destrucción y supresión*.⁴⁸ La destrucción de una Constitución implica no sólo la muerte del texto, sino que también perece la especie del Poder Constituyente que la sostiene; mientras que en la supresión no queda implicada la destrucción del Poder Constituyente que la sostiene.

En cuanto a las reformas, es necesario tener presente que éstas no pueden cambiar una Carta en su totalidad, pudiendo sólo llegar a la modificación de leyes

⁴⁷ La Reforma a la Constitución puede ser, de adición, de enmienda y de derogación.

⁴⁸ CRISTI B., ídem, p. 234

constitucionales. De lo contrario, el poder Legislativo estaría arrogándose la Potestad Constituyente.

Procedimientos formativos de la Constitución

Una ojeada histórica permite señalar que las Constituciones han nacido siempre mediante un acto de voluntad por parte del titular del Poder Constituyente. De este modo, y recordando lo expuesto en párrafos anteriores, si el acto de voluntad emana de la manifestación unilateral del monarca o el autócrata, o bien, de un agente exógeno al cuerpo político de la sociedad (uno o más Estados extranjeros), las Constituciones reciben el nombre de Cartas Otorgadas; si éstas se producen a partir de una negociación entre un monarca o dictador, y el pueblo o un estamento de éste, pasan a denominarse Cartas Pactadas. Finalmente, si una Carta Fundamental es producto del ejercicio de la Potestad Constituyente por parte del pueblo, mediante cualquier expresión en que pueda reconocerse su voluntad, ésta toma un carácter democrático.

Respecto de la actividad del Sujeto del Poder Constituyente, Schmitt señala que, *“por ser anterior y superior a todo procedimiento constitucional (...) no puede ella misma ser regulada por un procedimiento.”*⁴⁹

Silva Bascuñán, sobre el mismo tópico, sostiene que *“en cuanto a la forma que reviste la actuación del Poder Constituyente Originario cabe admitir que, dada*

⁴⁹ Citado en CRISTI B., ídem, p. 233

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

*su índole, no se halla este sujeto a normas jurídicas positivas previas de procedimiento, las que resultan prácticamente de la conjuntura histórica, y concretan de ordinario la teoría política dominante acerca del titular del supremo poder político*⁵⁰

El principio democrático se propaga ampliamente desde fines del siglo XVIII, como explicación del titular del Poder Constituyente. Antes de ello, el principio dominante era el que atribuía la residencia del Poder Constituyente en los Monarcas.

Atendiendo a los límites de esta investigación, se revisan a continuación los procedimientos democráticos formativos de una Constitución. Estos procedimientos parten del principio de que el Poder Constituyente se encuentra radicado en el pueblo, siendo éste el único que legítimamente puede darse una Carta Fundamental. *“Los procedimientos democráticos pueden adoptar diferentes modalidades, como la Asamblea o Convención Constituyente, el Referéndum o Plebiscito y, en el caso de los estados federales, el consentimiento de los estados federados.*”⁵¹

El plebiscito, corresponde a una *“consulta que los poderes públicos someten al voto popular directo para que apruebe o rechace una determinada propuesta*”⁵² Mientras que el referéndum, al *“procedimiento jurídico por el que se*

⁵⁰ SILVA BASCUÑAN, ídem, p. 73

⁵¹ CUMPLIDO y NOGUEIRA, ídem, p. 110

⁵² RAE, Vigésima segunda edición

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

*someten al voto popular leyes o actos administrativos cuya ratificación por el pueblo se propone.*⁵³

Lo usual es la convocatoria y conformación de una Asamblea Nacional Constituyente, mediante elección de representantes del cuerpo político de la sociedad por voto universal u otra fórmula electoral democrática. Tiene el encargo específico de elaborar una Constitución Política del Estado, cuyo texto luego es ratificado mediante un referéndum o plebiscito por el pueblo soberano, o bien puede promulgarse de inmediato.

Dentro de de las formas de elección de los representantes a una Asamblea Constituyente, existe también la posibilidad que el pueblo soberano traspase su Potestad Constituyente al Legislativo, de forma temporal, para el exclusivo efecto de dictar una Carta Fundamental.

El segundo método democrático utilizado es *sólo un plebiscito*, remitiéndose la ciudadanía a aprobar o rechazar un proyecto surgido *“de un modo cualquiera”*⁵⁴ No obstante ello, significar en sí misma una fórmula democrática, para lo efectos de dictar una Constitución puede traer consigo ciertas desventajas, en el sentido de que el pueblo no es parte en la elaboración del texto, o por lo menos no lo hace de forma ampliamente participativa.

El procedimiento de Convención o Asamblea Constituyente fue utilizado para la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, las Constituciones

⁵³ ídem

⁵⁴ SCHMITT, ídem, p. 102

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

francesas de 1791, 1848 y 1875; la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución Italiana de 1947, la Constitución portuguesa de 1976; la Constitución española de 1978; la Constitución del Perú de 1979, la Constitución de El Salvador de 1983, la Constitución de Guatemala de 1985, la Constitución de Brasil de 1988, la Constitución de Colombia de 1991, la Constitución de Paraguay de 1992, la Constitución de Venezuela de 1999, la Constitución de Ecuador de 2008, la Constitución de Bolivia de 2009, por nombrar los casos más destacados.

Reforma Constitucional

Una vez establecida, la Constitución puede ser objeto de modificaciones, ya sean adiciones, enmiendas o derogaciones, a fin de adaptarla a un nuevo momento histórico o a nuevas necesidades. *“El grado de eficacia de la Constitución vigente permitirá determinar cuándo y que preceptos deben ser revisados.”*⁵⁵ No obstante lo anterior parecer un asunto obvio, en la realidad es posible encontrar diversas situaciones en donde el Constituyente Originario establece ciertos procedimientos de reforma que hacen muy rígido al texto, y por tanto difícil de modificarlo, pudiendo llegar al extremo de ser ello prácticamente imposible. De este modo, puede existir una prohibición de modificar la Constitución a perpetuidad o durante cierto periodo, declarar intocables ciertos preceptos, fijar altísimos quórum, o simplemente no establecer procedimiento de reforma alguno.

⁵⁵ CUMPLIDO y NOGUEIRA, ídem, p. 114

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Silva Bascuñán, al referirse sobre la reforma a la Constitución, señala que *“El Poder Constituyente Derivado o Instituido supone (...) la previa existencia de una ley Fundamental en que se señalan qué órganos y sujetos a cuáles requisitos podrán modificar la estructura constitucional impuesta en la voluntad organizativa originaria inicial”*⁵⁶

En cuanto a los procedimientos que se contemplan para el ejercicio del Poder Legislativo, dependen en mucho grado también de la doctrina que prevalezca acerca de quién es el depositario efectivo del poder político, y así, remitiendo el análisis exclusivamente a las democracias, se hará a éste participante del mecanismo de reforma.

De acuerdo a lo anterior, existen ciertas etapas por la que atraviesa una iniciativa de reforma, dentro de un marco establecido, es decir, respetando la voluntad que el Poder Constituyente plasmó en la Carta Fundamental, respecto al procedimiento que ésta debe seguir.

En primer lugar se encuentra la Iniciativa misma. Esa constituye el impulso para que una proposición sea analizada por el Poder Legislativo y llegue a convertirse en ley. Se da derecho a ella generalmente a los miembros de Parlamento, fijándose una proporción de ellos; también se otorga al Poder Ejecutivo y a veces al electorado (iniciativa popular).

⁵⁶ SILVA BASCUÑAN, ídem, p. 74

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En segundo lugar está la Discusión y Acuerdo. Esta etapa consiste en el estudio, análisis, deliberación y consenso final sobre el proyecto de reforma. Se confía comúnmente este derecho a las asambleas legislativas (Parlamento o Congreso Nacional) o a las convenciones especiales, y se exigen ciertos quórum, mayores al de una ley común, para tenerla por aceptada.

En tercer lugar se encuentra la Aprobación. En ella se prescribe consulta previa o ratificación del electorado.

El cuarto paso es la Sanción. Aunque no siempre, una vez aprobada la reforma, el Jefe de Estado la sanciona, teniendo la facultad de vetar en alguna fase la tramitación.

Finalmente, está la Promulgación. Esta etapa consiste, de ordinario, en el acto formal del Jefe de Estado, en virtud del cual, declara la existencia de la ley de reforma, fijando su texto definitivo.

La legitimidad de una Constitución Política

Una vez analizados los elementos fundamentales que dan forma al constitucionalismo, sus antecedentes y diversas teorías sobre la Constitución, es posible dar paso a tratar una materia que es de capital importancia para entender la justificación de una Carta Fundamental y la de un orden político-económico en general. Se trata de la problemática de la *Legitimidad* y especialmente su variante constitucional.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Se empezará, entonces, por abordar ciertos conceptos básicos para luego profundizar en esta temática, primero en su sentido político y en seguida en su repercusión constitucional. Ello permitirá finalmente contar con un marco general para dar cuenta del debate que se ha arrastrado fundamentalmente desde 1980 entorno a la legitimidad de la Constitución Política de la República de Chile.

El concepto de Legitimidad

La legitimidad es un término empleado en la Teoría del Derecho, en la Ciencia Política y en Filosofía, para – tradicionalmente – definir la cualidad de ser conforme a un mandato legal, a la justicia, a la razón o a cualquier otro mandato cierto⁵⁷. El proceso mediante el cual una persona, colectivo humano, institución o poder en general pretende autojustificarse se denomina *legitimación*.

En Ciencia Política, comúnmente, es el concepto con el que se enjuicia la capacidad de un poder para obtener obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción, de tal forma que un Estado sería legítimo si existe un consenso entre los miembros de la comunidad política para aceptar la autoridad vigente. En éste sentido, el término tiene sus orígenes en el derecho privado sucesorio y aparece vinculado a la política en relación con la restauración monárquica tras la Revolución Francesa (1815-1830).⁵⁸ Esta apelación inicial a criterios tradicionales

⁵⁷ RAE, ídem

⁵⁸ Se trata aquí del conocido "*legitimismo monárquico*". Este consiste en la posición proclive a encontrar en la monarquía el tipo de gobierno mas legítimo, y encuentra una excelente

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

como justificación ética del ejercicio personal del poder es considerada por Max Weber como *un* tipo de legitimidad, a partir de una triple consideración en la que se encuentran además la legitimidad *carismática* y la legitimidad *racional*, clasificación que será vista más adelante.

Es importante, antes de seguir, establecer en lo fundamental la diferencia entre los conceptos de *legitimidad* y *legalidad*. Este ejercicio, aunque se volverá al tema en otros pasajes, tiene lugar aquí para el efecto de evitar confusiones.

De un modo sintético, si la legitimidad hace referencia a lo que *debe ser* desde un punto de vista ético, la legalidad sólo se remite a lo que *es*, a lo que está dado por el derecho instituido. En otras palabras, legitimidad no es sinónimo de conformidad con la ley, esto último no es más que legalidad, la cual puede ser considerada como legítima o ilegítima, según los valores imperantes en la sociedad. La legitimidad entonces sería quien debe definir la legalidad, para que ésta tenga una genuina justificación.

Según Álvaro D`ors, *“La contraposición de legitimidad y legalidad apareció como reacción contra la Revolución Francesa, para justificar la resistencia de la monarquía borbónica destronada a la nueva legalidad constitucional jacobina, y se impuso luego como criterio estabilizador de la política europea cuando antiguas dinastías fueron restauradas, tras la caída de Napoleón.”*⁵⁹ Por un tiempo se volvió

argumentación en el pensamiento de Bossuet, precisamente en su obra *“Política Sacada de las Sagradas Escrituras”*, publicada en 1709, luego de su muerte.

⁵⁹ D`ORS, Álvaro, *“Una prelección sobre legitimidad”*, Revista de Derecho Público Universidad de Chile, N° 24, Santiago, 1978, p. 43

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

a la antigua legitimidad, hasta que el legitimismo monárquico cae e crisis, a mediados del siglo XIX, prescindiendo de la legitimidad e identificando a ésta con la mera legalidad constitucional. De ahí en adelante, el entender como sinónimos a ambos conceptos continuaría en muchos casos hasta la actualidad. Y lo más importante, se llegaría a dar justificación a la ley por el sólo hecho de emanar de una determinada legalidad. La burguesía debía consolidarse como clase dominante.

Cuando se emplea el concepto de legitimidad entorno al origen y ejercicio del poder, se está ante un sentido político de ésta; en tanto, si el análisis se centra exclusivamente en la ley instituida, la legitimidad toma un alcance jurídico. Este último sentido, es el que principalmente se aplica para el análisis de la legitimidad de una Constitución Política.

Los requisitos que ha de cumplir una norma jurídica para ser legítima son tres: validez, justicia, y eficacia.

La *validez*, se refiere a la manera en que la norma ha sido promulgada. Una norma jurídica es válida cuando ha sido emitida por el poder u órgano competente, e inválida cuando ha sido emitida por un poder u órgano no competente. La validez es expresable en términos más o menos formales y objetivos (“puede tal poder u órgano emitir tal norma...”).

La *justicia*, se refiere al cumplimiento o no de los fines que la sociedad considera como buenos. Una norma es justa si la población considera mayoritariamente que se atiene a los objetivos colectivos de esa misma sociedad,

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

e injusta si ocurre lo contrario, con independencia de si la considera válida o no. La justicia se expresa en términos más o menos materiales y subjetivos (“la sociedad considera injusta tal norma...”).

La eficacia, se refiere al seguimiento o acatamiento de la norma. Una norma es eficaz si la población la cumple, con independencia de si la percibe como justa o válida, e ineficaz si es ampliamente desobedecida. La eficacia es una cuestión descriptiva y fáctica, referida a los hechos (“ocurre un acatamiento generalizado de la norma...”).

La coincidencia de justicia, validez y eficacia en una norma jurídica es la medida de su legitimidad. De este modo, ya que la legitimidad es graduable, cada norma jurídica será más o menos legítima.

El cumplimiento de una norma jurídica de manera habitual y sin necesidad de recurso efectivo a la violencia suele ser prueba de que es percibida como legítima. Sin embargo, ello puede ser también efecto de una decisión de conveniencia, no en el sentido de que la norma sea considerada como lo óptimo en sí misma, sino más bien porque su desacato podría significar una situación de mayor desventaja. En este sentido, cuando una norma es percibida como ilegítima no necesariamente es desobedecida con un carácter masivo.

Por otro lado, el ejercicio de la sanción y la violencia por parte del Estado, para hacer efectivo el cumplimiento de una norma jurídica, en general es síntoma inequívoco de que o bien es inválida, o es percibida como injusta, o es ineficaz, pudiendo existir conjugaciones entre ellas.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En la actualidad, principalmente en las sociedades occidentales, el concepto de legitimidad va estrechamente asociado con el de democracia. Sin embargo, y atendiendo a los antecedentes históricos y culturales, ello no ha sido siempre una constante. A modo de ejemplo, en las Monarquías Absolutas, y antes de la entrada en escena de postulados contrarios, se consideraba legítimo al monarca, en circunstancia que éste no había sido elegido mediante un mecanismo electoral democrático, puesto que la soberanía era ejercida por él y era Dios quien se la habría otorgado. En el caso de la democracia representativa, la soberanía, en el sentido de fuerza de imposición del poder estatal, está condicionada por la legitimidad que le otorgue la sociedad. Se trata aquí de la soberanía nacional.

Actualmente, se han agregado también los Derechos Humanos como criterio legitimador del poder político, respondiendo ello a una profundización de la concepción democrática.

Teorías sobre el origen del poder político y su legitimidad

Las doctrinas teocráticas

Estas doctrinas tienden a explicar la legitimidad y el origen del poder político considerando la participación de un Ser Superior. Ellas pueden clasificarse en *doctrinas de derecho divino sobrenatural*, *doctrinas de derecho providencial* y *doctrina de la sociabilidad de la naturaleza humana*.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Doctrinas de Derecho Divino Sobrenatural

Para estas doctrinas, un ser Superior, Dios, ha creado el poder político a semejanza de su propio Poder. El mismo designa aquí en la tierra a la persona que lo detentaría en su nombre.

Esta teoría pretendió justificar el poder político absoluto que sustentaba las monarquías de los siglos XVII y XVIII en Europa. Los reyes recibían el poder directamente de Dios y solamente a él debían rendir cuenta.

Doctrinas de Derecho Providencial

Dios confiere el poder no a través de una declaración de su voluntad, sino mediante la dirección providencial de los acontecimientos humanos. De éste modo, los hombres ejercen el poder político en la tierra gracias a acontecimientos derivados de la voluntad popular, que a su vez serían inspirados por la divinidad.

Doctrina de la sociabilidad de la naturaleza humana

La esencia de esta doctrina está en el principio de que el poder político, si bien emana directamente de Dios, éste lo ha depositado en la comunidad humana, la cual organiza libremente la sociedad y se da los procedimientos adecuados para establecer sus autoridades.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La fuente de esta doctrina se encuentra en San Pablo (Romanos I, 7) y principalmente en Santo Tomás de Aquino, quien recoge los postulados de Aristóteles. Al Aquinate se suma también Francisco Suárez. A continuación, entonces, se abordan los principios cardinales de legitimidad en Aristóteles⁶⁰.

Sergio Castaño distingue, principalmente, dos principios elementales que informarían la doctrina del Estagirita sobre la materia. El primero, que tendría carácter de fundamental, como *“principio primario de legitimidad política”*⁶¹, es el de *bien común*, refiriéndose Aristóteles a él de la siguiente forma: *“Es evidente, pues, que aquellas constituciones (πολιτειαί) que buscan el bien común (το κοιννη συ φερων) son rectas según lo justo absoluto, mientras que aquellas que buscan sólo el interés de los gobernados son todas defectuosas y desviaciones de las constituciones rectas, pues son despóticas; y la ciudad es una comunidad de hombres libres”*⁶². En segundo lugar, estaría la *politéia*, que se refiere al orden normativo.

Finalmente, junto a estos dos principios, debería añadirse, según Castaño, la costumbre y la tradición, en la configuración del orden jurídico y político.

La doctrina aristotélica sobre legitimidad política tiene una significativa recepción en Tomás de Aquino y Francisco Suárez.

⁶⁰ Ver CASTAÑO, Sergio, *“La doctrina aristotélica de los principios de legitimidad política. Estudio de fuentes”*, Ius Publicum, Universidad Santo Tomás, Vol. 11 N° 21, 2008, pp. 37-67

⁶¹ Ídem, p. 37

⁶² Citado en ídem

Tomás de Aquino

Tomás de Aquino recoge los principios de Aristóteles en referencia a la justificación del poder político, y los utiliza como fundamento de la obligación de obediencia al poder en general y de la resistencia a la tiranía en particular.

Según su doctrina la autoridad viene de Dios, y, por tanto, a El corresponde imputarle el bien que en la autoridad se halle, siendo con ello la autoridad valiosa en sí misma. No obstante, ella *“puede tornarse desordenada, sea debido al principio, sea debido al uso. Adviene defecto en razón del principio cuando quien ejerce la autoridad no es digno de ella (...). Adviene por último defecto en razón del uso cuando el ejercicio de la autoridad no sirve a los debidos fines”*.⁶³ Se trata en el primer caso de la toma del poder por medio de la violencia o simple incapacidad del gobernante, y en el segundo, del abuso de autoridad, pudiendo estas situaciones justificar la desobediencia de los súbditos y la misma destitución de quien ejerce la potestad, por medio incluso de la fuerza. Esto último se asimila a lo que hoy se conoce como derecho a resistencia activa, en la forma de insurrección armada.

No obstante una autoridad asentarse en el poder por medio de la violencia, es una situación que resultaría saneable, *“sea por el reconocimiento de un*

⁶³ Ídem, p. 41

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

*superior que avale la ilícita toma del poder, sea por el posterior consenso de los súbditos*⁶⁴

Si la autoridad contradice el fin para el que ostenta el poder, el deber de obediencia pasa automáticamente al de desobediencia.

Si sólo se tratase de un ejercicio desordenado, ello no implica una desobediencia obligatoria.

En términos generales, Tomás de Aquino considera como primario el principio de legitimidad de ejercicio, para juzgar el deber de obediencia.

La sedición es otro elemento que resalta el Aquinate, y ella resultaría *“contraria al la justicia y al bien común”*⁶⁵ Ella puede venir tanto del gobernante como de los súbditos.

Francisco Suárez

Para este autor *“el poder temporal del magistrado civil es justo y condicente con la naturaleza humana; el principado político es justo y legítimo; la potestad es algo en sí mismo bueno y digno de gran estimación”*.⁶⁶ Lo anterior, se debe a que ella *“consuena con el derecho natural”*.⁶⁷

⁶⁴ Ídem, p. 43-44

⁶⁵ Citado en Ídem, p. 47

⁶⁶ Ídem, p. 55-56

⁶⁷ Ídem, p. 59

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Del mismo modo como lo consideraban Aristóteles y Tomás de Aquino, sostiene que “*el fin del gobierno y de las leyes es el bien común político.*”⁶⁸

Precisa dos formas de tiranía, y las respectivas acciones contra cada una de ellas: la *tiranía de origen* y la *de ejercicio*. Ante el tirano de origen, quien usurpa el poder, Suárez plantea que cualquier miembro de la comunidad posee el derecho a vengarse a sí mismo y a la república. Sin embargo, respecto de la tiranía de ejercicio, es decir durante el mandato, rechaza la posibilidad de rebelión activa, y sólo tendría lugar la defensa ante los atropellos del tirano, pues éste tendría legitimidad de origen. Ahora bien, si la rebelión es conducida por la república como un todo, ello sí sería legítimo. La razón para Suárez estriba en que “*la comunidad política es superior a su gobernante y le concedió la potestad para que la rigiera política y no tiránicamente.*”⁶⁹ No obstante, si la república misma hubiese sido usurpada, el tirano puede lícitamente ser eliminado por cualquiera.

Finalmente, es necesario destacar la cuestión de los *justos títulos del poder* en Suárez. En efecto, según su teoría de la traslación, “*la comunidad no sólo designa a quien ha de ejercer el gobierno sino que, asimismo, le traslada la potestad que en ella reside originalmente*”⁷⁰ La institución de ésta puede ser vía consenso o elección del príncipe por la comunidad. Si la república cae en manos de un príncipe producto de una guerra, y si ésta es injusta, los súbditos pueden

⁶⁸ Ídem, p. 61

⁶⁹ Ídem, p. 57

⁷⁰ Ídem, p. 61

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

con el tiempo consentir en la obediencia. Nace con ello un título fundado en la *prescripción*.⁷¹

A continuación, se prosigue con las doctrinas llamadas *pactistas*, las cuales explican y justifican el poder político como obra estrictamente humana.

Las doctrinas pactistas

Estas doctrinas pretenden explicar y justificar racionalmente el poder político como una obra de los individuos que integran la sociedad. Algunas de ellas abogan por la Monarquía absoluta (Hobbes) mientras otras justifican la revolución liberal (Locke) o una perspectiva de soberanía popular (Rousseau).

La doctrina de Thomas Hobbes (1588-1679)

Su doctrina se encuentra contenida en el *Leviatán*, “o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil.”⁷², obra que data de 1651.

Hobbes parte del principio de un estado de naturaleza anterior a la sociedad política, en el cual el hombre vive en un aislamiento respecto de los otros individuos y, además, en guerra permanente. El hombre, en estado natural, es *lobo del hombre (homo homini lupus)*.

⁷¹ Ídem, p. 62

⁷² Ver edición de SARPE, Madrid, España, 1984

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Tal estado de continuo enfrentamiento no permitía el progreso y ni la estabilidad social. En un momento determinado, el hombre habría buscado un medio para poner fin a esta situación. Tal vía fue el acuerdo del *pacto social*. Dicho pacto permite el desarrollo de la sociedad, aún cuando implica que sus miembros deben someterse en forma incondicional y absoluta a un gobernante, renunciando a favor de éste a todo derecho o libertad que pudiese perturbar la paz social.

La doctrina de John Locke (1632-1704)

Su doctrina se encuentra contenida en “*El segundo ensayo sobre el gobierno civil*”, obra publicada en 1690.

Locke, al igual que Hobbes, parte de un estado de naturaleza anterior a la sociedad política o civil. Pero, a diferencia de éste, afirma que en el estado de naturaleza el hombre vive en paz y armonía con sus semejantes.

El pacto social daría origen al poder político basado en el consentimiento de hombres libres y capaces. Esta concepción deslegitima a los gobiernos absolutos, ya que según ella los gobiernos deben contar con el consentimiento del pueblo al que deben dirigir y, además, los derechos se entregan sólo en administración. Los monarcas deben así respetar en su accionar los derechos de los individuos, si no lo hicieren, el pueblo puede acogerse al derecho de rebelión.

La doctrina de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778)

Este autor fue muy influyente en todos los procesos revolucionarios del último tercio del siglo XVIII, incluso hasta los comienzos del XX. Su obra principal, “*El Contrato Social*”⁷³, fue escrita en 1762.

Para Rousseau, la familia es la única sociedad natural que existe. En el estado de naturaleza el hombre es libre y si forma la sociedad política lo hace por su voluntad, no debido a su naturaleza. La sociedad política es creada así por el contrato social, en virtud del cual todos y cada uno renuncian a su libertad, sus derechos y bienes, para formar así un cuerpo común dotado de una voluntad que recoge y asume las voluntades y libertades individuales y que termina expresándolas a través de la *voluntad general*.

Esta concepción fundó el principio de *soberanía popular* en la que se basó la concepción democrática. De aquí surge, por tanto, la doctrina del pueblo como sujeto del Poder Constituyente.

La concepción del Abate Sieyès y la soberanía nacional

Durante la Revolución Francesa, Sieyès, frente a la concepción de la soberanía popular, elabora la teoría de la soberanía nacional, cuya diferenciación ya fue establecida en párrafos anteriores.

⁷³ Ver edición de SARPE, Madrid, España, 1984

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Este autor complementa su teoría de la soberanía de la nación, como residencia del Poder Constituyente, con el régimen representativo, planteando que por medio de la Constitución el pueblo se da sus representantes.

Hasta aquí, se han tratado las diversas teorías clásicas sobre el origen y legitimidad del poder político, a continuación, se pasan a analizar los planteamientos de los principales teóricos del siglo XX sobre el tema de la legitimidad.

Para empezar, es preciso destacar aquí los planteamientos de uno de los pensadores más influyentes de la primera mitad del siglo XX: Max Weber. Este sociólogo alemán, retomando la idea de legitimidad, que había sido reducida por completo a la legalidad instituida tras el nuevo orden liberal impulsado por la Revolución Francesa, establece una clasificación de ella en tres formas fundamentales, según diferentes tipos de dominación.

En primer lugar, es necesario señalar la concepción de “dominación” en Weber, que sería *“la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos). No es, por tanto, toda especie de probabilidad de ejercer “poder” o “influjo” sobre otros hombres. En el caso concreto ésta dominación (“autoridad”), en el sentido indicado, puede descansar en los más diversos motivos de sumisión: desde la habituación inconsciente hasta lo que son consideraciones puramente racionales*

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

con arreglo a fines.”⁷⁴ Junto a ello, indica que todas las formas de dominación “*procuran despertar y fomentar la creencia en su “legitimidad”*.”⁷⁵ Aparece aquí un elemento estratégico: la necesidad de todo poder de obtener su autojustificación. A esto se denomina *legitimación*.

Otra consideración es la siguiente: “*La “legitimidad” de una dominación debe considerarse sólo como una probabilidad, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante. Ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación esté orientada primariamente (ni siquiera siempre) por la creencia en su legitimidad (...) su propia pretensión de legitimidad, por su índole la hace “válida” en grado relevante, consolida su existencia y codetermina la naturaleza del medio de dominación.*”⁷⁶

Weber distingue tres tipos *puros* de dominación legítima, y el fundamento primario de su legitimidad puede ser:

“1. *De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal).*

2. *De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional).*

⁷⁴ WEBER, Max, “*Economía y Sociedad*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 170

⁷⁵ Ídem

⁷⁶ Ídem, p. 171

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

3. *De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática).⁷⁷*

En el caso de la autoridad legal, que es la que importa en relación a los límites de esta investigación, se obedecen “*las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ellas designadas, en méritos éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia.*”⁷⁸

En el caso de la autoridad tradicional se obedece al *señor*; mientras que en la autoridad carismática al *caudillo*.

Centrando la atención, entonces, en la legitimidad de carácter racional, lo que en el fondo sostiene Weber es que para que un poder en la sociedad sea considerado legítimo éste debe procurar el reconocimiento a lo legal, lo que de antemano debe estar positivamente estatuido. Así las cosas, la creencia en la legitimidad se reduciría a la creencia en la legalidad.

De acuerdo a esto último, en el caso del poder estatal (considerando que Weber trata su clasificación desde un punto de vista genérico, en donde lo legal también puede ser el *estatuto* de un determinado partido político), éste, al crear las normas de acuerdo a un sistema racional, formalmente correcto y previamente establecido, por si solo se estaría *legitimando*, restándole únicamente, para

⁷⁷ Ídem, p. 172

⁷⁸ Ídem

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

completar el proceso, recibir el asentimiento - ojalá conciente - de los ciudadanos, en atención a que su autoridad se mueve dentro de *lo legal*, aquello que pareciera a ratos ser incuestionable. En consecuencia, ésta forma de *hacer*, desde un punto de vista de genuina legitimidad, no puede producir legitimación, pues se necesita antes que todo un sistema sancionatorio debidamente legitimado.

Finalmente, aunque Max Weber de una u otra forma genera la idea de que bajo un paradigma democrático del poder, no hay más legitimidad que la legalidad, debe reconocérsele haber contribuido decisivamente a “*prescindir del concepto de legitimidad como reserva propia de la monarquía.*”⁷⁹

En el mundo actual, desde una perspectiva crítica, se le otorga a la legitimidad una nueva utilidad, que según Álvaro D`ors actuaría “*como justificación para impugnar la legalidad*”⁸⁰. Ello da cuenta, en palabras de Myrna Villegas, de una “*interconexión latente entre el Derecho que es y el que debe ser (ética). Y la relación Derecho - Ética subyace al problema de la legalidad y la legitimidad.*”⁸¹ Por tanto, y siguiendo el planteamiento de esta autora, “*la legitimidad o ilegitimidad de un sistema se vincula con el sistema de valores que se adopte, y a la vez, este sistema de valores se traduce en la protección de determinados intereses. Son los*

⁷⁹ D`ORS, idem, p. 44

⁸⁰ ídem

⁸¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “*Terrorismo: Un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España*”, Universidad de Chile, Santiago, 2001, Cap. I primera parte, versión on-line, http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2001/villegas_m/html/index-frames.html, recuperado el 26 de abril de 2009

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

intereses protegidos los que van a determinar, qué valores son los que priman en un determinado sistema.”⁸²

Por su parte, el jurista español Elías Díaz, plantea que, en sentido general, *“legitimar es justificar. Y refiriéndose a cuestiones políticas, consiste en tratar de justificar de modo racional la fuerza que está detrás del Derecho y del Estado.”⁸³*

Junto con ello, distingue también *“la legitimidad como equivalente de justificación, y legitimación como el hecho social de la aceptación o no de una legitimidad”⁸⁴*

Díaz, de un modo parecido a Weber, diferencia tres tipos de legitimidad, dependiendo en este caso de la forma en que ellas se expresen: *legitimidad legalizada*, cuando se expresa a través del derecho válido; *legitimidad eficaz*, cuando es fruto de las aspiraciones sociales; y *legitimidad crítica*, cuando se expresa a través de un determinado nivel crítico individual.⁸⁵

La diferenciación anterior, como puede apreciarse, *“trata de una teoría de la legitimidad que se engloba en una teoría de la justicia, como una parte en el todo”⁸⁶*, pudiendo cuestionar así tanto la legalidad como la realidad social, como la crítica que se haga de ambas.

⁸² ídem

⁸³ DÍAZ, Elías, *“De la maldad estatal y la soberanía popular”*, Debate, Madrid, 1984, p. 21

⁸⁴ ídem, p. 26

⁸⁵ DÍAZ, Elías, *“Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático”*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, pp. 20-21

⁸⁶ RIVAS, Pedro, *“Argumentación pragmática y fundamentación de la democracia a propósito del pensamiento de Elías Díaz sobre la legitimidad”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 3, Santiago, 1998, p. 580

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Este autor, al considerar los tres tipos de legitimidad, insiste en que *“la legitimidad legalizada debe tender a coincidir con la legitimidad eficaz, con los criterios de la mayoría”*⁸⁷.

A partir de lo anterior, es posible identificar en la teoría de Díaz sobre la legitimidad, una construcción de tipo democrática, con una visión crítica sobre lo justo.

Profundizando más en la problemática, si ésta se analiza desde un punto de vista materialista, sería el complejo de infraestructuras sociales y económicas el que genera un conjunto de valores, ideas o creencias, capaces de dar sustento al poder político, es decir, a la superestructura (parte de ella), de la que hablaba Marx. En consecuencia, no sería lo mismo analizar la legitimidad bajo el paradigma de una sociedad capitalista y hacerlo igualmente bajo el de una de tipo socialista, la economía y la sociedad son diferentes, y por tanto los sistemas valóricos también. *“La forma en que se genera el poder y la manera en que se ejerce dice mucho de la moral política que rige en una sociedad”*⁸⁸

En vista a ésta realidad, y tomando lo dicho por Myrna Villegas, *“no podemos afirmar si un poder es legítimo o no sin considerar la concepción dominante en la sociedad sobre la que se asienta el poder: si éste se acomoda con el sistema predominante de creencias en un grupo histórico social*

⁸⁷ Ídem, p. 581

⁸⁸ PINEDA, Rodrigo, *“Consideración sobre la legitimidad en un orden político democrático. El aporte de Jürgen Habermas”*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 44, 1999, p. 19

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

determinado; y a qué valores responde, si a los nacidos del interés económico de una minoría, o al interés de la inmensa mayoría. A partir de ello surgen las distintas formas de organización al interior de la sociedad, los criterios para adoptar las decisiones políticas, para elegir a los gobernantes, para legislar, etc.; y todo lo que conlleva el manejo de un gobierno.”⁸⁹

Otro autor contemporáneo que trata sobre la legitimidad, y su relación con la legalidad, es Jürgen Habermas, cuya teoría sobre el poder y sus dinámicas descansa en el modo *dialógico* de la interacción humana.

Habermas, frente a las teorías estratégicas del poder, en las cuales éste sería la posibilidad de obtener obediencia incluso contra la resistencia de los demás⁹⁰, propone la noción de democracia *deliberativa* a partir del concepto del *poder comunicativo*.

Las críticas y propuestas de éste autor nacen a partir de una realidad en donde la legitimidad se basa o se ha reducido a la legalidad. Tal como lo constata Rafael del Águila: *“Nos hallamos ante una legitimidad de origen puramente legal. Del mismo modo la legitimidad de ejercicio de la autoridad en cuestión se reduce a su cumplimiento escrupuloso de la legalidad en el ejercicio del poder”*⁹¹ Ello

⁸⁹ VILLEGAS DÍAZ, ídem

⁹⁰ Ver WEBER, ídem

⁹¹ DEL AGUILA, Rafael, *“La política: el poder y la legitimidad”*, en Manual de Ciencia Política, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 28-29

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

implica una situación que pone en peligro la democracia misma, pues “*elimina cualquier consideración normativa o moral sobre un orden político dado.*”⁹²

Lo anterior, según Elías Díaz, es producto del “*positivismo ideológico*”⁹³. Es decir, el dominio del positivismo en el mundo de las ciencias del espíritu, que provoca una separación entre teoría y práctica.

Según Pineda, la única legitimidad que constituye por sí misma una base para la democracia es la *legitimidad justa*, es decir, “*aquella que incorpora ciertas normas de procedimiento de elaboración de normas, bajo ciertas condiciones específicas – libertad de expresión, aceptación del disenso, regla de la mayoría, respeto de las minorías – y que supone ciertos valores que hacen posible la materialización de esas condiciones políticas a las que me he referido.*”⁹⁴ Pero la interrogante es: ¿Cómo construir esa legitimidad justa?. Habermas se plantea acercar legitimidad y legalidad.

Para Habermas, la legitimidad, en general, es un valor social: “*el hecho de que un proceso se ajuste a la formalidad jurídica, únicamente garantiza que las instancias previstas dentro de un sistema político, competentes y acatadas como tales, son responsables por el derecho vigente. Pero esas instancias son parte de un sistema de poder que tiene que estar legitimado en total si es que la legalidad*

⁹² PINEDA, ídem, p. 26

⁹³ DÍAZ, Elías, “*Curso de Filosofía de Derecho*”, Marcial Pons ediciones, Madrid, 1998, p. 38

⁹⁴ PINEDA, ídem, p. 27

*pura ha de considerarse signo de legitimidad*⁹⁵ Así las cosas, si se considera la legalidad pura como criterio exclusivo de legitimación, forzosamente habría que llegar a considerar legítimos a regímenes fascistas o dictaduras militares, cuyo común denominador es precisamente cumplir cabalmente con su propia formalidad jurídica.

Este sociólogo define la legitimidad como un *proceso reestructivo*⁹⁶, en el cual se unen teoría y praxis, y en donde la legitimidad de una dominación política proviene exclusivamente – en una sociedad democrática – de la justificación *discursiva* de las leyes y normas generales por las cuales los miembros de una sociedad han de regirse, superando la tecnificación de la política, que provoca la despolitización de las masas.

Este autor, para construir su alternativa, rechaza los modelos clásicos de legitimidad democrática: el *liberal*, con su justificación en los derechos humanos; y el *republicano*, con su justificación en la soberanía popular; proponiendo como alternativa un modelo *procedimental-normativo* de democracia, donde la política *deliberativa* constituye la pieza nuclear del proceso democrático. Se propone construir un puente entre los derechos humanos y la soberanía popular, o entre *autonomía privada y pública*, siendo el derecho el medio que puede institucionalizar los mecanismos para acercar legitimidad y legalidad.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen, *“Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”*, Editorial Amorrurtu, Buenos Aires, 1986, p. 122

⁹⁶ HABERMAS: *“La reconstrucción del materialismo histórico, problemas de legitimación en el Estado Moderno”*, Editorial Taurus, Madrid, 1981, pp. 243-244

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Para Habermas *“la legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a discursos morales.”*⁹⁷

En síntesis, para este autor se trata de alcanzar una profunda democratización de la política, desde una perspectiva de real participación y capacidad de incidencia por parte de los ciudadanos. Del mismo modo, la legalidad debe nacer de un proceso deliberativo, de consenso y no de imposición. Sólo de ésta forma ella puede dar estabilidad a un régimen político y dar a éste un carácter verdaderamente democrático.

Los diferentes planteamientos doctrinarios expuestos hasta aquí, tanto clásicos como contemporáneos, obedecen a diferentes formas de concebir el poder político y su justificación, y deben entenderse en sus respectivos contextos históricos. Junto con ello, es necesario puntualizar también que ellos obedecen a diversas formas de pensar el mundo y la sociedad, a posiciones ideológicas muchas veces dispares, y por qué no decirlo, a diferentes posiciones de clase.

A continuación se explica en términos sintéticos el cómo la legitimidad, desde ahora en su perspectiva constitucional, ha sufrido diferentes crisis, que han permitido reformular o incursionar en nuevas alternativas. Aquí, lo expuesto

⁹⁷ HABERMAS: *“¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”*, en Escritos sobre moralidad y eticidad, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 143-144

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

anteriormente respecto de las diferentes formas de concebir la justificación del poder político tomar gran utilidad, y se convierte en el marco general en el cual la legitimidad constitucional se desenvuelve. Estas crisis se enmarcan también en la constante evolución de la sociedad, sobre todo en la línea de permitir mayor participación en el poder político y económico a clases o sectores sociales antes marginados.

El tema de la legitimidad constitucional no ha sido lo suficientemente abordado por la doctrina constitucional, sobre todo en su versión clásica, por lo que aquí me remito a entregar los elementos y líneas fundamentales en ella.

Pedro de Vega García, respecto de la forja histórica del concepto de legitimidad constitucional, sostiene: *“no tiene sentido hablar de legitimidad constitucional en aquellas situaciones y en aquellos momentos históricos, en que no operan los presupuestos políticos sobre los que se definirá luego el régimen o el Estado constitucional, y la misma noción de Constitución formal”*⁹⁸ Es decir, mientras el Estado no se conciba como construcción humana no cabe hablar de legitimidad constitucional, lo que hace suponer que ello es posible darse a partir de la aparición de las doctrinas del iusnaturalismo pactista, del que ya se ha hablado más arriba. En efecto, la doctrina del pacto social se transforma en

⁹⁸ VEGA GARCÍA, Pedro, *“En torno a la legitimidad constitucional”*, en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, T. I, Universidad Nacional Autónoma de México, D. F., 1988, pp. 804-805; disponible en versión on-line: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/641/38.pdf>, recuperado el 30 de noviembre de 2008.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

fundamento de la ideología constitucional, y en consecuencia de la legitimidad y la legalidad.

La doctrina del contrato o pacto social, que no es más que un supuesto ideológico y no una realidad histórica, explica racionalmente el poder político como un acuerdo entre el príncipe y el pueblo, luego de que el individuo dejara el estado de naturaleza y se organizara en sociedad, estableciéndose los límites de tal poder y surgiendo con ello el derecho a resistencia. Esta doctrina, profundamente individualista, tiene, pasando por Hobbes, Locke y otros, en el *Contrato social* de Rousseau su más clara consumación. Este contrato es suscrito por todos y en consecuencia a todos resulta vinculante. La legitimidad inherente a él es entonces lo que justifica la legalidad imperante y el deber de obediencia.

Para esta doctrina el Poder Constituyente construye racionalmente el Estado y su Constitución, ateniéndose al pacto social. En esta construcción se reconoce la existencia de *derechos fundamentales* inherentes al hombre, con carácter de absolutos, indiscutibles. El reconocimiento a éstos derechos otorga legitimidad a la legalidad, que tiene en la Constitución Política su máxima expresión. Aquí la Carta Fundamental toma un carácter meramente formal, no pudiendo ella crear derechos, sino sólo garantizar los ya definidos en el pacto. La Constitución no sería más que una extensión del orden social pactado.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La sociedad, entonces, se concibe como superior al Estado, dando paso a la separación burguesa entre ambos.⁹⁹

El contrato social es *unánime* y voluntariamente firmado, obligando luego a todos a respetar la legalidad en él inspirada, estableciéndose ella por simple mayoría. Ello lleva a entender que se podrá la cambiar la Constitución o la legalidad en general, siempre en el marco del pacto, respetando los derechos fundamentales, pero nunca sustituir este último, negando la posibilidad de un orden social diferente.

El contractualismo entra en crisis en la primera mitad el siglo XIX¹⁰⁰ a propósito de los procesos revolucionarios en Europa en donde se cuestionaba de una u otra forma el individualismo que el liberalismo burgués había puesto a nivel extremo, casi sacralizado, y que había provocado miseria y profunda desigualdades sociales. La sociedad como espacio de desarrollo armónico de las capacidades humanas ya no era tal, la lógica de la competencia había quebrado su supuesta homogeneidad. Ahora el Estado pasaría a ocupar un rol más activo, en la solución de los problemas causados por la libre competencia.

La Constitución dejaba de ser una cuestión neutral, y aparecía más bien como instrumento para legitimar la imposición de unos intereses sobre otros. Por otro lado, su rol ya no sería frenar la injerencia del Estado, ahora le otorgaría más atribuciones.

⁹⁹ Ídem, p. 814

¹⁰⁰ Ídem, p. 819

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Se debía buscar entonces nuevas fuentes de legitimidad, el contrato social había sido violado, había perdido su fuerza legitimadora. La aparición de nuevos derechos, de carácter social, y más tarde, la penetración progresiva de las masas en el poder estatal, vendrían a intentar subsanar esta ilegitimidad.

La burguesía, que había instaurado un orden a su medida debió enfrentarse a nuevos intereses, especialmente de los sectores medios y el proletariado. En este proceso, la construcción del Estado tiene el desafío de dar cuenta de una sociedad por decir lo menos heterogénea.

Se trata aquí en definitiva de una crisis de legitimidad del sistema mismo, de las bases que le dan sustento. Ella no se acabó con el reemplazo del contractualismo, más bien se mantuvo soslayada y tomó nuevas formas en el Estado Protector o de Bienestar, que también sufrió su propia crisis, provocando que el Estado vuelva a tener un rol fundamentalmente regulador, con la imposición del neoliberalismo. Es hoy el llamado “Estado Social y Democrático de Derecho” el que se encuentra en crisis.

Esta constante crisis de legitimidad da cuenta una vez más de las profundas contradicciones del sistema capitalista, en su infra y superestructura, que representa únicamente la protección de los intereses de la burguesía, con sus diferentes variantes.

Ante esta crisis de legitimidad se ha abierto camino una alternativa: el consenso. El criterio de la simple mayoría ha perdido valor, ante la necesidad de conjugar intereses muchas veces antagónicos. No se trata de concesiones, sino

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

como lo plantea Vega García: *“reconstruir el interés general racionalmente a través del consenso, y restaurar la legitimidad constitucional, significa restablecer y recoger en el texto constitucional el sistema de valores que, en el ámbito de una comunidad determinada, se consideran mas significativos, relevantes y generalmente aceptados. El consenso seria pues el procedimiento mediante el cual se articula un nuevo sistema de legitimidad”*¹⁰¹

Es aquí donde toman valor las palabras de Habermas, respecto de una nueva forma de legitimidad, basada en una democracia deliberativa, que construya un puente entre los derechos humanos (frecuentemente trinchera de la burguesía) y la soberanía popular (en el sentido de los intereses populares). Sobre ello ya me referí en párrafos anteriores, y en general sobre la necesidad actual de asentar la legalidad en criterios de legitimidad contruidos democráticamente.

A modo de síntesis, para luego dar paso al debate existente entorno a la legitimidad de la Constitución Política de la república de Chile de 1980, y desde una perspectiva democrática sobre el origen del poder político y su justificación, es posible sostener lo siguiente:

Una Constitución seria legítima cuando su elaboración parte de la voluntad del *Poder Constituyente* (por cierto originario) asentado en la *soberanía popular*, debiendo ser síntesis ella de un amplio *acuerdo ciudadano*, que de cuenta del *sistema de valores socialmente aceptado* y del resguardo de los *Derechos Humanos en todas sus categorías* (civiles, económicos, culturales, de

¹⁰¹ Ídem, p. 821

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

autodeterminación). Además, debiendo ser generada mediante un mecanismo lo suficientemente participativo, que permita pensar qué Estado se quiere construir o hacia donde encauzar su institucionalidad. Esto último en la actualidad lo garantizaría una *Asamblea Constituyente*.

Debate entorno a la legitimidad de la Constitución Política de 1980

La discusión respecto de éste tema será encausada a partir de dos perspectivas de análisis, que se condicen con la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio, ellas son la dimensión estática y la dimensión dinámica. *“La legitimidad estática mira al origen de la Constitución; y la legitimidad dinámica, que se refiere a la aplicación de la Constitución en el tiempo, a las reformas que experimenta para permitir su adaptación a nuevas situaciones.”*¹⁰²

Antes de dar cuenta de éste debate, es necesario indicar el marco general dentro del cual se discute la legitimidad hoy en día, no sólo en Chile sino también en otros pueblos del mundo, sobre todo en América Latina. En éste sentido el historiador chileno Gabriel Salazar indica lo siguiente: *“El debate sobre la legitimidad no ha surgido del simple juego académico, sino de la irrupción histórica, durante la década de los ´80, de los sistemas neoliberales. De la forma en que fueron construidos los Estados que hoy se regulan por la lógica del Mercado. Como se sabe, esos Estados no se construyeron (mediante*

¹⁰² MOLINA GUAITA, Hernán, *“Derecho constitucional”*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, p. 34

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

argumentos) en base al libre consenso y razonada acción de las masas ciudadanas respectivas, ni por las invisibles manos del Mercado, sino por la intervención fáctica (autoritaria) del Estado, o de grupos militares. Intervención que tenía por fin – según se ha dicho – desmantelar el hipertrófico Estado Social Benefactor.”¹⁰³ Se asistiría, entonces, a una problemática que por un lado, ha obligado a los gobernantes a levantar discursos tardíos de legitimación, y por otro, ha generado un profundo cuestionamiento al orden impuesto violentamente. En Chile, los primeros, evaden el debate de fondo excusándose en la estabilidad del sistema político y los “equilibrios macroeconómicos”; mientras quienes levantan la voz contra la ilegitimidad del Estado neoliberal, procuran rescatar la política de las manos de la tecnocracia y volverla a su sentido ciudadano, en vistas a una construcción democrática del Estado. Junto a esto último, aquellas expresiones rebeldes, calificadas livianamente como “terroristas”, principalmente por quienes ocuparon el terrorismo de Estado para instaurar el modelo neoliberal, aunque aisladas, cargan en sí un profundo descontento social, que no encuentra canales de encauzamiento en la legalidad vigente.¹⁰⁴

Este es el marco, por tanto, en el cual se desenvuelve el debate entorno a la legitimidad de la Constitución Política de 1980.

Las condiciones en las que se dio la elaboración, aprobación, ratificación y promulgación de la Constitución de 1980, son la principal fuente de discusión

¹⁰³ SALAZAR, Gabriel, “Historia Contemporánea de Chile” T. I, Estado legitimidad, ciudadanía, LOM, Santiago, 1999, p. 17

¹⁰⁴ Sobre este punto ver VILLEGAS DÍAZ, ídem

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

respecto de la representatividad, legitimidad y carácter democrático de ésta. Junto con ello, se suman las diferentes lecturas que se hacen respecto de la aplicación en el tiempo de la obra de Jaime Guzmán, y de sus reformas.

Ante todo es necesario indicar que desde su origen la Carta de 1980 ha sido blanco de críticas, evidenciándose en ello la existencia de una contradicción entre los principios democráticos socialmente aceptados y lo establecido en el texto mismo.

Históricamente, han existido tres grandes visiones sobre la legitimidad de la Constitución del 80'. La primera, reconoce a ésta Carta como legítima desde su origen. La segunda, aunque atribuye un origen espurio a la Constitución, le otorga un carácter de legítima a partir de las reformas que ha experimentado desde 1989. Y la tercera, dice relación con negar la legitimidad de la Constitución, en ambas dimensiones de análisis.

En primer lugar, se procederá a exponer el “debate” generado en el contexto mismo de la elaboración, aprobación, ratificación y promulgación de la Constitución de 1980. Aquí hay que considerar que, en el contexto de un “Estado de Excepción Constitucional”, las condiciones para un debate abierto no existían, por lo que las referencias históricas al respecto son escasas. No obstante ello, si existe plena claridad en las diferentes posturas.

En segundo lugar, ésta exposición se trasladará al Chile actual, considerando las reformas que ha sufrido la Constitución desde 1989 a la fecha.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En 1981 se publicó la obra “La Constitución de 1980. Su Legitimidad”, de Dieter Blumenwitz y Sergio Gaete, el primero, Doctor en Derecho de la Universidad de Würzburg (Alemania), y el segundo, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. En ella, con la intención de demostrar la legitimidad de lo que había sido la convocatoria a plebiscito del día 11 de septiembre de 1980, se reproducen algunos documentos tales como discursos, conferencias y una declaración pública, todos los cuales hacen en general una férrea defensa de la dictadura amparándose en ciertos supuestos legitimadores.

El primero de ellos, un discurso de Gaete, del 18 de septiembre de 1973, habla sobre la legitimidad de origen de la Junta de Gobierno, justificando el Golpe de Estado.¹⁰⁵ Parte haciendo hincapié en la supuesta “ilegitimidad de ejercicio en que había caído el gobierno del depuesto presidente”, en sus intentos de “ganar el poder marxista totalitario”, incurriendo en “ilegalidades” en un “proceso de destrucción del Estado de Derecho”. Junto a ello, sostiene también que “los mecanismos institucionales consultados en nuestro ordenamiento jurídico político se mostraron ineficaces para satisfacer el clamor del pueblo” (Constitución de 1925). Con ello, se habrían cumplido “todos y cada uno de los requisitos y condiciones que a la luz del derecho natural legitiman la resistencia activa”. La Junta militar, según este documento, estaría guiada por los “propósitos de justicia y de bien común”, obligando a los “súbditos a obedecer la autoridad legítima”.

¹⁰⁵ BLUMENWITZ, Dieter y GAETE, Sergio; *“La Constitución de 1980. Su Legitimidad”*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1981, pp. 9-14

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En otro discurso, del 1974 y de la misma autoría, se defiende también la legitimidad de ejercicio de la Junta militar¹⁰⁶, explicando que ella al hacerse de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Constituyente (D.L. N° 128) estaba haciendo uso de un “derecho que naturalmente le correspondía”.

En el documento, “Los fines del Derecho”¹⁰⁷, de 1975, se agrega otro argumento a la justificación del Golpe y la instauración del régimen militar, se trata del “clamor ciudadano” anti UP, expresado en “manifestaciones masivas, paros nacionales, gremios, organizaciones comunitarias, colegios profesionales, etc.”, además por parte de los “poderes públicos”. Vuelve también sobre derecho de resistencia del que habría hecho uso la Junta para instituirse como Gobierno legítimo, en defensa del “bien común”.

En otro documento, donde se refiere al “Poder Constituyente”¹⁰⁸, que habría asumido la junta luego de instituirse como gobierno legítimo, alude también a la necesidad de una “nueva Institucionalidad”, y resalta el carácter de ilimitado de esta Potestad. Se refiere también los requisitos para la existencia de una revolución legítima, argumentando indirectamente el carácter revolucionario del Golpe.

El 24 de agosto de 1980, un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica emiten una Declaración Pública¹⁰⁹, en donde hacen una

¹⁰⁶ Ídem, pp. 15-22

¹⁰⁷ Ídem, pp. 23-32

¹⁰⁸ Ídem, pp. 33-45

¹⁰⁹ Ídem, pp. 47-54

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

defensa de la legitimidad de la convocatoria a plebiscito, argumentando la legitimidad de origen de la Junta y su derecho a detentar la titularidad del Poder Constituyente. En relación a esto último, recalca que bien pudo la Junta, en su condición de titular del Poder Constituyente, haberse limitado al proceso de elaboración y aprobación del anteproyecto y “ella misma haber dictado y puesto en vigencia la nueva Constitución sin mas trámite”. El plebiscito sería convocado entonces sólo por “razón de prudencia”. Termina llamando a “votar Sí a la nueva Constitución”

Desde la vereda del frente, haciendo una fuerte crítica a las condiciones objetivas en que se convocaba a plebiscito, el asesinado Ex-Presidente Eduardo Frei Montalva, en un masivo acto en el Teatro Caupolicán de Santiago, el 27 de agosto de 1980, llamó a la ciudadanía a votar en forma negativa el proyecto constitucional de la dictadura. En aquella oportunidad, Frei señaló críticas a todo el proceso de elaboración del texto y de la realización del plebiscito¹¹⁰.

Las palabras de Frei sintetizan los motivos que harían ilegítimo tal proceso: *“Este plebiscito carece de validez y lo rechazamos porque no reúne las condiciones mínimas que garanticen su legitimidad. No es válido, porque no se puede llamar a un plebiscito cuando el país vive bajo estado de emergencia. No es válido, porque requeriría un sistema electoral que asegure la autentica expresión*

¹¹⁰ Frei Montalva fue quien presidió este evento siendo su orador principal, al cual asistieron militantes y simpatizantes de la Democracia Cristiana y de las organizaciones de Izquierda. El Ex Presidente propuso en dicho acto, entre otras medidas, la existencia de un período de transición de dos o tres años en base a un Gobierno cívico-militar, y la elección de una Asamblea Constituyente que elaborara la nueva Constitución, que sería sometida luego a aprobación plebiscitaria.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

del pueblo al que se confronta. No es válido, porque no existen registros electorales, y han transcurridos prácticamente siete años desde su destrucción, lo que revela la voluntad deliberada de no rehacerlos. No es válido, porque las mesas que recibirán los sufragios y harán su recuento están formadas por personas designadas por los alcaldes que, a su vez, son nombrados por el jefe de estado. No es válido, porque todo el proceso de computo de votos y sus resultados, en sus dos primeras fases, esta en manos de las autoridades, primero del alcalde y su secretario y después del gobernador, nominados por el ejecutivo... no es válido, porque están proscritos los partidos políticos y, en consecuencia, no puede haber apoderados fidedignos que controlen la votación y la seriedad de los escrutinios. No es válido, porque no existe libertad de reunión ni de manifestaciones publicas. El hecho de estar aquí hoy no significa sino una excepción muy limitada y condicionada. No es válido, porque no existe libertad de información ni de expresión. Los que disienten no tiene acceso a la televisión, que en nuestro mundo es el principal instrumento de comunicación y muy escaso a las radios y a la prensa. No es válido, porque esas restricciones se han intensificado al extremo desde que se llamo a consulta. No es válido, porque existe la permanente amenaza de detenciones, relegaciones o secuestros. De modo que nadie puede engañarse: el resultado de este plebiscito esta determinado”.¹¹¹

Si en el año del plebiscito y durante el resto de la dictadura militar el debate estuvo centrado entre la legitimidad o ilegitimidad de origen de la Constitución,

¹¹¹ RAMIS, Álvaro; GUZMÁN, Juan, y otros, “Asamblea Constituyente Nueva Constitución”, Editorial Aún Creemos En Los Sueños, Santiago, 2009, pp. 10-11

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

encontrándose dos posturas totalmente antagónicas, a partir de las reformas de 1989¹¹², y sobre todo a medida que se iniciaba la transición a la democracia, la postura de la mayor parte de quienes antes catalogaban de ilegítima la Carta fundamental ahora se ablandaba. Es decir, si bien siguen considerando que el texto de 1980 nació en un contexto que no otorgaba garantías mínimas para un proceso limpio, creen que con las reformas introducidas en 1989 la Constitución se legitima.

En la línea anterior, las posiciones de Francisco Cumplido y Humberto Nogueira son ilustrativas.

Estos autores, en su obra *Teoría de la Constitución*, de 1994, exponen los argumentos con los cuales defienden la legitimación de la Constitución de 1980. En efecto, si bien parten reconociendo en su origen un marcado rasgo de ilegitimidad, plantean que con la introducción de las 54 reformas de 1989 ésta situación se saneaba. Esto no solo por que medió un plebiscito que cumplía con las garantías mínimas, sino también, por el contenido mismo del texto reformado, en donde se derogaban o modificaban preceptos autoritarios, como por ejemplo la derogación del artículo 8º que restringía el pluralismo ideológico, era garantía para dar paso a la transición a la democracia en Chile.

Respecto de la ilegitimidad de origen sostienen: *“La Constitución de 1980, en su gestación y aprobación, responde a una perspectiva autoritaria, donde la participación popular democrática estuvo completamente ausente, dado que fue*

¹¹² Ratificadas en el plebiscito del día 30 de julio de 1989, con un 85,7% de votación favorable.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

elaborada y estudiada por organismos designados por los detentores fácticos del poder aprobada por la propia Junta de Gobierno. En cuanto al proceso de ratificación por plebiscito, hubo una manifiesta intervención del oficialismo”¹¹³ Más adelante indican: “en tal situación (...) la Constitución de 1980 no tiene mayor valor jurídico que el de un decreto ley dictado por el poder fáctico detentado por la Junta de Gobierno, exigible sólo en virtud de la potestad constituyente autoconcedida por decreto ley 128, pero asumida en realidad a partir del mismo 11 de septiembre de 1973”¹¹⁴

Respecto de la legitimación que habría sufrido la Constitución, en 1989, expresan: *“se concordó un marco constitucional aceptado por el cuerpo político de la sociedad y sus principales fuerzas políticas, dentro de la cual deben enmarcar sus actuaciones. Se legitimó así la Carta fundamental como norma consensuada”*.¹¹⁵

Por otro lado, Hernán Molina, en su obra “Derecho Constitucional”, también apunta al mismo blanco. Es decir, reconoce ilegitimidad de origen, pero sostiene legitimación a partir de las reformas en cuestión. Además de ello, señala otros dos elementos que apoyarían su pensamiento.

Este autor, que intenta poner fin al debate sobre la legitimidad de la Carta de 1980, se centra en el enfoque dinámico de la cuestión, apuntando los siguientes hechos como argumentos legitimadores: “1) *El plebiscito del 5 de*

¹¹³ CUMPLIDO y NOGUEIRA, ídem, p. 267

¹¹⁴ Ídem, p. 268

¹¹⁵ Ídem, p. 269

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

octubre de 1988 (...); 2) La aprobación de la primera reforma constitucional (1989); y, 3) La elección presidencial efectuada el 14 de diciembre de 1989, en la que fue elegido Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar, quien asumió el cargo el 11 de marzo de 1990 y prestó el juramento de estilo, de guardar y hacer guardar la Constitución”¹¹⁶

Es posible deducir entonces una convergencia concreta entre quienes habían sostenido desde un comienzo la legitimidad de la Constitución y quienes ahora, desde 1989, igual le reconocen ese carácter. No obstante, ello no significa en ningún momento que el debate se haya saldado ahí. Hay que entender por lo demás esta discusión en el marco de la transición a la democracia, en donde quienes regresaban al poder político debían no solo aceptar sino también legitimar el rayado de cancha de la dictadura. El traspaso del poder a un gobierno civil, y el reconocimiento de ciertas garantías mínimas, había sido cuidadosamente pactado entre Pinochet y la Concertación.

No obstante lo anterior, y especialmente desde los sectores que habían rechazado el carácter legitimador del plebiscito de 1989, se seguirá planteando una ilegitimidad de origen no superada. A ello también se suma la posición de sectores progresistas que, si bien reconocen la legitimación de la Carta de 1980, continuaran apelando a una mayor democratización de ella, articulada en demandas como la eliminación de los senadores designados y vitalicios, de la

¹¹⁶ MOLINA GUAITA, ídem, pp. 34-35

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las FF.AA y de Orden, reforma al sistema electoral binominal, entre otras.

Desde las reformas de 1989, a pesar que después le siguieron una serie de otras modificaciones sobre diferentes ámbitos, será a partir del año 2005 cuando vuelva a resurgir con fuerza el debate entorno a la Constitución de 1980, el que se ha ido profundizando hasta hoy. En efecto, en septiembre de ese año el entonces Presidente Ricardo Lagos promulga un nuevo paquete de reformas constitucionales, que constaba de 58 modificaciones al texto que aún llevaba la firma de Pinochet y que se cambia por la del Ex - Mandatario concertacionista.

Estas nuevas reformas nacieron producto de un acuerdo entre la Derecha y la Concertación, el que venía trabajándose hacia unos años y que sella sus bases en abril de 2004¹¹⁷. Se trataba de las llamadas reformas “duras”, que desde 1990 fueron anheladas por diversos sectores políticos.

No obstante estas nuevas modificaciones significar en sí mismas un valioso paso en el refuerzo de la débil democracia de la transición, no significan en el fondo un gran cambio, por lo menos para quienes plantean la necesidad de una Constitución verdaderamente democrática.

En consecuencia, el texto refundido abrió un debate que no está zanjado en su totalidad: diversos juristas y políticos discuten si es o no correcto llamar a este texto "Constitución de 2005". Quienes están a favor del cambio de nombre

¹¹⁷ Ver “*El Mercurio*”, 25 de abril de 2004

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

argumentan que el que exista un nuevo texto refundido, fechado en 2005 y que lleva la firma del Presidente Lagos en vez de la de Augusto Pinochet califica para hablar de un nuevo texto constitucional. Los que apoyan mantener la denominación "Constitución de 1980" dicen que no corresponde hablar de una nueva Constitución porque las reformas no modificaron las líneas matrices del texto, sino que lo adecuaron a los nuevos tiempos, y que no se formó una Asamblea Constituyente para elaborar una Carta Fundamental completamente nueva.

El entonces presidente Ricardo Lagos, en su discurso de promulgación del "nuevo texto", diría lo siguiente: *"Hoy, 17 de septiembre del año 2005, firmamos solemnemente la Constitución democrática de Chile"*¹¹⁸

Con la entrada en vigencia de estas últimas reformas constitucionales, se agregaba un nuevo argumento para la doctrina mayoritaria, en relación a que esto legitimaría finalmente la Constitución del '80 y ella por fin alcanzaría un carácter democrático.

Desde la perspectiva que considera que se mantienen las líneas matrices de la Carta de 1980, no cambiando su ilegitimidad de origen, destaca la opinión de Kamel Cazor, quien señala lo siguiente: *"desde una clara posición minoritaria, estimamos que el origen espurio de la Carta Fundamental y la falta de un real consenso entorno a su sentido material, siguen estando presentes y siempre*

¹¹⁸ Ver texto completo del discurso del Ex Mandatario en "El Mercurio" de 18 de septiembre de 2005, p. C 3

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

subyacerán en nuestra práctica constitucional.”¹¹⁹ Junto con ello Cazor asevera: “tampoco la Carta de 1980 puede pretender legitimarse a sí misma – a partir por los mecanismos por ella establecidos -, ya que dicho ejercicio del poder constituyente derivado, no poseería la suficiente justificación democrática para transformarla en una Constitución auténticamente normativa, cuestión que más propiamente, le otorgaría una mayor eficacia jurídico-formal, pero no legitimidad política”¹²⁰

Sin lugar a dudas que la problemática de la legitimidad de la Constitución de 1980 es un tema que tiene para rato, y por ser así exige seguir abriéndose paso entre las masas populares, pues constituye una cuestión de interés social, que traspasa las fronteras de lo formal, de lo estrictamente jurídico: el deliberar sobre la Constitución es pensar el Estado y la sociedad que se quiere construir, es un acto soberano por excelencia.

A través de esta investigación, en tanto se vaya avanzando en la definición de la legitimidad de la Constitución Política de 1980 a la luz de los antecedentes históricos y jurídicos, se determinará cual de éstas grandes visiones es la que se condice con la realidad y toma razón. Para lo anterior, se someterá la Carta Fundamental a la lupa crítica de una perspectiva democrática de la legitimidad. Este ejercicio considerará también la doctrina clásica y contemporánea sobre la materia.

¹¹⁹ CAZOR, Kamel, “Reformas de 2005: ¿Constitución auténticamente democrática? ¿Nueva Carta Fundamental?”, en “La Constitución reformada de 2005”, Librotecnia, 2005, p. 539

¹²⁰ Ídem, p. 540

Planteamiento del Problema

La Constitución Política de la República de Chile, desde su origen ha sido centro de controversias desde diversos aspectos, fundamentalmente en los ámbitos jurídico y político. En efecto, las posiciones adoptadas respecto de la génesis y vigencia de la Carta Fundamental se encuentran en su mayoría en dos polos antagónicos; por un lado, están quienes defienden la Constitución en sí misma y como legado del régimen militar, mientras en el otro extremo existe la posición abiertamente contraria tanto al proceso de generación de la Ley Fundamental como a su vigencia. No obstante las dos visiones anteriores, también es posible observar una perspectiva más conciliadora, que si bien critica el origen de la Constitución, reconoce en el actual texto, significativos avances que serían resultado de un largo proceso de negociación.

Las condiciones en las que se dio la elaboración, aprobación, ratificación y promulgación de la Constitución de 1980, son la principal fuente de discusión respecto de la representatividad, legitimidad y carácter democrático de ésta. Y junto con ello, se suman las diferentes lecturas que se hacen respecto de la aplicación en el tiempo de la obra de Jaime Guzmán, y de sus reformas.

En directa relación con lo anterior, respecto de la legitimidad de la Constitución de 1980 también, y como es de esperar, existen marcadas divisiones en cuanto a la apreciación de este elemento de análisis. En tal sentido, la posición

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

que legitima la Carta Fundamental, desde su elaboración hasta el día de hoy, resalta la ratificación plebiscitaria a la que se sometió el texto original el 11 de septiembre de 1980; por otro lado, la posición que reconoce un vicio de ilegitimidad en el texto original, pero que legitima el actual, parte de la premisa de que tanto las reformas de 1989 y principalmente, las del año 2005, revisten a la Constitución de un nuevo aire democrático y legitimizador. Finalmente, está la visión más crítica que apunta a deslegitimar la Constitución de 1980, desde su génesis hasta la actualidad, y que parte de la premisa de que toda obra heredada de la dictadura de Pinochet tiene carácter de ilegítima.

En resumen, existe una problemática que es de suma importancia poder tratarla como una cuestión de interés nacional, a propósito de estar a las puertas del Bicentenario del Estado-Nación chileno. Esto requiere, por lo demás, de un análisis crítico de los principales procesos y eventos que originaron y fueron modificando la Constitución de 1980, con el fin de poder establecer un diálogo nacional que logre construir una salida a esta maraña.

Considerando todo lo anterior, esta investigación se propone determinar – desde un *punto de vista político - jurídico* – la legitimidad de la Constitución Política de la República de Chile, promulgada el año 1980, desde las dos dimensiones de análisis que existen al respecto, es decir, la estática, que se refiere a su origen, y la dinámica, que trata sobre la aplicación de la Carta Fundamental en el tiempo, considerando las reformas existentes. Todo esto con el fin de aportar a enriquecer la discusión señalada más arriba, pues en la medida en

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

que existan más elementos para el debate, mejores frutos dará éste, los que irán por cierto e beneficio del devenir del Estado y el pueblo chileno.

Objetivos

Objetivo General:

Determinar la legitimidad de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, desde sus dimensiones estática y dinámica.

Objetivos Específicos:

- Caracterizar el contexto histórico y las condiciones en las que se elaboró, aprobó, ratificó, y promulgó la Constitución Política de 1980.
- Caracterizar los procesos de reformas constitucionales de 1989 y 2005.
- Analizar la legitimidad estática de la Constitución Política de la República de Chile aprobada en 1980.
- Analizar la legitimidad dinámica de la Constitución Política de la República de Chile aprobada en 1980.

Hipótesis

La Constitución Política de la República de Chile es ilegítima, tanto desde la perspectiva estática, que se refiere a su origen, como dinámica, que dice relación a su aplicación en el tiempo.

Metodología

Esta investigación, calificada como un examen, consiste en términos generales en el trabajo de verificación de la hipótesis mediante el contraste de una concepción teórica determinada con la realidad histórica.

Guiada por la hermenéutica, se llevará a cabo el estudio e interpretación de las fuentes correspondientes basándose en la utilización del método científico en historia, el cual consiste básicamente en seguir procedimientos para plantear problemas y su argumentación respecto a una hipótesis y verificar las supuestas soluciones.

Para la argumentación de las ideas que se desarrollarán en la investigación se tomarán como antecedentes fundamentales los entregados por las fuentes, respecto de los diversos puntos a tratar:

Las fuentes utilizadas para esta investigación son las siguientes:

- Texto original de Constitución Política de la República de Chile de 1980,
- Decretos Leyes y Supremos emanados desde la Junta de Gobierno,
- Documentos oficiales varios: bandos, actas, discursos, comunicados, declaraciones públicas, entre otros.
- Leyes de Reforma Constitucional a la Constitución de 1980, y
- Prensa Escrita.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Todas las fuentes enunciadas, salvo los textos de las Leyes de Reforma, son para determinar la legitimidad de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 en su dimensión estática, entregando ellas los argumentos para tal o cual conclusión.

Los textos de las Leyes de Reforma a la Constitución, en esta misma idea, se utilizarán para determinar la legitimidad de la Carta de 1980 en su enfoque dinámico, considerándose también la prensa escrita, para apoyar la argumentación de las ideas.

Los pasos a seguir en este trabajo investigativo son fundamentalmente los siguientes: búsqueda y recopilación de material bibliográfico pertinente a la investigación y sus propósitos; búsqueda de fuentes primarias; selección de la bibliografía y fuentes; organización del material recopilado; fichaje de la bibliografía y las fuentes primarias; análisis e interpretación del material recopilado; y elaboración del informe final.

Capítulo I

La Génesis

Capítulo I. La Génesis

De la victoria de Allende al Golpe de Estado de 1973.

El día 4 de septiembre de 1970 marca un hito importante en la historia republicana de Chile y especialmente en el marco de un proceso político-social que la Izquierda venía impulsando desde hacía décadas, el que apuntaba esencialmente a la superación del sistema de producción capitalista y la construcción de una nueva sociedad y un nuevo sujeto histórico, guiado por los postulados del socialismo científico¹²¹. Se trata precisamente de la victoria alcanzada por Salvador Allende Gossens, candidato de la Unidad Popular¹²², en las elecciones presidenciales de tal fecha, superando por estrecho margen al abanderado de la Derecha, Jorge Alessandri Rodríguez, quien ya durante el período 1958-1964 condujera los destinos del país. El Doctor Allende, de militancia socialista, obtiene el 36.6% de los sufragios, primera mayoría que fue posible a pesar de una contundente “campaña del terror” emprendida por los

¹²¹ Sistema teórico conocido corrientemente como marxismo, en alusión a Karl Marx, su principal precursor.

¹²² Coalición política de izquierda, creada en 1969 y compuesta por el Partido Radical, Partido Socialista, Partido Comunista, el Movimiento de Acción Popular Unitario, el Partido de Izquierda Radical y la Acción Popular Independiente, incorporándose la Izquierda Cristiana y el MAPU en 1970 y el MAPU Obrero y Campesino (escisión del MAPU) en 1973. Además contó con el apoyo de la central sindical nacional, la CUT (Central Única de Trabajadores). Los partidos políticos estaban representados en la Comisión Política de la UP. Para los simpatizantes independientes se formaron los CUP (Comités de la Unidad Popular) a nivel vecinal, de fundo, de servicio público y de fábrica.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

medios de comunicación en manos de la derecha, dentro de los cuales la empresa periodística “El Mercurio” de la familia Edwards jugó un destacado rol¹²³.

El detalle de los resultados de la elección en cuestión es el siguiente:

Salvador Allende Gossens : 1.070.334 (36,6%)

Jorge Alessandri Rodríguez: 1.031.159 (35,3%)

Radomiro Tomic Romero : 821.801 (28,1%)

Votos válidamente emitidos: 2.923.294

Blancos y Nulos : 31.505

Abstención : 584.958

Total votantes : 3.539.757

Este hecho reviste una connotación histórica de magnitudes, pues se trata del primer presidente marxista en la historia que llega al poder por la vía electoral, atendiendo a una realidad internacional que solo conocía de procesos armados, mediante los cuales fueron posibles por ejemplo la Revolución bolchevique de octubre de 1917 o su homóloga Cubana de enero de 1959. En consecuencia, no solo el pueblo chileno estaba siendo testigo – y por lo demás parte – del tal hecho, sino también la misma comunidad internacional, quien recibió la noticia con gran asombro, lo cual empezó a concitar un gran interés por seguir el desarrollo de la experiencia chilena.

¹²³ Respecto a la incidencia que la familia Edwards, mediante “*El Mercurio*”, ha tenido en la política nacional, se sugiere el film “*El Diario de Agustín*”, del director chileno Ignacio Agüero.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La “vía chilena al socialismo”, que consistía en la realización de profundas transformaciones económicas, sociales y políticas, desde la propia institucionalidad del Estado liberal-democrático, tenía en el triunfo electoral de Allende su principal fuente de confirmación, lo que permitía entonces que el proyecto de la Unidad Popular pudiera comenzar a ejecutarse una vez concretado el respectivo traspaso de mando. Sin embargo, al no haber obtenido mayoría absoluta ningún candidato, correspondía al Congreso Pleno decidir por uno de los dos primeros, según lo establecido por la Constitución reformada de 1925. Hasta ese entonces, cuando se presentó el caso de votar por las dos primeras mayorías, como fue la situación que se dio con la elección de 1958, entre Alessandri y Allende, había sido normal que se aceptara de antemano el criterio de votar en el Congreso Pleno por la primera mayoría. Pero, en 1970 la coyuntura política fue distinta, pues la Derecha y la Democracia Cristiana (DC) no estaban dispuestas a permitir que la Izquierda asumiera el gobierno.

La burguesía criolla no podía menos que sufrir cura de espanto ante los resultados de la elección presidencial y el escenario político que empezaba a configurarse. En este sentido, desde la extrema derecha hasta el centro político no vieron con buenos ojos lo que acababa de suceder y más aún la proyección que ello tenía en el tiempo. Estaba para ellos en peligro la mantención del status quo, su poder político y económico, y en definitiva sus privilegios de clase dominante. El socialismo que tanto aborrecían ya no estaba solamente en la Europa del Este y Cuba, sino que empezaba a dar pasos importantes en Chile.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

A la preocupación de la derecha y el centro político se suma también la de ciertos sectores en la oficialidad de las Fuerzas Armadas, la que pudo hacerse evidente y transformarse en hechos lamentables que más adelante se desarrollaran.

Finalmente, en relación a este marco general de reacciones, era de esperar que Estados Unidos de Norteamérica, potencia líder en aquel entonces en la lucha contra el avance del socialismo a nivel mundial y regional, empezará a trabajar decididamente, mediante la Central de Inteligencia Americana (CIA), ciertas fórmulas en dirección a evitar la asunción de Allende como Presidente de la República. Se trataba para el gobierno de la época del peligro de levantarse una “segunda Cuba” en el continente y de la posibilidad que ello agilizara o encendiera procesos análogos.

Considerando el contexto anteriormente descrito, es que tanto dentro como fuera de las fronteras de Chile se inicia un proceso coordinado, tendiente en primer lugar a evitar a toda costa que Salvador Allende asumiera la Presidencia de la República, y en segundo término, si ello no fuera posible, a provocar por diferentes medios la desestabilización y derrocamiento del futuro gobierno, legítimamente electo.

Para la Derecha y el Centro existían tres opciones fundamentales para dar salida a tal encrucijada histórica: en primer lugar, condicionar el apoyo de la DC a Salvador Allende a un compromiso de éste a cumplir las bases de un documento denominado “Estatuto de las Garantías Constitucionales”; en segundo lugar, votar

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

por la segunda mayoría, es decir, por Alessandri, proposición de la bancada parlamentaria de Derecha, -con un eventual respaldo de la DC si Allende no aceptaba las condiciones mencionadas anteriormente- que consistía en votar por Alessandri, quien después de asumir la Presidencia por un corto período renunciaría para dar lugar a una convocatoria a elecciones de nuevo presidente, donde se estudiaría la posibilidad de que Frei aceptara ser candidato; y como tercera vía, promover un golpe militar para impedir que Allende asumiera como Presidente, opción que contaba con el apoyo del Departamento de Estado Norteamericano.

Respecto a la opción de la firma del Estatuto de Garantías Constitucionales por parte de Allende, mediante la cual la DC le entregaría sus votos en el Congreso Pleno, fue la que en definitiva se concretó, no obstante el desarrollo parcial de las otras dos. De este modo, el día 24 de septiembre la Directiva de la DC presenta ante el candidato vencedor tal documento con el objeto de que Allende se comprometiera a cumplir los puntos allí enumerados, entre los que destacan los siguientes: la mantención del pluralismo político, el reconocimiento de la existencia y libertades de los partidos, el derecho de éstos y de las Universidades a mantener medios de comunicación, la amplia libertad de prensa y de expresión, la plena vigencia del Estado de Derecho, la independencia de los poderes públicos fundamentales, la necesidad de que “las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros sigan siendo una garantía de nuestra convivencia democrática”, la prescindencia de toda orientación ideológica oficial de la

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

educación y respeto de la autonomía de las Universidades, la existencia libre de organizaciones sindicales y sociales.

Este condicionamiento a quien había obtenido la primera mayoría electoral, contenía un punto fundamental, de grave trascendencia para el futuro del país: aquel que dice relación con el rol de garantes de las Fuerzas Armadas y Carabineros, no contemplado ni en la Constitución de 1833 y menos en la vigente Constitución de 1925, que al respecto en su artículo 22 establecía: *"La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar"*. Esta exigencia de las máximas autoridades de la DC¹²⁴ se expresó tal como sigue: *"Nos interesa que las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros sigan siendo una garantía de nuestra convivencia democrática. Esto exige que se respeten las estructuras orgánicas y Jerarquías de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros, los sistemas de selección, requisitos y normas disciplinarias vigentes, se les asegure un equipamiento adecuado a su misión de velar por la seguridad nacional, no se utilicen las tareas de participación que se les asignen en el desarrollo nacional para desviarlas de sus funciones específicas, ni comprometer sus presupuestos"*.¹²⁵

¹²⁴ Es necesario destacar aquí un elemento que precisa Luís Vitale; dice: "Cabe señalar que este y otros puntos del Estatuto de las Garantías fue resuelto por el Consejo Nacional de la DC, con la oposición de la mayoría de sus bases y, sobre todo, con la decidida oposición de Radomiro Tomic, quien en su condición de candidato que obtuvo la tercera mayoría reconoció públicamente el triunfo de Salvador Allende y su derecho a ser Presidente, como tradicionalmente había sucedido en anteriores elecciones presidenciales en las que ninguno de los candidatos obtuvo más del 50% de los votos". VITALE, Luís, *"Interpretación Marxista de la Historia de Chile"*, cap. VII, p. 44, versión online.

¹²⁵ *"El Mercurio"*, *"El Clarín"* y otros diarios de circulación nacional, 24 de septiembre de 1970.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Este punto – que desconocía las atribuciones constitucionales del Presidente de la República, en su carácter de máxima autoridad, para intervenir en la designación de los altos mandos y reemplazar a cualquier general o cuerpo militar que no reconociera la obediencia al Presidente – se presentó luego como Reforma Constitucional, aprobada por el Congreso el 22 de octubre de 1970.

La gravedad de lo anterior, que se funda en la propia Doctrina de Seguridad Nacional (DSN)¹²⁶ respecto del nuevo rol que atribuía a las FF.AA. de intervenir para garantizar la seguridad interna, reside en que fue la justificación que se utilizó para dar el Golpe militar contra el gobierno de Allende, legítimamente elegido por votación democrática en las elecciones de 1970.

Por su parte, la opción de la Derecha, representada por el Partido Nacional, fue llamar a los Senadores y Diputados a votar en el Congreso Pleno por la segunda mayoría, Jorge Alessandri. Esta maniobra política fracasó, cuando Alessandri, en un gesto democrático, hizo una declaración pública el 19 de octubre en la que renunció a esa postulación, llamando abiertamente a los parlamentarios

¹²⁶ La Doctrina de Seguridad Nacional (DSN), fue el sostén ideológico de las dictaduras militares en América Latina, principalmente durante los 60s y 70s, y fue ideada por el gobierno de Estados Unidos como forma de ejercer un contrapeso político en la región en el marco de la Guerra Fría. Fue transmitida principalmente desde de la polémica Escuelas de las Américas en Panamá, que instruyó a militares latinoamericanos en técnicas de contra-insurgencia y violaciones a los derechos humanos. Esta doctrina considera a los propios ciudadanos de un país como posibles amenazas a la seguridad nacional.

a no votar por él, con el propósito de contribuir a que *"don Salvador Allende asuma el mando supremo en un clima de la mayor tranquilidad"*.¹²⁷

Finalmente, la opción de Golpe militar se jugó desde el primer día que triunfó Allende. En efecto, tal como lo señala Luís Vitale, *"en esa noche del 4 de septiembre, mientras se anunciaban oficialmente los cómputos casi finales de los escrutinios, que daban una mayoría a Salvador Allende, se vivió un momento angustiante cuando tanques y militares, dirigidos por el general Camilo Valenzuela, avanzaron hacia el Palacio Presidencial de La Moneda (...). En ese momento, ningún político relacionó el insólito movimiento de tanques con un intento golpista, aunque documentos posteriores demostraron que en ese momento el general Camilo Valenzuela ya estaba ligado a la CIA, llegando a ser poco después una pieza clave en los planes de secuestro del general Schneider, según los propios documentos de la CIA"*.¹²⁸

Desde el momento en que se conoce el resultado oficial que dio por vencedor al candidato de la Unidad Popular, la Derecha, coludida con el imperialismo estadounidense, inicia una campaña anti-allendista con el objetivo de generar las condiciones propicias que justificaran un Golpe militar. En este sentido, desde su principal medio propagandístico, "El Mercurio", y el grupo fascista "Patria y Libertad", exhortaba a la pequeña burguesía y los sectores medios asalariados a frenar el asenso de Allende, advirtiéndole de mil males que

¹²⁷ Declaración de Jorge Alessandri R., publicada por "El Mercurio" y otros diarios, Santiago, 19 de octubre de 1970.

¹²⁸ VITALE, Luís, *"Interpretación Marxista de la Historia de Chile"*, cap. VII, p. 46, versión online.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

supuestamente traía consigo la Unidad Popular. Es así como en la edición del día 13 de septiembre de "El Mercurio" se exponía lo siguiente: *"Resulta conveniente que los sectores medios analicen en su significado y alcance exacto las garantías que se les ofrecen"*¹²⁹. Mientras que en una concentración de Patria y Libertad en el Estadio Chile, el día 14 de septiembre, su Jefe Pablo Rodríguez G., llamó a crear una *"espada civil"*: *"No pasarán, ¡no pueden pasar! (...) Este proceso electoral terminará pese a quien pese y pase lo que pase (...) Los que piensan que llevamos a Chile a una guerra civil es porque tienen temor de ejercer los derechos, porque tienen miedo y son cobardes (...) Si quieren la guerra civil, aquí nos encontrarán de pie (...) Les advertimos que restableceremos el orden en Chile y usaremos la fuerza si es necesario"*.¹³⁰

Documentos de Octubre de 1970, prueban que la CIA estaba íntimamente ligada a un sector de militares, mientras sus agentes políticos trataban de provocar una respuesta terrorista de la Izquierda, como dice uno de sus documentos: *"También continúan los esfuerzos para provocar en la extrema izquierda una reacción violenta, que produciría el ambiente necesario para una intervención militar"*.¹³¹ Finalmente tal reacción no se produjo.

La escalada golpista tuvo su punto más álgido en el atentado a René Schneider, Comandante en Jefe del Ejército, el día 22 de octubre. La operación

¹²⁹ "El Mercurio", 13 de septiembre de 1970.

¹³⁰ Ídem, 15 de septiembre de 1970, p. 24.

¹³¹ DAZA, Loreto, *"El Golpe de Estado que la CIA organizó contra Allende"*, Capítulo VII de la serie publicada en la revista "Qué Pasa", pág., 3, Santiago, 1989.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

fue dirigida y ejecutada por el general Roberto Viaux, el mismo autor del “Tacnazo” contra el Presidente Frei. Viaux se adelantó al plan de la CIA, que en el país descansaba en la cabeza de otro grupo liderado por el general Valenzuela, y que consistía en secuestrar al General Schneider y obligar así al Ejército a entrar en acción. El atentado terminó en un enfrentamiento en el que fue herido de gravedad el General Schneider, quien termina por fallecer. Schneider había demostrado una vocación democrática tan manifiesta en favor del gobierno legítimamente electo que llegó a denominarse "Doctrina Schneider"¹³².

Los intentos de la CIA por evitar que Allende asumiera el poder formaron parte de lo que se conoce como Track I. Esta vía incluía actividades políticas, económicas y de propaganda las que fueron diseñadas para inducir a los opositores de Allende en Chile para que impidan su llegada al poder por medios políticos o militares

Finalmente, los intentos por impedir la investidura de Allende no dieron los frutos que la CIA, los militares y la Derecha esperaban. Más bien, todo ello tendió a jugar a favor de la UP, no obstante que se revelaran los más siniestros planes en su contra y que serían antecedentes del Golpe de Estado de 1973.

La asunción de Allende a la Presidencia de la República se genera por tanto en medio de un clima de fuertes tensiones políticas.

¹³² Se conoce con este nombre a la postura de respeto irrestricto a la Constitución y la voluntad soberana del pueblo, adoptada por el general de Ejército René Schneider, frente al escenario político nacional post triunfo de Allende.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La etapa que se inicia con la asunción de Allende, atendiendo a los límites de esta investigación, será abordada en cuanto entregue antecedentes sustanciales para entender el Golpe de Estado de 1973. En consecuencia, no se procederá en las líneas siguientes a un detalle de la gestión del Gobierno Popular, sino más bien, a identificar aquellos procesos que informan de la gestación del movimiento armado en cuestión, en tanto significa éste el último paso para derrocar al gobierno legítimo de Salvador Allende después de toda una ofensiva en su contra, recuperando la oligarquía nacional su papel predominante en la sociedad, además de salvaguardar con ello los intereses imperialistas de Estados Unidos sobre Chile. Se continuará por tanto con la secuencia de antecedentes desarrollada en los párrafos anteriores.

El Programa de Gobierno de Salvador Allende contenía un conjunto de medidas cuyo propósito era en primer lugar avanzar en la solución de problemas urgentes para la población y en segundo término crear las bases para echar a andar su proyecto de “vía chilena al socialismo”. En este sentido, medidas como la Nacionalización de las minas de Cobre en 1971, prosiguiendo con el salitre y el carbón, la estatización de la Banca y la nacionalización de la International Telephone and Telegraph (ITT); la profundización de la Reforma Agraria; entre otras de gran trascendencia para la implementación del programa allendista, concitaron de una u otra forma tanto la adhesión del pueblo como el rechazo de la oposición (desde la ultra derecha al centro, desde Patria y Libertad al PDC), las multinacionales afectadas y el gobierno estadounidense. En este sentido, a medida que el programa de gobierno de la Unidad Popular avanzaba en su

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

implementación, la sociedad chilena iba experimentando una transformación no menor, que se traducía por un lado en un mayor protagonismo de las masas populares y las capas medias en la construcción del futuro del país, y por otro, en una actitud cada vez más hostil principalmente de la Derecha y ultra derecha por intentar frenar tales avances. A esto ayudaba la intromisión de Estados Unidos con sus pretensiones y medidas desestabilizadoras contra el Gobierno legítimamente electo.

En orden cronológico se indicarán por tanto los antecedentes que dan cuenta de la gestación del Golpe militar de 1973, entre los cuales es posible dar cuenta de una participación múltiple: oposición política (Partido Nacional, Partido Demócrata Cristiano), acción propagandística (principalmente por parte de “El Mercurio”), acciones terroristas de la ultra derecha (Patria y Libertad), movilización de los gremios de la patronal, conspiración militar, entre otros; todos ellos, con diferentes grados de injerencia, dentro de un plan de desestabilización impulsado por Estados Unidos mediante la CIA, con la aplicación del Track II: operación encubierta que realizó el gobierno norteamericano en Chile durante 1970 y 1973, la cual consistía en desestabilizar el sistema político, económico y social de Chile, para crear un clima propicio para un Golpe de Estado. *“La idea era impulsar y estimular activamente a los militares chilenos para que actuaran en contra de Salvador Allende”*¹³³.

¹³³ SOTO, Hernán, *“Archivos secretos documentos desclasificados de la CIA”*, LOM ediciones, Santiago, 1999, p. 185.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

De acuerdo a lo anterior, y en el entendido de que la intervención estadounidense actuó como elemento articulador de la desestabilización, es necesario partir diciendo que dos días después de la asunción de Salvador Allende, el Presidente de Estados Unidos Richard Nixon convocó al Consejo de Seguridad Nacional (NSC) en pleno para discutir las formas de “*provocar su derrocamiento*”¹³⁴. Se había adaptado la estrategia, pero el objetivo continuaba siendo el mismo: derrocar a Allende, como fuera.

De este modo, la orden contenida en el documento desclasificado de la CIA conocido como *memorándum 93* o “*Política hacia Chile*” era que “*en el contexto de una postura públicamente distante y correcta*”, Estados Unidos “*intentará ejercer la máxima presión contra el gobierno de Allende, con el objetivo de impedir su consolidación*”¹³⁵. El memorándum 93 también incluía una gama de medidas formuladas para continuar los esfuerzos de Estados Unidos en orden a “*hacer chillar la economía*”¹³⁶, como Nixon había ordenado anteriormente. Por otro lado, el gobierno de Nixon, de acuerdo a archivos desclasificados de la NSC sobre Chile, “*se movió políticamente de manera rápida y sigilosa para cortar la ayuda multilateral y bilateral a Chile, mucho antes de que Allende tuviera la oportunidad de implementar sus propias políticas económicas y mucho antes de que surgiera cualquier cuestionamiento a la clasificación de riesgo del país*”¹³⁷

¹³⁴ Citado en KORNBLUH, Peter, “*Los EE.UU. y el derrocamiento de Allende. Una historia desclasificada*”, Ediciones B, Barcelona, 2003, p. 73

¹³⁵ Ídem, p. 77

¹³⁶ Ídem, p.78

¹³⁷ Ídem, p. 79-80

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

A las medidas mencionadas anteriormente, sobre estrangulación económica y aislamiento diplomático, debe agregarse la intervención clandestina de la CIA. Esto consistía en operaciones encubiertas tendientes a apoyar el plan de desestabilización, las que están resumidas en cinco puntos expuestos por Henry Kissinger, asesor de Nixon en seguridad nacional, en un memorándum para el Presidente, de mediados de noviembre de 1970, llamado “Programa de acción encubierta para Chile”: *1. acción política para dividir y debilitar la coalición allendista; 2. mantener y aumentar los contactos con militares chilenos; 3. proporcionar ayuda a los partidos y grupos políticos de la oposición no marxista; 4. apoyar ciertos periódicos y usar otros medios de difusión en Chile a través de los cuales atacar el gobierno de Allende; 5. usar medios escogidos para exagerar la subversión del proceso democrático por parte de Allende y la intervención de Cuba y la Unión Soviética en Chile*¹³⁸

En cuanto a las operaciones políticas emprendidas por la CIA, cabe destacar el rol jugado en ellas por el Partido Demócrata Cristiano (PDC), que desde los sesenta venía siendo el receptor más importante de tales operaciones de la Agencia norteamericana en Chile. Tras la asunción de Allende, la CIA *“proporciono financiamiento encubierto al PDC para transformarlo en una fuerza pro golpe”*¹³⁹

En 1971 la CIA, en vísperas a las elecciones municipales del 4 de abril, *“proporcionó importantes fondos a los tres partidos (PDC, Partido Nacional, PN; y*

¹³⁸ Idem, p. 86-87

¹³⁹ Idem, p. 89

Partido Democrático Radical), *además de suficiente dinero para que el PDC y el PN compraran estaciones de radio y periódicos para extender sus campañas antiallendistas*¹⁴⁰

El periódico “*El Mercurio*” también fue utilizado por la CIA como un medio propagandístico para lanzar virulentas e incendiarias críticas contra el gobierno de la Unidad Popular. Es así como en septiembre de 1971, un emisario de la empresa solicitó a la CIA “*apoyo encubierto por un total de un millón de dólares*”¹⁴¹. En Chile la Compañía de telefonía ITT colaboraba con la CIA entregando financiamiento a la sedición, parte del cual fluyó a “*El Mercurio*”. Fue esta misma compañía la que en marzo de 1972 ocasionó un escándalo al conocerse sus vínculos con la CIA y que en algún momento habría considerado provocar un golpe militar para detener la elección de Allende. Esto provocó gran indignación no solo en el Gobierno sino también en otros sectores de la comunidad nacional, acelerando la expropiación de las acciones de la ITT.

Respecto de la responsabilidad de EE.UU. en el Golpe de 1973 es ilustrativo lo que, durante un viaje de Pinochet a Panamá en septiembre de 1972, Oficiales del Ejército estadounidense plantearon a su delegación: “*EE.UU. apoyará un golpe contra Allende con cualquier insumo necesario cuando llegue el momento*”¹⁴². Esto da cuenta de dos elementos importantes: el primero, que EE.UU. no solo buscaba crear las condiciones para un Golpe sino también

¹⁴⁰ Ídem, p. 90-91

¹⁴¹ Ídem, p. 93

¹⁴² Ídem, p. 101

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

pretendía apoyar el mismo – como lo hizo finalmente –, y el segundo, que la figura de Pinochet ya estaba vinculada al golpismo hace un buen tiempo y que ello era de conocimiento de la CIA.

Del mismo modo, la CIA entregó recursos a Patria y Libertad para lograr el objetivo del Track II, como último recurso para derrocar a la Unidad Popular. A esta organización fascistoide, la Agencia ayudo con dineros para apoyar el Paro patronal de octubre de 1972, articulado entorno a los camioneros. Esta embestida desestabilizadora ha sido considerada también como el gran paso a la etapa pre Golpe.

Finalmente, respecto de la intervención estadounidense, es por todos conocida la política de Washington hacia Chile una vez estando la Junta Militar en el poder, totalmente antagónica a lo que fue durante el gobierno de la Unidad Popular. En efecto, se restablecieron los prestamos multilaterales negados a Allende, mientras que la CIA por su lado estableció estrechas relaciones de alianza con la temida policía secreta del régimen, la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), que al mando del Coronel Manuel Contreras fue la responsable de los mas vergonzosos atropellos a los Derechos Humanos en los primeros años de la Dictadura, hasta que fue reemplazada por la Central Nacional de Informaciones (CNI), a raíz de conocerse su participación en el atentado en Washington contra Orlando Letelier.

Por otro lado, tanto del Poder Judicial como desde el Parlamento, especialmente en los meses previos al Golpe, se lanzaban dardos contra el

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Gobierno, incitando mediante formas elegantes y forzadas a que los militares entraran en escena.

De acuerdo a lo anterior, es preciso destacar el conocido Acuerdo adoptado por la Cámara de Diputados, el día 23 de agosto de 1973, y dirigido al Presidente Allende, ante la imposibilidad de interponer una Acusación Constitucional que era lo que procedía. Hay que considerar que la oposición (PN, PDC) no alcanzaba a reunir los dos tercios de los Diputados y Senadores en ejercicio para tal efecto, pues si bien en las elecciones parlamentarias recién pasadas logró sumar un 55% ello no les alcanzaba para construir tal quórum.¹⁴³

En este acuerdo se atribuía al Gobierno el *“grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República”*¹⁴⁴ mediante una serie de imputaciones tendientes a incitar una intervención de los militares. Esta vez la Derecha y el PDC golpeaban los cuarteles en forma muy refinada, tratando de disimular un deseo que conservaban hacía tiempo.

Este documento, en su considerando número cinco establecía *“que es un hecho que el actual Gobierno de la República, desde sus inicios, se ha ido empeñando en conquistar al Poder total, con el evidente propósito de denostar a todas las personas en el más estricto control económico y político por parte del Estado y lograr de ese modo la instauración de un sistema totalitario,*

¹⁴³ *“Antecedentes Histórico-Jurídicos: años 1972-1973”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, pp. 143-148. En esta obra se encuentra el documento completo del Acuerdo de la Cámara de Diputados, como también la respuesta del Presidente Allende, con fecha 24 de agosto.

¹⁴⁴ Ídem, p. 148

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

*absolutamente opuesto al sistema democrático representativo que la Constitución establece*¹⁴⁵

En respuesta a este acuerdo, el Presidente Allende lo calificó como *“un acuerdo político destinado a desprestigiar a la país en el extranjero y crear confusión interna. Facilitará con ello la intención sediciosa de determinados sectores (...). El inmérito acuerdo aprobado no tiene validez jurídica alguna para el fin perseguido, ni vincula a nadie. (...) los diputados de oposición han exhortado formalmente a las Fuerzas Armadas y Carabineros a que adopten una posición deliberante contra el Poder Ejecutivo (...)*¹⁴⁶

Meses antes, el 29 de junio de 1973, se desarrolla un conato de golpe conocido como “el Tanquetazo”. Esta intentona estuvo al mando de un grupo de Oficiales del Segundo Regimiento Blindado. El General Carlos Prats (Comandante en Jefe del Ejército y Ministro del Interior) logró aplacar a los golpistas apostados a las afueras de La Moneda y el Ministerio de Defensa.

El último gran paso para echar a andar los preparativos del Golpe estuvo dado una vez que se produce la renuncia del General Carlos Prats a la Comandancia en Jefe del Ejército, el 21 de agosto de 1973, y lo sucede Pinochet. A ello se suman los cambios en la Marina y la Fach, en donde asumen los primeros puestos el Almirante José Toribio Merino y el General Gustavo Leigh respectivamente.

¹⁴⁵ Ídem, p. 144

¹⁴⁶ Ídem, p. 149

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Finalmente, los tres generales (se había sumado César Mendoza, General Director de Carabineros) y el Almirante, encabezan el Golpe de Estado del día 11, dando inicio a 17 años de dictadura militar.

Puede criticarse a la gestión gubernamental de la Unidad Popular falta de eficiencia en la administración de algunas empresas nacionalizadas, además de expresiones de sectarismo político con la oposición y entre los mismos partidos de izquierda, como asimismo debilidades tácticas o pasos inoportunos, especialmente haber lanzado el proyecto de Educación Nacional Unificada que, sin proponérselo, fue utilizado por la oposición política como pretexto para acusar a la UP de terminar con la enseñanza privada o de los Colegios privados. Pero es realmente una falacia sostener que Allende estaba entregado al "bloque socialista" cuando está plenamente demostrado que se proclamó como "País No Alineado", junto a los pueblos del "Tercer Mundo". Menos aún que fue un títere de la Unión Soviética para implantar el "comunismo"; la prueba es que Chile entre 1970 y 1973 no recibió ninguna ayuda económica sustancial de los países socialistas del Este.

No existe ningún fundamento serio para acusar a Salvador Allende y el Gobierno Popular de arrasar con el Estado burgués y el sistema capitalista, instaurando el Socialismo en el sentido riguroso del término. El plan de la UP, explicitado en las fuentes de la época, era llegar lo más fortalecida posible a las elecciones presidenciales de 1976. No era la Unidad Popular la que incitaba a la población a una supuesta Guerra Civil, y ello está demostrado en los antecedentes tratados anteriormente.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Yendo aún más lejos, según lo indicado por el propio Ex Subdirector de Presupuesto de la UP al Diario “La Nación” el 10 de agosto de 2003, el entonces MAPU Humberto Vega, el Presidente Allende le habría pedido en la misma noche del día del “Tanquetazo” (29 de junio de 1973) que se *“pusiera a trabajar en un programa económico de emergencia alternativo, que apuntara básicamente a controlar la inflación, a frenar los problemas de desabastecimiento y evitar el desequilibrio institucional”*¹⁴⁷. Esta alternativa sería parte de un llamado a plebiscito que Allende había previsto para el día miércoles 12 de septiembre del `73, en el cual el pueblo debía pronunciarse sobre la opción de dar un cambio de timón especialmente en materia económica. Vega, al respecto, *“asegura – y coincide así con distintos analistas – que el llamado a plebiscito (...) fue el detonante para apurar el golpe de Estado, previsto por los conjurados civiles y militares para las cercanías de las Fiestas Patrias”*.¹⁴⁸

Este detallado tratamiento a los antecedentes que dan cuenta de la gestación del Golpe militar de 1973, en tanto método de derrocamiento empleado contra el Gobierno democrático de Allende, desde los primeros días del triunfo de la Unidad Popular en las urnas, toma razón en esta investigación no solo porque con él es posible visualizar el real origen del Golpe, sino más bien a la hora de determinar la legitimidad o ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980, cuestión que corresponde al capítulo III.

¹⁴⁷ “La Nación”, domingo 10 de agosto de 2003, p. 4

¹⁴⁸ Ídem, p. 3

Camino a una Nueva Constitución Política¹⁴⁹

El enfrentamiento entre Capitalismo y Socialismo, y por consiguiente la agudización de la lucha de clases, que en el contexto de Guerra Fría se daba a nivel mundial, tuvo en Chile, con el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 perpetrado por las Fuerzas Armadas y de Orden, su mayor expresión. Este hecho trágico y trascendental para la historia republicana marcó un giro radical con respecto al devenir de la vida nacional en sus diversos aspectos. En este sentido, la instauración de un gobierno de facto, ejecutor de los planes de la oligarquía nacional y lacayo del imperialismo estadounidense, que demostró a poco andar sus pretensiones refundacionales para el país, significó un fuerte retroceso para los avances alcanzados por el pueblo chileno, fundamentalmente en lo que respecta a derechos sociales, soberanía económica y democratización del país. Se arrasó con más de 150 años de vida republicana.

El interés fundacional que se propuso desde un inicio la Junta Militar de Gobierno, encabezada por Augusto Pinochet Ugarte, Comandante en Jefe de las FF.AA., constituyó la idea fuerza que llevó a los militares y la Derecha a crear las bases de un nuevo orden económico, político, jurídico y social. En este sentido, la instauración del modelo económico neoliberal, importado al país por los llamados Chicago Boys; la configuración de un sistema político inspirado en la Doctrina de

¹⁴⁹ Una detallada exposición del proceso de elaboración, aprobación, ratificación y promulgación del texto de 1980, y su vigencia hasta las elecciones presidencial y parlamentaria de 1989, en: SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997; considerar además: CARRASCO, Sergio, *“Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Seguridad Nacional, que para la Junta Militar constituía una “*democracia protegida*”, pero para el pueblo chileno una realidad diaria de represión y persecución; la conformación de un nuevo escenario social en que el combate al *enemigo interno* – la izquierda, los marxistas, extremistas o terroristas, o como quisiera llamarle el gobierno castrense – pasó a ser una tarea de primer orden para la dictadura en su conjunto; y el diseño minucioso de un nuevo ordenamiento jurídico para el país, constituyeron las obras gruesas de la dictadura militar, transformándose posteriormente en una herencia que, afirmada en ciertos enclaves dictatoriales, mantiene al país funcionando en una lógica ajena a la nueva realidad.

En consecuencia, el afán, tanto del gobierno de facto de Pinochet como de la derecha política, de configurar un nuevo Chile, junto con el resto de los antecedentes mencionados más arriba, son elementos de capital importancia para poder entender el origen y las ideas fuerzas de la Constitución Política del año 1980.

La dictadura militar, por tanto, significó para oligarquía nacional la gran oportunidad para ajustar el país a sus propios intereses y a los del poder económico extranjero, un momento histórico propicio para sentar las bases del Chile actual, afirmado en una Constitución Política que cada día, para más personas, significa una gran contradicción respecto de la nueva realidad y las necesidades y aspiraciones del pueblo chileno.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Hasta el 11 de septiembre de 1973, rigió en Chile, como un todo orgánico normativo, la Constitución de 1925, fecha a partir de la cual subsistieron y se aplicaron sólo algunas normas establecidas en ella, que no hubiesen sido derogadas por los decretos leyes dictados a partir del mismo 11.

A continuación se abordan una serie de documentos oficiales emitidos por la Junta de Gobierno a partir del día del Golpe, que dotarían al país de una nueva institucionalidad y que son la base jurídica para avanzar hacia la nueva Constitución.

Bando N° 5

El Bando N° 5, del día 11 de septiembre de 1973, es el primer documento oficial del nuevo Gobierno y se encuentra firmado por la Junta de Gobierno de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile. Este bando es el más importante de todos, desde el punto de vista ideológico-fundacional, pues contiene los fundamentos de la acción militar del día 11 de septiembre, sus finalidades y el carácter imperativo de las órdenes impartidas por la Junta. En el se declara ilegítimo al Gobierno constitucional de Allende y se justifica la intervención armada.

De este modo, iniciando el Bando se sostiene *“Que el Gobierno de Allende ha incurrido en grave ilegitimidad demostrada al quebrantar los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de enseñanza, derecho de*

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

huelga, derecho de petición, derecho de propiedad, y derecho en general, a una digna y justa subsistencia” (...) señalando en el segundo párrafo que el mismo Gobierno “ha quebrantado la unidad nacional fomentando artificialmente una lucha de clases estéril y en muchos casos cruenta...”

Prosigue aseverando en los párrafos siguientes que *“el Gobierno se ha colocado al margen de la Constitución” (...)* que *“ha quebrantado el mutuo respeto que se deben entre sí los Poderes del Estado...”*. Puntualiza que la economía esta en crisis y que *“existe en el país anarquía, asfixia de libertades, desquiciamiento moral y económico y, en el Gobierno, una absoluta irresponsabilidad o incapacidad...”*. Acercándose al final, se sostiene que *“están en peligro la seguridad interna y externa del país, que se arriesga la subsistencia de nuestro Estado independiente y que la manutención del Gobierno es inconveniente para los altos intereses de la República y su Pueblo Soberano”*.

Finaliza el Bando N° 5 con los numerales 12º, 13º y 14º, cuyo texto se transcribe en atención a su relevancia filosófico-política:

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

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

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

En consecuencia, de la legitimidad de estas normas se colige su obligatoriedad para la ciudadanía, las que deberán ser acatadas y cumplidas por todo el país y especialmente por las autoridades”¹⁵⁰

Decreto Ley N° 1

El Decreto Ley N° 1 del día 11 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial el día 18 y que contiene el Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, establece “*Que la Fuerza Pública, formada constitucionalmente por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y el Cuerpo de Carabineros, representa la organización que el Estado se ha dado para el resguardo y defensa de su integridad física y moral y de su identidad histórico-cultural.*”

¹⁵⁰ El texto íntegro del Bando N° 5 puede ser consultado en “*Normas Fundamentales del Estado de Chile*”, Ediciones Jurídicas de América, Santiago, 1975, pp. 165-167.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

De acuerdo a lo anterior, los cuatro máximos jefes de las Instituciones Armadas (Augusto Pinochet Ugarte, Comandante en Jefe del Ejército; José Toribio Merino Castro, Comandante en Jefe de la Armada; Gustavo Leigh Guzmán Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea; y César Mendoza Durán, Director General de Carabineros) se *“constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación, con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas”* (...) Designando *“al General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte como Presidente de la Junta”*.

El DL N° 1 declaró, en su N° 3, que la Junta *“en ejercicio de su misión, garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone”*.

Decreto Ley N° 128

El DL N° 1, en lo que respecta a la mención de que la Junta asume el *“Mando Supremo de la Nación”*, fue precisado por el D.L. 128 publicado en el Diario Oficial el 16 de noviembre de 1973, en el sentido que la Junta de Gobierno, desde el 11 de septiembre de 1973, había *asumido “el ejercicio de los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”*. El Poder Judicial seguía funcionando de acuerdo a lo establecido en la Constitución de 1925.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Se establece, además, que *“el Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando estos lo estimen conveniente, con la de el o los Ministros respectivos...”*. Junto con ello, se indica que *“el ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado”* mediante decretos leyes.

De esta forma, en el ejercicio de la Potestad Constituyente, la Junta en forma total o parcial, expresa o tacita, derogó y modificó capítulos completos de la Constitución de 1925.

Decreto Ley N° 527

El Decreto Ley N° 527, publicado en el Diario Oficial el 26 de junio de 1974, establece el “Estatuto Orgánico de la Junta de Gobierno”. De este modo el Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la Junta de Gobierno, quien con el título de Presidente de la República administra el Estado y es Jefe Supremo de la Nación¹⁵¹ En cuanto al ejercicio de los Poderes Constituyente y Legislativo, éstos quedan reservados a la Junta de Gobierno mediante *“decretos leyes que deben llevar la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, la de el o los Ministros respectivos”*.

¹⁵¹ El título de Presidente de la República se le confiere mediante el decreto Ley N° 806, de fecha 17 de diciembre de 1974.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Decreto Ley N° 788

El Decreto Ley N° 788, publicado en el Diario Oficial el 4 de diciembre de 1974, contiene normas relativas al ejercicio del Poder Constituyente, disponiendo 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 la Constitución”*.

Además, dispuso que los decretos leyes que se dictaren en lo sucesivo, y que pudieran ser contrarios o distintos a alguna norma constitucional, tendrían *“el efecto de modificarla en lo pertinente, solo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno los dicta en ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde”*.

Actas Constitucionales

Pinochet, el día 11 de septiembre de 1975, anuncia oficialmente que la Junta de Gobierno procederá a dictar un conjunto de *Actas Constitucionales*. Con ello, se da un paso importante en la evolución política del régimen.

Junto al sistema derogatorio de la Constitución de 1925 mediante decretos leyes, se optó por ir sustituyendo su texto, de forma parcial, por etapas, es decir, legislando sobre determinadas materias constitucionales, promulgándose al efecto

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

sucesivas cuatros “*Actas Constitucionales*”, criterio que se aplicó en la España franquista y en la dictadura brasileña a partir de 1964.

Jaime Guzmán, reconocido como el principal autor, entre varios otros, de la Constitución de 1980, días mas tarde define el sentido de estas *Actas Constitucionales*, como sigue: “*Nadie que lea el texto de la Constitución de 1925 (...), y que lo confronte con la realidad político-institucional imperante, puede adquirir un verdadero convencimiento de que aquélla está vigente, por mucho que se diga que ello es sin perjuicio de las otras reformas que la Junta de Gobierno le haya introducido en el ejercicio de su Potestad Constituyente. La Constitución de 1925 esta muerta en la realidad practica y, lo que es aún mas importante, en la mente del pueblo chileno. Se gana, pues, en realismo si se la substituye por un conjunto renovado de Actas Constitucionales, en vez de dejarla vivir para exhibir únicamente los 'colgajos' a que los hechos históricos la han reducido*”.¹⁵² Por primera vez se reconocía públicamente que la Constitución de 1925 ha sido destruida.

El Acta Constitucional N° 1, por medio del Decreto Ley N° 1.319 de 9 de enero de 1976, creo el *Consejo de Estado*, supremo cuerpo consultivo del Presidente de la República, integrado por un grupo de personas con experiencia en ciertos órganos públicos o actividades privadas, todas designadas por el Primer Mandatario. Su misión era sólo consultiva. El primero en dirigir este organismo fue el Ex Presidente Jorge Alessandri Rodríguez.

¹⁵² “*El Mercurio*”, 5 de octubre de 1975

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Las Actas Constitucionales N°s 2, 3 y 4 fueron publicadas en la misma fecha en el Diario Oficial del 13 de septiembre de 1976, mediante los decretos leyes N°s 1.551, 1.552 y 1.553, respectivamente.

El Acta Constitucional N° 2, estableció las *“Bases esenciales de la Institucionalidad Chilena”*. Estas, en gran medida, se reprodujeron más tarde en el Capítulo I de la Constitución de 1980.

Por su parte, el Acta Constitucional N° 3 se refería a *“Derechos y deberes constitucionales”*. Del mismo modo, en gran parte, fue reproducida en el Capítulo III de la Carta de 1980.

Finalmente, el Acta Constitucional N° 4 estableció los *“Regímenes de Emergencia”*.

Fundamentalmente, las Actas N°s 2, 3 y 4 tuvieron por objeto ir derogando por parte los capítulos correspondiente de la Constitución de 1925. Paralelamente, la idea también era ir arraigando paulatinamente el nuevo orden constitucional. Sin embargo, en la práctica, con tales Actas no se avanzó en el cumplimiento de los objetivos aludidos, pues no existía la voluntad del régimen para cumplirlos, quedando de esta forma improcedentes recursos de amparo y de protección presentados contra las determinaciones de la dictadura.

Respecto al empeño de la dictadura de construir un nuevo orden constitucional, Germán Urzúa, en su Manual de Derecho Constitucional, señala que es preciso tener presente que *“desde el comienzo del régimen militar se*

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

desestimó la posibilidad de corregir, es decir, introducir modificaciones o enmiendas a la constitución de 1925, estimándose que era necesario iniciar una etapa totalmente nueva en la vida del país”.¹⁵³ En este mismo sentido, URZÚA cita palabras de Pinochet ante la Comisión de Estudios Constitucionales (que se verá mas adelante): *“La labor de vuestra Comisión no podría limitarse a una mera Reforma Constitucional, sino que, como su nombre y el decreto de su creación lo indican, debe preparar un anteproyecto de Nueva Constitución Política, cuya concepción de Estado y del ejercicio de la soberanía preserve a la Nación de una nueva infiltración del marxismo-leninismo en el aparato gubernativo, y en el cuerpo social, a la vez que desaliente los vicios demagógicos que prevalecieron en los últimos decenios. Sólo así se asegurarán realmente la democracia y la libertad”*.¹⁵⁴

Paralelo a este proceso de sustituciones de la Constitución de 1925, tendientes a hacerla desaparecer e instaurar un orden diferente, la Junta había iniciado otro con el mismo fin, destinado a confeccionar un proyecto de nueva Constitución. Las líneas que siguen dan cuenta de este último proceso, destacando los hitos más relevantes.

De acuerdo a lo anterior, es necesario partir señalando que el primer registro histórico sobre la intención de la Junta militar de dotar al país de un nuevo orden constitucional data del día 13 de septiembre de 1973. En efecto, en el

¹⁵³ URZÚA, Germán, *“Manual de Derecho Constitucional”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 66-67

¹⁵⁴ Citado por URZÚA, ídem, p. 67

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

documento Acta Junta N° 1¹⁵⁵, de carácter secreto en la época, se señala lo siguiente: *“Se encuentra en estudio la promulgación de una nueva Constitución Política del Estado, trabajo que está dirigido por el Profesor Universitario Dn. Jaime Guzmán”*.

Augusto Pinochet, en un discurso pronunciado el día 11 de octubre de 1973¹⁵⁶, al cumplirse un mes del Golpe de Estado y de la constitución de la Junta de Gobierno, se refirió a la necesidad de una nueva Carta Fundamental en los siguientes términos: *“las Fuerzas Armadas y de Orden darán paso al restablecimiento de nuestra democracia, la que deberá renacer purificada de los vicios y malos hábitos que terminaron por destituir nuestras instituciones. Una nueva Constitución Política de la República debe permitir la evolución dinámica que el mundo actual reclama, y aleje para siempre la politiquería, el sectarismo y la demagogia de la vida nacional; que ella sea la expresión suprema de la nueva institucionalidad y bajo estos moldes se proyecten los destinos de Chile. En ella, conforme a nuestras mejores tradiciones históricas, el pueblo deberá ser el verdadero origen y destinatario del ejercicio del Poder.”*

¹⁵⁵ Publicado en CRISTI, Renato, *“El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad”*, LOM, Santiago, 2000, p. 121-123

¹⁵⁶ Este discurso fue publicado en el diario *“El Mercurio”* del día 12 de octubre de 1973. Se encuentra también en: *“Antecedentes Histórico-Jurídicos: años 1972-1973”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, pp. 189-202

La Comisión Constituyente o Comisión Ortúzar¹⁵⁷

Una vez echadas las cartas sobre el futuro jurídico e institucional del país, la Junta Militar designa una “*Comisión Constituyente*” encargada de elaborar un anteproyecto constitucional.

La creación oficial de la Comisión Constituyente, mediante Decreto Supremo del Ministerio del Interior N° 1.064, se efectuó el 25 de octubre de 1973 (se publica en Diario Oficial de 12 de noviembre siguiente), entregándosele la misión de *que “estudie, elaborare y proponga un anteproyecto de nueva Constitución Política del Estado y de sus leyes complementarias”*. Esta se relacionaría con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia y estaba compuesta por: “*Sr. Sergio Diez Urzúa; Sr. Enrique Evans De la Cuadra; Sr. Jaime Guzmán Errázuriz; Sr. Gustavo Lorca Rojas; Sr. Enrique Ortúzar Escobar; Sr. Jorge Ovalle Quiroz y Sr. Alejandro Silva Bascuñán*”. Una vez constituida, el comisionado Sergio Ortúzar es elegido Presidente de la misma, por lo cual la comisión fue apodada con el apellido de éste. Más tarde se fueron sumando otras personalidades, también designadas por la Junta de Gobierno.

La Comisión Ortúzar, dando inicio a sus labores, elaboró un *memorándum* con el nombre “*Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución*”

¹⁵⁷ Los textos completos de las actas de la Comisión Ortúzar, que mas tarde pasa a llamarse De Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, están contenidos en: “*Chile. Actas oficiales de la Comisión Constituyente*”, Talleres Gráficos Gendarmería de Chile, Santiago, 1973-1988; también en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r, Web Biblioteca Congreso Nacional

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

*Política de la República*¹⁵⁸ y lo remitió a la Junta el día 26 de noviembre de 1973. En este documento, dicha comisión expone ante el Gobierno los principios fundamentales que creía debía inspirar a la nueva Carta, que vesan sobre “*valores permanentes de la chilenidad*”, Derechos Humanos, El Estado, “*Régimen de Gobierno republicano y democrático representativo*”, “*Poder Político, Poder Social, Participación*”, Procesos electorales, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, “*Conflicto de poderes*”, Poder Judicial, “*La fuerza pública*”, Contraloría General de la República, “*Bases para el desarrollo económico*” y “*Estabilidad de la democracia chilena*”. En ellos destacan principios como el de subsidiariedad, propiedad privada, libertad de enseñanza, presidencialismo, democracia autoritaria, entre otros, aparte de justificar el Golpe militar que derrocara a Allende.

*Declaración de Principios de la Junta de Gobierno 11 de marzo de 1974*¹⁵⁹

La importancia que reviste este documento radica en que en el están contenidos los principios fundamentales a partir de los cuales la dictadura construye la nueva institucionalidad y por consiguiente avanza hacia la nueva Constitución Política.

¹⁵⁸ El texto completo de este memorándum se encuentra en el Anuario de Derecho Administrativo, de la Universidad de Chile, N° 1 (75-76), pp. 505-514. Gran parte de las principales ideas de este documento fueron recogidas posteriormente en la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”.

¹⁵⁹ El texto completo de esta declaración se encuentra en, ídem, desde pág. 515; o en, Chile. Junta de Gobierno. “Declaración de principios del Gobierno de Chile. Objetivo nacional y políticas generales del Gobierno de Chile. Constitución Política de la República de Chile”, Gabriela Mistral, Santiago, 1974.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En el destacan los siguientes elementos: “*el gobierno de Chile respeta la concepción cristiana del hombre y la sociedad*”; “*el Estado debe hallarse al servicio de la persona humana*”; “*el fin del Estado es el bien común, el cual exige respetar el principio de subsidiariedad*” y que el respeto de este principio supone “*la aceptación del derecho de propiedad privada y de libre iniciativa en el campo económico*”.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República

La Comisión Constituyente, desde el 21 de septiembre de 1976 (sesión 246), cambia su denominación por otra más ajustada jurídicamente: *Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*. En efecto, la denominación “Comisión Constituyente”, era impropia técnicamente, puesto que un órgano constituyente es aquel que tiene la potestad jurídica para dictar una Constitución. Potestad que ya había sido asumida por la Junta, mediante el Decreto Ley N° 1, interpretado por el 128.

La Comisión creó varias subcomisiones a las cuales encomendó el estudio de algunas materias específicas. Escuchó opiniones de catedráticos y organizaciones sociales. “*Funcionó ininterrumpidamente, entre el 24 de*

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

septiembre de 1973 y el 5 de octubre de 1978, celebrando 417 sesiones, durante las cuales se abocó al estudio, acuerdo y redacción del anteproyecto”¹⁶⁰

El 16 de agosto de 1978, la Comisión entrega al 'Presidente de la República' un anteproyecto con “Proposiciones e ideas precisas”, entregado finalmente el 18 de octubre de 1978 el texto completo del articulado del anteproyecto de nueva Constitución, el cual se dio a conocer a la prensa el día siguiente.

Discurso de Pinochet en el Cerro Chacarillas¹⁶¹

Es de gran utilidad abordar aquí el conocido discurso que Pinochet, en una reunión que celebró en el cerro Chacarillas el Frente Juvenil de Unidad Nacional, el 9 de julio de 1977, dirigió a la juventud. En él se define y caracteriza una “*Nueva democracia*”, y se distinguen “*tres etapas*” en el camino institucional. A continuación se citan los pasajes fundamentales de este documento, mediante el cual Pinochet por primera vez anunciaba públicamente lo que sería el futuro régimen y como debería efectuarse el retorno a la democracia:

Respecto de esta “*Nueva democracia*” señala lo siguiente: “*advertimos nítidamente que nuestro deber es dar forma a una nueva democracia que sea*

¹⁶⁰ CARRASCO, Sergio, “*Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 224-225

¹⁶¹ El texto completo de este discurso esta disponible en internet en el sitio Oficial de la Fundación Pinochet www.fundacionpinochet.cl, <http://www.fundacionpinochet.cl/historia/chacarillas.html>; como también en el sitio Archivo Chile, Web del “Centro de Estudios Miguel Enríquez” (CEME), www.archivo-chile.com

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

autoritaria, protegida¹⁶², integradora, tecnificada y de auténtica participación social”, conceptos que desarrolla uno por uno.

En cuanto a las etapas, que formarían parte de un proceso gradual, *“contempla tres (...): la de recuperación, la de transición y de la normalidad o consolidación. Dichas etapas se diferencian por el diverso papel que en ellas corresponde a las Fuerzas Armadas y de Orden, por un lado, y a la civilidad, por el otro. Asimismo, se distinguen por los instrumentos jurídico-institucionales que en cada una de ellas deben crearse o emplearse.*

En la etapa de recuperación el Poder Político ha debido ser integralmente asumido por las Fuerzas Armadas y de Orden, con colaboración de la civilidad, pero en cambio, más adelante, sus aspectos más contingentes serán compartidos con la civilidad, la cual habrá de pasar así de la colaboración a la participación.

Finalmente, entraremos en la etapa de normalidad o consolidación, el Poder será ejercido directa y básicamente por la civilidad, reservándose constitucionalmente a las Fuerzas Armadas y de Orden el papel de contribuir a cautelar las bases esenciales de la institucionalidad, y la seguridad nacional en sus amplias y decisivas proyecciones modernas.

¹⁶² Esta condición esta dada por las siguientes cláusulas constitucionales, algunas de las cuales se han reformado o derogado completamente: se establece un fuerte presidencialismo en desmedro del Poder Legislativo limitando sus atribuciones; la existencia (precepto reformado el 2005) de un “Consejo de Seguridad Nacional”; altos quórum para generar reformas constitucionales; un sistema de elecciones parlamentarias “binominal”, en desmedro de las fuerzas minoritarias; un pluralismo ideológico restringido (contenido en el art. 8º de la Constitución del `80 y derogado en 1989); inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las FF.AA y Carabineros (también derogado, en 2005).

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Hoy nos encontramos en plena etapa de recuperación (...)

Durante el periodo que falta de la etapa de recuperación, será necesario completar la dictación de Actas Constitucionales, en todas aquellas materias de rango constitucional aún no consideradas por ellas, como también de algunas leyes trascendentales (...). De esta manera, quedará definitivamente derogada la Constitución de 1925, que en sustancia ya murió, pero que jurídicamente permanece vigente en algunas pequeñas partes, lo que no resulta aconsejable.

(...) La culminación de todo este proceso de preparación promulgación de las Actas Constitucionales (...) estimo que deberá en todo caso estar terminado antes del 31 de diciembre de 1980, ya que la etapa de transición no deberá comenzar después de dicho año, coincidiendo su inicio con la plena vigencia de todas las instituciones jurídicas que las actas contemplan.

Simultáneamente con lo anterior, que implicará el paso de la etapa de transición a la de consolidación, corresponderá aprobar y promulgar la nueva Constitución Política del Estado, única y completa, recogiendo como base la experiencia que arroje la aplicación de las Actas Constitucionales. La etapa de transición servirá así para culminar los estudios del proyecto definitivo de la nueva Carta Fundamental.

El Consejo de Estado

El 31 de octubre de 1978, Augusto Pinochet envía el Anteproyecto articulado al Consejo de Estado, presidido por el Ex Presidente Jorge Alessandri¹⁶³, para su estudio. Este Consejo, desde noviembre de 1978 hasta julio de 1980, celebró 57 sesiones plenarias¹⁶⁴. Solicitadas por el Consejo a la opinión pública, sugerencias comentarios o críticas acerca del Anteproyecto, se recibieron alrededor de 150¹⁶⁵.

El Consejo de Estado elaboró lo que es “*en sustancia un nuevo proyecto constitucional, con menor acento en los aspectos doctrinarios y mas afín a lo que significaba una reforma constitucional, proyecto acordado finalmente, en sesión de 1º de julio de 1980*”¹⁶⁶

El 8 de julio de 1980, el Consejo de Estado entregó al 'Presidente de la República' su Informe Final, en el que se contenía un nuevo Anteproyecto constitucional.

¹⁶³ Ver composición completa del Consejo de Estado en este período en CARRASCO, ídem, pp. 234-235

¹⁶⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, “*Tratado de derecho constitucional*”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 192

¹⁶⁵ Ídem. p. 191

¹⁶⁶ CARRASCO, ídem, p. 237

El Anteproyecto en manos de la Junta

Para conocer sobre la materia, la junta de Gobierno designó un Grupo de Trabajo, integrado por “*el Ministro del Interior Sergio Fernández Fernández; la Ministro de Justicia, Mónica Madariaga Gutiérrez; el Auditor General del Ejército Fernando Lyon Salcedo; el Auditor de la Armada, Aldo Montagna; el Auditor de la Fuerza Aérea, Enrique Montero Marx; el Auditor de Carabineros Harry Gruenwaldt y el Secretario de Legislación de la Junta capitán de navío Mario Duvauchelle R.*”¹⁶⁷

Durante el mes de julio de 1980 la Junta de Gobierno y el Grupo de Trabajo, sobre la base de los proyectos de la Comisión de Estudios y del Consejo de Estado, procedieron intercambiar apreciaciones y generar cambios.

En definitiva, “*la Junta de Gobierno en la mayor parte del texto aprobado optó por las ideas contenidas en el anteproyecto de la Comisión de Estudios o en el proyecto del Consejo de Estado, agregando también disposiciones diferentes de ambos*”¹⁶⁸

También se introdujeron diversas modificaciones a la proposición relativa al período de transición, ampliando, en general, su extensión¹⁶⁹. Se incluyó, además, en esta etapa, la elaboración de las normas sobre convocatoria a plebiscito.

¹⁶⁷ SILVA BASCUÑAN, ídem, p. 192

¹⁶⁸ CARRASCO, ídem, p. 251

¹⁶⁹ Pasó de 5 años, que era la propuesta del Consejo de Estado, a 8, decisión tomada por la Junta.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La Junta de Gobierno fijó y aprobó el texto de la nueva Constitución Política mediante el Decreto Ley 3.464, publicado en el Diario Oficial de 11 de agosto de 1980. Este señalaba: *“La Junta de Gobierno... en ejercicio de la potestad constituyente, ha acordado aprobar como nueva Constitución Política de la República de Chile, sujeta a ratificación por plebiscito, el siguiente Decreto Ley: Constitución Política de la República de Chile”*. Lleva las firmas del 'Presidente de la República', de los integrantes de la Junta de Gobierno y de todos los ministros de Estado.

En discurso de 10 de agosto de 1980, cuando Pinochet informo al país que la Junta había aprobado la nueva Constitución y que la sometía a plebiscito, declaró de modo enfático que el hipotético rechazo del proyecto en el plebiscito *“significaría el retorno a la situación jurídica y política existente en el país al 10 de septiembre de 1973”*¹⁷⁰

El plebiscito del 11 de septiembre de 1980

El Decreto Ley 3.465, publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 1980, expresa que se dicta en ejercicio del Poder Constituyente y en su artículo 1° dice: *“En conformidad con lo dispuesto en el artículo final del Decreto Ley 3.464, de 1980, convócase a plebiscito para el día 11 de septiembre de 1980, destinado a pronunciarse sobre la nueva “Constitución Política de la República de Chile*

¹⁷⁰ Citado en SILVA BASCUÑAN, ídem, p. 193

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

incluidas sus disposiciones transitorias, según su texto fijado por el mencionado decreto ley y publicado en el Diario Oficial de 11 de agosto de 1980”.

Durante la etapa previa a la fecha de realización del plebiscito se produjo una importante actividad y “debate” respecto de las circunstancias políticas actuales del país y en medio de las cuales se desarrollaría tal evento. Mientras Augusto Pinochet recorría el país planteando la conveniencia de la aprobación del proyecto.

En relación a lo anterior, cabe mencionar que el mismo día 10 de agosto fue *“lanzada la campaña, manejada a todo bombo. Gracias al trabajo previo de Federico Willoughby, quien había tratado luego de la consulta de 1978 de levantar un movimiento cívico-militar de apoyo al régimen, Pinochet pudo disponer de una importante red de partidarios y apoderados enteramente dedicados a la causa. Mientras se amordazaba a la oposición, persiguiéndola y prohibiéndose la participación por cualquier medio, el régimen favorecía la aparición de una Asociación independiente por el Si”*¹⁷¹

Según señala Alejandro Silva Bascuñán, en su obra Tratado de Derecho Constitucional, *“una de las primeras reacciones y mas trascendentales criticas fue la consignada en la declaración dada a conocer, el 24 de agosto de 1980, por la Conferencia Episcopal de Chile (...) En ella los obispos llamaban la atención sobre ciertas circunstancias que no aseguraban un proceso transparente y justo, “como*

¹⁷¹GUILLAUDAT, Patrick y MOUTERDE, Pierre; *“Los movimientos sociales en Chile. 1973-1993”*, LOM, Santiago, 1998, p. 116

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

*son la falta de claridad en las alternativas planteadas, la necesidad de responder con un solo SI o un solo NO a varias preguntas diferentes; el escaso tiempo y posibilidad de usar los medios de comunicación de carácter nacional – que son patrimonio de todos los chilenos –, el temor de algunos, y la falta de seguridad en los procedimientos que regulan los escrutinios”.*¹⁷²

El día 24 de agosto, profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile dieron a conocer una declaración en donde llamaban a la respuesta positiva en la consulta plebiscitaria, amparándose en la que ellos consideraban legitimidad de origen de la Junta de Gobierno y por tanto del plebiscito mismo, en el entendido de que la Junta detentaba el Poder Constituyente.¹⁷³ Esta declaración tuvo una importante difusión en la prensa, mientras que *“la reacción inmediata de trece profesores de la misma Facultad”*¹⁷⁴ en rechazo a ella fue menor.

Por otra parte, en especial dirigentes de oposición, hicieron un llamado a votar por la opción “No”. El Ex presidente de la República Eduardo Frei Montalva, principal figura de la oposición en ese entonces, en un acto público realizado en el Teatro Caupolicán de Santiago el 27 de agosto de 1980, llamó a la ciudadanía a votar en forma negativa el proyecto constitucional de la dictadura. En aquella

¹⁷² SILVA BASCUÑAN, ídem, p. 196

¹⁷³ Ver texto completo de esta declaración en BLUMENWITZ, Dieter y GAETE, Sergio; *“La Constitución de 1980. Su Legitimidad”*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1981, pp. 47-54

¹⁷⁴ SILVA BASCUÑAN, ídem, p. 197

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

oportunidad, Frei señaló críticas a todo el proceso de elaboración del texto y de la realización del plebiscito¹⁷⁵.

Incluso, tal como señala Silva Bascuñán, *“el día 9 de septiembre, el ex integrante de la Junta de Gobierno Gustavo Leigh Guzmán se unió a las críticas hechas al proyecto, poniendo de relieve la desmesurada extensión del periodo transitorio propuesto en él, la falta de alternativas que a la determinación ciudadana presentaba la convocatoria, los graves errores del procedimiento electoral impuesto para la consulta y, en fin, la prolongación de por lo menos ocho años más de la gestión del General Pinochet.”*¹⁷⁶

El plebiscito se realizó sin que existieran Registros Electorales (habían caducado con el DL N° 130, de 19 de noviembre de 1973). Se llamaba a votar *“obligatoriamente”* (art. 3° DL 3.465) a *“todos los chilenos mayores de 18 años de edad, incluso los analfabetos y no videntes, y podrán votar los extranjeros mayores de esa edad que tengan residencia legal en Chile”* (art. 2°).

La votación se haría entregando el carné de identidad a la mesa receptora (art. 15°). La cédula sería confeccionada por el Ministerio del Interior y encabezada con la leyenda *“Plebiscito Nacional. Nueva Constitución Política de la República de Chile”*, y en ella se contendrían las expresiones “SI” y “NO”, debiendo el votante marcar una de ellas (art.5°). Las cédulas que aparecieran en

¹⁷⁵ Los argumentos presentados en aquella oportunidad por Frei, para impugnar la validez del plebiscito, ya se expusieron en el apartado de “Marco Teórico Referencial”.

¹⁷⁶ SILVA BASCUÑÁN, ídem, p. 197

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

blanco, sin la señal que hubiere podido hacer el votante, serian escrutadas a favor de la preferencia "SI" (art. 20º).

Los Alcaldes (designados por la Junta de Gobierno durante la dictadura) señalarían los recintos de votación (art. 7º) y el número de mesas receptoras, no pudiendo exceder de trescientos la cantidad de votantes por cada una de ellas (art.9º). Cada mesa receptora estaría constituida por un presidente designado por el Alcalde y dos vocales elegidos de entre las personas que voluntariamente se inscribieran con este especial objeto en la Municipalidad (art. 10º).

El escrutinio se haría ese mismo día en la mesa (art. 20º). Se levantarían dos actas, una sería enviada por el jefe del local al Gobernador Provincial, y la otra, por el mismo funcionario al Alcalde (art. 25º). El Alcalde debía practicar un escrutinio comunal, utilizando para ello los ejemplares de actas que le hubiesen sido enviados, y el resultado del escrutinio remitirse, por la vía más expedita posible, al Gobernador Provincial (art. 26º).

Dos días después de la votación se reuniría el Colegio Escrutador Regional, compuesto por el Intendente, el Ministro más antiguo de la Corte de Apelaciones y el Conservador de Bienes Raíces (art. 27º).

Diez días después de realizada la votación se reuniría, en fin, el Colegio Escrutador Nacional, integrado por el Contralor General de la República, un Ministro de la Corte de apelaciones Santiago, designado por la Corte Suprema, y el Secretario de ésta (art.28º), el cual practicaría el escrutinio general tomando

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

como base las actas enviadas a los respectivos Colegios Escrutadores Regionales por los alcaldes del país (art.29°).

El acto plebiscitario se efectuó, como estaba previsto, el día 11 de septiembre de 1980, con el país en Estado de Sitio, dándose cumplimiento a los mecanismos señalados en el decreto ley N° 3.465, y procediéndose, con posterioridad, a los escrutinios generales señalados en dicho texto.

Resultado final del plebiscito:

Propuesta	Votos	%
Votos "Sí"	4.121.067	65,71%
Votos blancos	83.812	1,33%
Total "Sí"	4.204.879	67,04%
Votos "No"	1.893.420	30,19%
Votos nulos	173.569	2,77%
Total votos emitidos	6.271.869	100%

Estos resultados fueron señalados por el Colegio Escrutador Nacional, contemplado en el artículo 28 del Decreto Ley 3.465. Con fecha 15 de octubre de 1980, el presidente del Colegio Escrutador hizo entrega a Augusto Pinochet de los resultados oficiales del plebiscito, los cuales – a la vez – dio a conocer al país por cadena de radio y televisión.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Días antes, el 3 de octubre de 1980, el ex Presidente del Senado, Patricio Aylwin A., junto con la firma de otros cuarenta y seis personeros de oposición, hizo entrega al Colegio Escrutador Nacional de un reclamo en que señala las críticas al plebiscito efectuado, solicitando, en ausencia de un Tribunal Calificador de Elecciones, la nulidad de plebiscito, fundados en las presuntas irregularidades y anomalías que indicaban. El Colegio Escrutador Nacional señaló que carecía de atribuciones para emitir un pronunciamiento sobre reclamaciones de tipo político electoral, por lo que no le correspondía pronunciarse sobre la citada reclamación en la forma que fue propuesta.

El 21 de octubre de 1980, Augusto Pinochet procedió a promulgar el texto constitucional, con publicación en el Diario Oficial de fecha 24 de octubre de 1980 mediante Decreto Supremo N° 1.150, con la firma de los Ministros del Interior y de Justicia.

El 11 de marzo de 1981

De conformidad con lo dispuesto en el artículo final, inciso primero, de la Constitución, ésta entró en vigencia seis meses después de ser aprobada en el plebiscito, el 11 de marzo de 1981, con excepción de las disposiciones transitorias. Aquel mismo día, Augusto Pinochet juró cumplir y hacer cumplir la nueva Constitución, iniciándose el período presidencial regulado en las disposiciones transitorias décimo tercera y vigésimonovena, que correspondía desde 1981 hasta 1988, año en el que se realizó un nuevo plebiscito, ésta vez con

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

un resultado favorable para los sectores democráticos y el pueblo chileno en su mayoría¹⁷⁷.

¹⁷⁷ El voto “Sí” que favorecía a Pinochet obtuvo el 43% de las preferencias, mientras que el voto “No” obtuvo el 55%. Ante el rechazo popular a la dictadura el Gobierno se mantuvo en el poder de acuerdo a la norma transitoria de la Constitución.

Capítulo II

Las Reformas

Capítulo II. Las Reformas¹⁷⁸

El plebiscito de 5 de octubre de 1988

Para explicar las primeras reformas del año 1989, es necesario entender el principal hecho que un año antes había configurado un nuevo escenario político nacional: la derrota de Pinochet en las urnas. Ello significaba también elecciones presidenciales y parlamentarias para el `89, abriendo la posibilidad de un traspaso del mando a un gobierno democrático.

Para este plebiscito sí se contó con ciertas condiciones mínimas para su normal realización (aunque no del todo democráticas, pues era en el marco de lo dispuesto por la Carta de 1980), en efecto, en el año 1987 la Junta promulgó las “leyes electorales” con las que definió los parámetros que demarcarían el plebiscito de 1988, organizándose nuevos registros electorales y la entrega de un carné electoral a todos los chilenos en edad de votar. Así mismo, el 27 de agosto de 1980, por Decreto N° 1.197 y N° 1.198, puso término a los estados de emergencia y de peligro de perturbación de la paz interior aplicados hasta esa fecha. Guillaudat y Mouterde, refiriéndose a la entrega de carné electoral, señalan

¹⁷⁸ Para conocer en mayor detalle el desarrollo de los diferentes procesos de reforma a la Carta de 1980, contexto, procedimientos, trámite, etc., ver: CARRASCO, Sergio, “*Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002; MOLINA GUAITA, Hernán, “*Derecho Constitucional*”, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006. Los textos de cada Ley de Reforma y sus respectivos historiales de tramitación, como otros documentos de índole jurídica, se encuentran disponibles en el sitio web Oficial de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, www.bcn.cl

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

lo siguiente: *“La medida era de doble filo; el carnet resultaba costoso, ya que equivalía a un día de salario obrero, exigía largos plazos burocráticos, y su adquisición representaba por si misma una seria de desventaja a la participación popular”*.¹⁷⁹ Más adelante indican, *“las intenciones del régimen eran claras: abrir parcialmente el juego político, pero solo a los partidos de derecha o centro derecha; permitir una transición, pero estrechamente controlado; y, se mas caro objeto, asegurar la perpetuación de su mas ardiente defensor, el general Pinochet”*.¹⁸⁰

Una vez conocidos los resultados del plebiscito, Pinochet, sin dejar de asegurar que los respetaría, *“advirtió que permanecería en el poder hasta el 11 de marzo de 1990, como estaba previsto, y que no cambiaría un ápice de la Constitución”*¹⁸¹ No obstante más tarde el dictador estuvo obligado a asumir una postura más flexible. En efecto, fue así que *“en este juego del “pasando y pasando”, entre un Pinochet ablandado y una oposición “respetable”, se fueron diseñando los parámetros de una transición indolora. Parámetros que harían decir a más de alguien que se preparaba “un pinochetismo sin Pinochet”*.¹⁸²

¹⁷⁹ GUILLAUDAT y MOUTERDE, ídem. P. 175

¹⁸⁰ Ídem

¹⁸¹ Ídem, p. 183

¹⁸² Ídem

*Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad**1.- Las Reformas de 1989*

Cabe mencionar en primer lugar que durante el llamado “*periodo de transición*”, dispuesto por la Junta desde el año 1981 al 1988, la nueva Carta Fundamental no experimentó reforma alguna. En efecto, la primera vez que se introdujeron reformas a la Constitución de 1980 fue en 1989, cuando después de una serie de negociaciones entre la Concertación de Partidos Por la Democracia y Renovación Nacional y en paralelo ante el Gobierno, se llegó a un acuerdo político. El “NO” había triunfado en octubre de 1988, y por tanto procedían ciertos procesos futuros a realizarse, como era las elecciones presidencial y parlamentaria de 14 de diciembre de 1989, de acuerdo a lo dispuesto por la regla vigesimanovena transitoria, ante lo cual era necesario reformar la institucionalidad vigente para recibir a un gobierno de elección democrática. Había regresado el debate sobre la legitimidad o ilegitimidad de la Carta Fundamental de 1980.

Después del plebiscito del 5 de octubre de 1988 la “Concertación de Partidos por la Democracia” inició un diálogo hacia un “*Acuerdo nacional por la democracia y el consenso constitucional*” para recuperar el pleno ejercicio de la soberanía popular, requiriendo cambios constitucionales. Se trataba del inicio del proceso de transición pactada a la democracia, condicionada por la dictadura de Pinochet.

El día 5 de abril de 1989 la Concertación y Renovación Nacional habían publicado su acuerdo sobre reformas constitucionales. Pinochet, en tanto, el día 6 de abril admitía que el país estaba pasando por “*la etapa más crucial de su*

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

itinerario constitucional hacia la democracia plena, estable y participativa”, y, refiriéndose a una eventual reforma constitucional, sostuvo que esta debía “tener por objeto, exclusivamente, perfeccionar sus disposiciones sin alterar un ápice su espíritu, puesto que constituye un todo indivisible”; y que las Fuerzas Armadas “no pueden dejar de representar legítimamente, en virtud de su atribución exclusiva de garantizar el orden institucional de la República, la extrema gravedad que una situación como la que se está configurando puede significar para los intereses permanentes y superiores de la Nación”¹⁸³

Como reacción a lo anterior, la DC consideró que encerraba “*la amenaza implícita que las Fuerzas Armadas podían desconocer la voluntad del pueblo... hecho de máxima gravedad*”, puesto que “*quien intente impedir, entorpecer o desconocer la voluntad soberana del pueblo comete el delito de sedición*”.¹⁸⁴

El Ministro del Interior, Carlos Cáceres, dio a conocer el 28 de abril las bases de la propuesta del Gobierno sobre reforma constitucional. Francisco Cumplido, miembro de la Comisión Técnica de la Concertación, expresó el día 2 de mayo, a la Revista “Hoy”, “*que el proyecto del Presidente Pinochet rechaza el acuerdo Renovación-Concertación de construir para el futuro una democracia consensual o consociativa que conduzca a un proceso de transición pacífico, ordenado y moderado*”¹⁸⁵

¹⁸³ Citas expuestas en SILVA BASCUÑAN, Ídem, p. 232

¹⁸⁴ Ídem

¹⁸⁵ Revista “Hoy”, del 8 al 14 de mayo de 1989.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Finalmente, después de una nueva negociación entre la Concertación y Renovación Nacional sobre los divergencias existentes con el Gobierno, y éste haber llegado a acuerdo con la oposición, el día 31 de mayo Pinochet da cuenta del consenso final. La Junta aprueba entonces el 8 de junio el texto del proyecto de reforma.

En consecuencia, después de una larga, difícil y compleja negociación¹⁸⁶, por Decreto Supremo N° 939 de 16 de junio de 1989, se convocó a la ciudadanía a plebiscito para el día 30 de julio de 1989, a fin de que manifestara su voluntad de aprobar o rechazar las reformas introducidas a la Constitución Política, previo acuerdo entre el Gobierno y la oposición, por la Junta de Gobierno en ejercicio del Poder Constituyente.

Silva Bascuñán señala: que *“el plebiscito se desarrolló con entera regularidad en la fecha señalada, encontrándose entonces inscritos en los registros electorales 7.556.613 ciudadanos (...) siendo el resultado de la votación el siguiente: “6.069.449 (85,7%) aprobaron el proyecto, 581.605 (8,21%) lo rechazaron, hubo 106.741 (1,51%) votos en blanco y 324.283 (4,58%) nulos”*¹⁸⁷

Los cambios introducidos por la Junta, luego del plebiscito, se incorporaron a la Constitución de 1980, publicándose la Reforma (ley N° 18.825) en Diario Oficial del día 17 de agosto de 1989. Así versa el preámbulo de dicha ley: “La

¹⁸⁶ Sobre esta Reforma Constitucional y su negociación es de interés la obra: *“Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980”*, de Carlos Andrade Geywitz, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991. Andrade participó activamente en las deliberaciones de la Comisión Técnica de la Concertación.

¹⁸⁷ SILVA BASCUÑAN, Ídem., p. 236

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Junta de Gobierno de la República de Chile, ejerciendo el Poder Constituyente, sujeto a la ratificación plebiscitaria, ha dado su aprobación al siguiente PROYECTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE...”

Tal como lo constata Hernán Molina Guaita, “*ésta es la única reforma que se dictó conforme al procedimiento establecido en la decimoctava disposición transitoria*”¹⁸⁸; esto es aprobada por la Junta de Gobierno ejerciendo el poder constituyente, pero sujeta a la ratificación plebiscitaria.

Es la más extensa de las leyes de reforma. Consta de un artículo único y 54 numerales, en que se indican las modificaciones al texto constitucional.

Alejandro Silva Bascuñán expone un agrupamiento de las modificaciones a la Constitución en base a los siguientes objetivos básicos:

“a) Las reformas N°s 49, 50, 51 y 52 recaen en los arts. 116 inc. 2º, 117 inc. 4º y 5º y 118, y modifican el mecanismo de reforma de la Constitución.

b) Afirman el pluralismo político las que tienen los números que se indican y que inciden en las disposiciones de la Carta que entre paréntesis se mencionan: N°s 2 (art.8º), 3 (art. 9º), 4 (art. 16 N° 3), 7 (art. 19º N° 15 inc. 5º), 8 (art. 19 N° 15 inc. 2º), 32 (art. 57 inc. 5º), 34 (art. 57 inc. 7º), 40 (art. 82 N° 7), 41 (art. 82 N° 8), 42 (art. 82 inc. 2º).

¹⁸⁸ MOLINA GUAITA, Hernán, “*Derecho Constitucional*”, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006, p. 46

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

c) *Robustecen las libertades constitucionales y morigeran los estados de excepción las que llevan los N°s 1 (art. 5° inc. 2°), 5 (art. 19 N° 2 inc. 3°), 6 (art. 19 N° 12 inc. 6°), 10 (art. 19 N° 26 inc. 2°), 17 (art. 38 inc. 2°), 18 (art. 39), 19 (art. 41, inc. 2°), 20 (art. 41 N° 3), 21 (art. 41 N° 4), 22 (art. 41 N° 7), 39 (art. 79 inc. 1°).*

d) *Fortalecen el principio democrático y participativo las reformas N°s 9 (art. 19 N° 19 inc. 3°), 11 (art. 23 inc. 1°), 14, 16 y 23 (art. 31, 32 N° 5 y 43 inc. 2°), 24 (art. 44), 27 (art. 46), 25 y 54 (arts. 45 y segunda transitoria), 28 (arts. 45 y 47), 30 (art. 49 inc. final), 33 y 37 (arts. 57 inc. 6° y 66 inc. 1°), 48 (art. 107) y 53 (vigésimovena disposición transitoria).¹⁸⁹*

En síntesis, estas 54 reformas a la Constitución estuvieron orientadas principalmente a establecer el pluralismo político (se deroga art. 8), modificar el mecanismo de reforma (se eliminan procedimientos agravados y veto absoluto, art. 118 derogado), aumentar el número de senadores elegidos por sufragio universal, de veintiséis a treinta y ocho, aumentar el número de civiles en el Consejo de Seguridad Nacional, dar mayor relevancia a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico del país, limitar el poder del Ejecutivo sobre algunas libertades personales en el estado de sitio y en el estado de emergencia, y definir en cuatro años el período presidencial de quien resultara electo en los comicios de diciembre de 1989. En este sentido el artículo 5 del texto original fue uno de los puntos de mayor discusión, pues trataba sobre la limitación

¹⁸⁹ SILVA BASCUÑAN, ídem., pp. 236-237

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

del ejercicio de la soberanía. Finalmente, se convino en agregar al artículo quinto mencionado un inciso segundo, que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.¹⁹⁰

Finalmente, respecto a otra problemática relacionada a la dictadura militar, las violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos mediante el terrorismo de Estado, los militares también tuvieron mucha cautela en asegurar su impunidad. En este sentido, son ilustrativas las palabras de Fernando Matthei y Pinochet; el general Matthei diría: *“Quiero advertir muy seriamente acerca de las consecuencias que podrían acarrear las actitudes revanchistas. Si mañana se pretende sentarnos en la picota, como en Argentina, eso será grave”*¹⁹¹. Pinochet, en su particular estilo, sería más claro: *“Si se toca a uno solo de mis hombres, hasta ahí no más llegaríamos con el Estado de Derecho”*¹⁹².

¹⁹⁰ Sobre este artículo ver CUMPLIDO, Francisco, *“La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”*, Revista Ius et Praxis, Año 9, N° 1, Talca, 2003, versión on-line:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext, recuperado el 30 de noviembre de 2008

¹⁹¹ GUILLAUDAT, Patrick y MOUTERDE, Pierre; *“Los movimientos sociales en Chile. 1973-1993”*, p. 188

¹⁹² ídem

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

2.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.055, Diario Oficial (D. O.) 1 de abril de 1991

Dos años más tarde, en 1991, se introdujeron nuevas reformas, con la aprobación de las llamadas "leyes Cumplido", que eliminaron la negativa constitucional de dar indultos y libertades provisionales a procesados por delitos "terroristas" al transformar ese tipo de ilícitos en delitos comunes.

3.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.097, D. O. de 12 de noviembre de 1991

Modifica la Constitución en materia de Gobiernos Regionales y administración comunal. Se establecen los Consejos Regionales y elección popular de alcaldes y concejales.

4.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.295, D. O. de 4 de marzo de 1994

Consta de un artículo único que rebaja el periodo presidencial de ocho a seis años, dejando de ser simultáneamente las elecciones presidencial y parlamentaria.

5.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.448, D. O. de 20 de febrero de 1996

Aplazó las elecciones municipales por tres meses y extendió por un lapso de tiempo similar el período de los concejales en ejercicio. Este cambio, según lo

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

expresa MOLINA GUAITA, “obedeció, entre otras, a razones climáticas del extremo sur del país”.¹⁹³

6.- Ley de Reforma Constitucional Nº 19.519, D. O. de 16 de septiembre de 1997

Crea el Ministerio Público¹⁹⁴, sobre los procesos penales y establece normas transitorias de carácter técnico.

7.- Ley de Reforma Constitucional Nº 19.526, D. O. de 17 de noviembre de 1997

Modifica las normas sobre administración comunal, contemplando nuevas atribuciones a las municipalidades.

8.- Ley de Reforma Constitucional Nº 19.541, D. O. de 22 de diciembre de 1997

Modifica disposiciones relativas al Poder Judicial. Entre otras, modifica la composición de la Corte Suprema y la designación de sus Ministros y Fiscales Judiciales. Con esta reforma el Senado participaría en la ratificación de los designados a la máxima Corte del Poder Judicial.

9.- Ley de Reforma Constitucional Nº 19.597, D. O. de 14 de enero de 1999

Modifica el art. 74 de la Constitución, reemplazando el inciso segundo por otros, que establecen trámites y plazos que debe cumplir la Corte Suprema

¹⁹³ MOLINA GUAITA, ídem, p. 48

¹⁹⁴ Organismo autónomo, jerarquizado, que dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal en la forma prevista por la ley. En ningún caso ejercerá funciones jurisdiccionales.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

relativos a la modificación de la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales.

10.- Ley de Reforma Constitucional Nº 19.611, D. O. de 16 de junio de 1999

Sustituye en el inciso primero del artículo 1º, la expresión “*Los hombres*” por “*Las personas*”, y agrega al final del párrafo primero del número 2 del artículo 19, la oración “*Hombres y mujeres son iguales ante la ley*”.

11.- Ley de Reforma Constitucional Nº 19.634, D. O. de 2 de octubre de 1999

Intercala en el Nº 10 del art. 19 de la Constitución, como párrafo cuarto, nuevo, el siguiente: “*El estado promoverá la educación parvularia*”.

12.- Ley de Reforma Constitucional Nº 19.643, D. O. de 4 y 5 de noviembre de 1999

Se modifican los artículos 26 y 27 relativos a la elección de Presidente de la República, además del artículo 84 relativo a la composición del Tribunal Calificador de Elecciones.

13.- Ley de Reforma Constitucional Nº 19.672, D. O. de 28 de abril de 2000

Modifica el artículo 30 de la Constitución, estableciendo el Estatuto de los ex Presidentes de la República, disponiendo que gozan de dieta parlamentaria y de privilegios jurídicos y que permite la renuncia de los senadores vitalicios.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

14.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.671, D. O. de 29 de abril de 2000

Modifica el artículo 117 de la Constitución, en lo relativo a la convocatoria y reunión del Congreso Pleno en caso de ratificación de una reforma constitucional.

15.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.742, D. O. de 25 de agosto de 2001

Elimina la censura cinematográfica, reemplazando el inciso final del N° 12 del art. 19 por el siguiente: “*La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica*”, y estableciendo en el N° 25 del art. 19, “*la libertad de crear y difundir las artes*”.

16.- Ley de Reforma Constitucional N° 19.876, D. O. de 22 de mayo de 2003

Establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media.

17.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, D. O. de 26 de agosto de 2005

Estas reformas constitucionales fueron anheladas desde el restablecimiento del Congreso Nacional en 1990, pero la falta del quórum necesario para su aprobación (dos tercios de los miembros en ejercicio de ambas Cámaras) impidió durante años el acuerdo para que una iniciativa tal llegara a concretarse.

En el año 2000 comenzó su tramitación, que fue favorecida por el logro de mayores acuerdos políticos y por un cambio en la conformación de los senadores designados, lo que inclinó la balanza a favor de los opositores al texto original de la Constitución (se habían incorporado ex personeros de pasados gobiernos de la Concertación y Pinochet había renunciado tras su arresto en Londres)

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Estas reformas, cuyo objetivo era dar un cierre definitivo al período llamado "de transición" tras la dictadura militar, fueron aprobadas por el Congreso Pleno el 16 de agosto de 2005, por 150 votos a favor, tres en contra y una abstención. Inmediatamente después se trataron 25 vetos o modificaciones que envió el Poder Ejecutivo en materias como la referencia a los delitos de difamación y a la protección de la vida pública, la suspensión del derecho de sufragio, la vacancia parlamentaria, entrada en vigencia de los tratados internacionales, fuero parlamentario y conformación del Tribunal Constitucional. La aprobación de estos vetos, etapa final de la discusión parlamentaria, ocurrió el 17 de agosto de 2005.

El 26 de agosto de 2005, el Diario Oficial publicó la Ley N° 20.050, que hizo que las reformas entraran en vigencia. Esta ley también autorizó al Presidente de la República para que, en el plazo máximo de un año desde la aprobación de las modificaciones, fijara un texto refundido que integrara la actual Constitución y las reformas, para efectos de fluidez y concordancia, dado el gran número de cambios y de artículos derogados. Finalmente, la promulgación de ese texto refundido se hizo el 17 de septiembre de 2005 y fue publicado en el Diario Oficial como el Decreto Supremo N° 100 el 22 de septiembre de 2005.

El texto refundido abrió el debate que no está zanjado en su totalidad: de si es o no correcto llamar a éste "Constitución de 2005".

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Ricardo Lagos, el día 17 de septiembre, al promulgar lo que supuestamente sería la “nueva Constitución”¹⁹⁵, manifestó lo siguiente: *“Hoy (...) firmamos solemnemente la Constitución democrática de Chile (...) nos reunimos aquí para celebrar, celebrar solemnemente el reencuentro de Chile con su historia (...) Chile cuenta desde hoy con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde el cual podemos avanzar caminando por el camino de perfeccionamiento de nuestra democracia...”*. Y con ello – había señalado un tiempo antes – *“la transición en Chile ha concluido”*.¹⁹⁶

Estos son los principales cambios hechos a la Constitución a través de sus 58 reformas:

- Reducción del período presidencial de seis a cuatro años, sin reelección inmediata.
 - Se eliminan los senadores designados y vitalicios.
 - Aumentan las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados.
 - La referencia al sistema electoral binominal se retira de la Constitución.
- Cualquier cambio que se le quiera hacer tendrá que ser a través de una reforma a la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios.

¹⁹⁵ Ver texto completo del discurso del Ex Mandatario en “*El Mercurio*” de 18 de septiembre de 2005, p. C 3

¹⁹⁶ Ver <http://www.lanacion.cl>, 14 de julio de 2005

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

- La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre tribunales militares en tiempo de guerra.
- El Fiscal Nacional dura ocho años en su cargo en vez de diez y debe dejar su cargo al cumplir 75 años.
- El Contralor General de la República ya no es inamovible y será designado por un período de ocho años.
- Se elimina la función de las Fuerzas Armadas de ser "garantes de la institucionalidad", función que se encarga ahora a todos los órganos del Estado.
- Los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros ya no son inamovibles en sus cargos, pudiendo el Presidente de la República ordenar su retiro. Y ya no necesitará permiso del Consejo de Seguridad Nacional, sino solamente informar al Senado y a la Cámara de Diputados.
- El Consejo de Seguridad Nacional ya no puede autoconvocarse, sino que deberá llamarlo únicamente el Presidente de la República. Dicho Consejo tiene ahora una función sólo de asesoría, al eliminarse la facultad de "hacer presente" sus observaciones a órganos públicos.
- Se consagra, en el artículo 8, el principio de probidad en los actos del Estado.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

- Se flexibiliza la cantidad de regiones del país, permitiendo que a través de una Ley Orgánica Constitucional se pueda crear, modificar y suprimir regiones, provincias y comunas.

18.- Ley de Reforma Constitucional Nº 20.162, D. O. de 16 de febrero de 2007

Establece la obligatoriedad de la Educación Parvularia en su segundo nivel de transición.

19.- Ley de Reforma Constitucional Nº 20.193, D. O. de 30 de julio de 2007

Establece los territorios especiales de la Isla de Pascua y Archipiélagos Juan Fernández.

20.- Ley de Reforma Constitucional Nº 20.245, D. O. de 10 de enero de 2008

Regula la entrada en vigencia de las leyes procesales que indica.

21.- Ley de Reforma Constitucional Nº 20.337, D. O. de 04 de abril de 2009

Modifica los artículos 15 y 18 de la Carta Fundamental, con el objeto de consagrar el sufragio como un derecho de los ciudadanos y de su inscripción automática en los Registros Electorales.

22.- Ley de Reforma Constitucional Nº 20.346, D. O. de 14 de mayo de 2009

Reforma Constitucional en materia de Asociacionismo Municipal

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

23.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, D. O. de 30 de mayo de 2009

Autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional.

24.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.354, D. O. de 12 de junio de 2009

Modifica la fecha de elección de Presidente de la República.

25.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.390, D. O. de 28 de octubre de 2009

Reforma Constitucional en materia de Gobierno y Administración regional

26.- Ley de Reforma Constitucional N° 20.414, D. O. de 04 de enero de 2010

Reforma Constitucional en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política

Finalmente, es preciso señalar que el procedimiento de reforma que siguieron las diferentes modificaciones al texto original, a partir de la Ley de Reforma Constitucional N° 19.055 (en Diario Oficial de 1° de abril de 1991) es el estipulado en los artículos 116, 117 y 119 de la Carta (recuérdese que el 118 fue derogado) hasta el año 2000, cuando modifica el artículo 117 de la Constitución, en lo relativo a la convocatoria y reunión del Congreso Pleno en caso de ratificación de una reforma constitucional. Este procedimiento actualizado regirá hasta el 2005, con su antigua numeración. Con la reforma de este año, al modificar la numeración de los artículos a partir de los Estados de Excepción

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Constitucional y de los capítulos a partir del capítulo VII sobre Ministerio Público, el procedimiento estará contenido en los artículos 127, 128 y 129.

Respecto a esta última ley de reforma, ella modifica también el procedimiento para las futuras, con la eliminación del trámite de aprobación por el Congreso Pleno, y su sustitución por el trámite de aprobación de una comisión mixta bicameral.

La Ley 18.825 (en Diario Oficial del día 17 de agosto de 1989), como ya se indicó anteriormente, fue la única reforma que se dictó conforme al procedimiento establecido en la decimoctava disposición transitoria, es decir, aprobada por la Junta de Gobierno ejerciendo el Poder Constituyente, pero sujeta a ratificación plebiscitaria.

Capítulo III

La Carta Magna al Banquillo de

Acusados

Capítulo III. La Carta Magna al Banquillo de Acusados

Tal como se indicó en un principio, será aquí donde se enfrente la Constitución de 1980 en todos aquellos sentidos limitados por los objetivos de esta investigación.

En primer lugar, se considerará para empezar, las condiciones históricas en las cuales ocurrió la elaboración, aprobación, ratificación y promulgación de la Carta, junto con algunos elementos claves de su contenido. En ello, las diferentes visiones sobre el proceso son determinantes, pues ayudan a encauzar el análisis y determinar finalmente la legitimidad de la Constitución en su perspectiva estática, es decir, atendiendo a su origen.

En segundo lugar, y también considerando el contexto histórico de las reformas, sus procedimientos, elementos centrales de su contenido, y las opiniones diversas sobre tales procesos, se dará paso a determinar la legitimidad de la carta Fundamental en su perspectiva dinámica, es decir, a partir de su aplicación en el tiempo.

En los dos enfoques anteriores, es decir, el estático y el dinámico, el análisis será en el marco de una concepción democrática de la legitimidad. Es decir, en el *enfoque estático* (etapa previa al plebiscito, el acto mismo, y su etapa posterior inmediata) que mira al origen de ésta, se confrontará la Constitución con los principios democráticos básicos presentes en la sociedad chilena y los que

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

entrega la doctrina en general; mientras que en la segunda, la *perspectiva dinámica*, que se refiere a la aplicación de la Constitución en el tiempo y las reformas que experimenta, éste ejercicio de contraste estará dirigido a determinar si los principales procesos de reforma (1989 y 2005) otorgan legitimidad o mayor legitimidad a la Carta y si se condicen con las nuevas realidades.

Respecto a la concepción democrática de la legitimidad, ella parte de un entender el origen del poder político en la soberanía popular. En este sentido, parto del supuesto de que si una Constitución corresponde a la Ley Fundamental de un Estado, que establece esencialmente los derechos y obligaciones de los ciudadanos y de sus gobernantes, y la organización del mismo, ella debe, por lógica, representar el sentir de todos los ciudadanos, o bien, el de la gran mayoría. Por tanto, es requisito fundamental que para la elaboración de una Carta deben existir ciertas condiciones y parámetros que garanticen la transparencia, representatividad, y por lo mismo, una síntesis democrática. Es así como los derechos y obligaciones de los ciudadanos tienen que fundarse en la idiosincrasia propia de un pueblo, y plasmarse en la Constitución luego de un amplio acuerdo entre todas las partes, ya que sólo de éste modo se puede lograr una Carta Fundamental integradora y no excluyente. Es decir, que ésta no debe imponerse desde las cúpulas de poder hacia el resto de la ciudadanía, sino, que su elaboración tenga origen en las propias bases populares. Y si en último caso se tratara de un texto con origen ilegítimo, su legitimación no debería más que acotarse genuinamente a las necesidades y aspiraciones de la ciudadanía, no descartando la posibilidad de elaborar uno nuevo. En consecuencia, para analizar

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

la legitimidad democrática de una Carta Fundamental, es necesario tener en cuenta lo antes expuesto.

Perspectiva Estática

A la primera conclusión que es posible arribar, luego de una extensa revisión de antecedentes históricos, es que la Constitución de 1980 presenta un déficit de primera magnitud que es su propio origen. Para explicar ello es necesario tener en consideración el contexto histórico y las condiciones en que ésta fue elaborada. Fue dentro de una dictadura militar con los poderes del Estado concentrados en el dictador y los Tribunales subordinados a su autoridad; en una situación de permanente Estado de Excepción, con absoluta ausencia de libertades públicas, registrándose un importante contingente de desaparecidos por una feroz represión y presos políticos en las cárceles. Por lo tanto, la génesis de la Constitución estuvo marcada por una carga ideológica bastante enérgica, obviamente, de parte de la Junta Militar y de aquellos grupos adeptos al régimen imperante, que tenían en común un categórico rechazo a las ideologías marxistas y los sistemas socialistas de gobierno, y la férrea defensa de un modelo nacionalista y neoliberal. En este contexto, la nueva Constitución tendría un claro

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

vicio de ilegitimidad, lo cual se sustenta en los siguientes puntos del proceso de elaboración y ratificación plebiscitaria¹⁹⁷:

- La “Comisión Constituyente” del Anteproyecto fue designada por la Junta Militar, y no se llamó a una Asamblea Nacional Constituyente, instancia óptima para la elaboración de una Carta Fundamental, ya que permite la participación de representantes de los más variados sectores de la ciudadanía.
- Cuando la Comisión anterior pasa a llamarse “Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política del Estado”, la designación de sus integrantes la sigue realizando la Junta.
- El Consejo de Estado, organismo que estudia el anteproyecto de la Comisión, también fue creado por la Junta, mediante el Acta Constitucional N° 1, Decreto Ley 1.319, de 9 de enero de 1976.
- Con la excusa de ampliar el aporte público en la elaboración de la Constitución, el Consejo de Estado llamó a enviar por escrito las observaciones y sugerencias al respecto. En esta ocasión, tal organismo recibió aproximadamente 150 indicaciones. Sin embargo, esta instancia fue sólo una estrategia para empezar con la legitimación de la nueva Carta

¹⁹⁷ El referéndum para su aprobación tuvo un carácter plebiscitario; el electorado no tenía opción alternativa al proyecto de Constitución que el régimen *de facto* le planteaba.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Fundamental, por parte de sus creadores, ya que fue un mero envío de papeles y no constituyó una efectiva consideración de la opinión pública.

- Ligado directamente a lo anterior, se encuentra el hecho de que no existió un debate igualitario que considerara la postura de las bases populares, sino, que la “discusión” estuvo reducida a la participación de pequeños grupos minoritarios, que en ese entonces ostentaban el poder político y económico.
- Los partidos políticos estaban proscritos, lo que no permitía la existencia de apoderados fidedignos que controlaran la votación y dieran fe de los resultados. Junto con ello, el Parlamento se encontraba disuelto.
- No existía libertad de prensa, ni de reunión y manifestaciones publicas
- En este mismo sentido, cabe señalar que no existió una real propaganda, destinada a informar a la ciudadanía respecto del contenido y propósitos de la nueva Constitución, a lo que se suma, el hecho de que los medios de comunicación masivos eran controlados por la Junta militar. En consecuencia, en el momento del plebiscito de 1980, el pueblo no estaba realmente informado sobre el contenido de la nueva Ley Fundamental, y por lo tanto, no tenía conciencia de lo que estaba votando.
- No hubo registros electorales, habían sido destruidos. Por lo cual nada garantizaba el principio de “una persona, un voto”.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

- Junto a lo anterior, también hay que considerar el hecho de que no existía un Tribunal Calificador de Elecciones, con lo que la transparencia del proceso plebiscitario estaba en serias dudas.
- Para el plebiscito, los vocales de mesa fueron voluntarios. Este hecho hace especular, con justa razón, la transparencia del conteo de votos "SÍ" y "NO", puesto que la presencia de tales vocales podría responder a intereses predeterminados, de parte de quienes deseaban la aprobación de la nueva Carta Fundamental. A ello se suman las acusaciones de falseo de votos.
- El Presidente de la Mesa receptora de sufragios lo designaba el Alcalde de cada comuna, el que a su vez era designado por el Gobierno militar.
- Por último, cabe mencionar que durante el acto del plebiscito, el país se encontraba en Estado de Emergencia, existiendo graves restricciones y limitaciones a los derechos de los ciudadanos.

Si a estos elementos se suma el hecho que la Junta de Gobierno se había arrogado el Poder Constituyente, ella podía, en el caso hipotético de un resultado desfavorable en el plebiscito de 1980, desconocerlo. Es más, el plebiscito no tenía valor jurídico alguno, considerando que la Potestad Constituyente no residía en el pueblo chileno, pues se le había privado de ella a partir del 11 de septiembre de 1973, consagrando esto legalmente con el Decreto Ley N° 128, por medio del cual también se hace del Poder Ejecutivo y el Legislativo.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Así las cosas, el acto plebiscitario no tenía más que un sentido político, para dar legitimación a algo que era espurio de nacimiento y de paso bañar también con ello al régimen mismo. En consecuencia, mientras la Junta siga detentando el Poder Constituyente, toda acción o disposición emanada desde ella seguirá siendo ilegítima, pues esta Potestad fue usurpada al pueblo, único titular genuino.

También pudo haber desconocido el resultado del plebiscito del 5 de octubre de 1988, pero en ese momento las condiciones políticas le eran desfavorables, más aún si en dicho evento el pueblo le demostró su rotundo rechazo.

Teniendo en consideración lo señalado hasta el momento, es posible afirmar que existen suficientes argumentos para poner por lo menos en tela de juicio la legitimidad de la nueva Constitución de la República. El sólo hecho de que la nueva Carta Fundamental haya sido elaborada durante una dictadura militar, con una Junta que usurpó y reunió en sí los poderes Ejecutivo, Legislativo y Constituyente; defensora de los intereses económicos y/o políticos de pequeños grupos de poder tanto a nivel nacional como foráneos, y en medio de una fuerte represión hacia los grupos y personas de oposición, constituye una razón suficiente para declararla como antidemocrática y, por consiguiente, ilegítima. Esto, por lo menos desde el enfoque estático para el análisis de su legitimidad.

Existió en su momento, tal como se expuso con anterioridad, una postura que defendía la legitimidad de origen y de ejercicio de la Junta de Gobierno. Ella se sustentaba en que el nuevo Gobierno castrense, en vista de la necesidad de

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

preservación del bien común, había hecho uso del clásico derecho a rebelión. Que se trataría de una revolución justa contra el ilegítimo Gobierno de la Unidad Popular. Ello, de paso, facultaba a la Junta a tomar en sus manos el Poder Ejecutivo, Legislativo y Constituyente (D.L. N° 128). Al detentar el Poder Constituyente, ella en simples términos, podía hacer y deshacer.

Además, recordemos que esta postura, definida por la Junta en sus primeros documentos oficiales, fue reforzada por los adeptos al régimen, en donde destacan una serie de documentos recopilados en la ya analizada obra de Dieter Blumenwitz y Sergio Gaete, de 1980 (“La Constitución de 1980. Su Legitimidad”).

Respecto a esta tesis, valgan las siguientes consideraciones:

La Junta militar, mediante un Golpe de Estado, fraguado entre la Derecha, la patronal, militares desleales, y EE.UU., desde los primeros días de haber asumido Salvador Allende, usurpó el poder político al Gobierno constitucional de la Unidad Popular, legítimamente electo; imponiéndose mediante el poder de las armas y el terror de Estado. Ante ello el Decreto Ley N° 1, por el cual asume el “Mando Supremo de la Nación”, a parte de significar un desconocimiento de la legalidad vigente, que declaraba tenía el deber de “restaurar”, no es más que el inicio de un largo proceso de institucionalización y legitimación forzada de un régimen de facto. No cabe hablar por tanto de una revolución justa, sino más bien, de una contrarrevolución ilegítima, de carácter fascista, antidemocrática y elitista

El Poder Constituyente fue arrebatado al pueblo chileno, su legítimo titular.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La Junta militar no persiguió en ningún momento el bien común, sino más bien, resguardó los privilegios de un reducido sector de la sociedad chilena, a lo que se suma un enriquecimiento ilícito con recursos fiscales, por parte tanto de militares como civiles ligados al régimen.

Desde el aparato estatal cometió gravísimos crímenes de Lesa Humanidad contra un pueblo indefenso, violando sistemáticamente los Derechos Humanos. No tuvo escrúpulos para asesinar también a un Ex Ministro, Orlando Letelier y su asistente Rony Moffit; un Ex Presidente de la República, Eduardo Frei Montalva; y hasta un Ex General de Ejército, Carlos Prats, y su esposa.

La Junta militar y sus adeptos imponen, lógicamente por la fuerza, un modelo económico inhumano, que causa explotación, miseria y segregación social. Un modelo que traspasa los límites de lo permitido y mercantiliza Derechos Humanos fundamentales, como la salud y la educación. El neoliberalismo económico es elevado dogmáticamente al nivel constitucional.

Por otro lado, respecto del contenido de la Carta de 1980, agudizando su ilegitimidad de origen, se encuentran una serie de elementos que la dotan, para su perpetuación, de ciertas estructuras e instituciones autoritarias, duros enclaves casi imposibles de superar:

Un Tribunal Constitucional (creado por la LOC N° 17.997 de 19 de mayo de 1981), de origen antidemocrático, reservándose el derecho de definir si una ley o reforma constitucional procede o no, de acuerdo a los intereses consagrados en la Constitución ilegítima de la dictadura. Al Tribunal Constitucional le corresponde

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

definir el carácter de las leyes, si son comunes u Orgánicas Constitucionales, no al Congreso Nacional. Esta institución es la que en definitiva precisa qué está permitido y qué no, lo bueno y lo malo, lo moral y lo inmoral.

Los Senadores designados y vitalicios; que darían la cuota corporativista al sistema político chileno.

Las proscripciones ideológicas, a partir de un pluralismo restringido, pudiendo ser parte de la legalidad sólo aquellas organizaciones políticas que no propugnarán los principios de lucha de clases y vía armada.

La inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las FF.AA. y de Orden.

El sistema electoral binominal, que sólo permite la existencia de dos grandes bloques políticos, negando con ello la posibilidad concreta de representación parlamentaria a los partidos u organizaciones que estén fuera de ambas alternativas. Este sistema está pensado claramente para excluir a la Izquierda del Parlamento.

Por otro lado se establece la inhabilidad de los dirigentes sindicales para optar a cargos parlamentarios.

Los altos quórum para reformas constitucionales: tres quintas, dos terceras o cuatro séptimas (en el caso de las leyes Orgánicas Constitucionales) partes de los Diputados y Senadores en ejercicio. Esta rigidez constitucional otorga la capacidad de veto a una minoría, lo que atenta gravemente contra el deseo de las

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

mayorías. Ningún país democrático exige más que una mayoría simple para la aprobación de una ley.

Existe una fuerte tutela militar, asignando a las FF.AA. y de Orden el deber y derecho de resguardar la institucionalidad democrática. Aquí el Consejo de Seguridad Nacional ocupa un rol fundamental.

La Doctrina de Seguridad Nacional se asienta en la institucionalidad del Estado, como la que define lo permitido y lo no permitido, calificando de terroristas a todos quienes osen contradecirle. Se desconfía en definitiva del pueblo mismo, se le considera como un pequeño incapaz de discernir, incapaz de decidir por sí mismo. Se construye en consecuencia una “democracia protegida”, altamente tecnificada, en la idea de generar la despolitización de las masas.

Esta Constitución establece la residencia de la soberanía en la Nación y entrega fundamentalmente su ejercicio a los órganos y autoridades estatales, los que a su vez no tienen todos un origen democrático, dejándole al pueblo la posibilidad de manifestar su voluntad solamente por medio de las elecciones periódicas y el plebiscito.

En fin, conjugando todos los elementos referentes a la génesis de la Constitución Política de 1980, puede determinarse la existencia de una Carta carente de legitimidad democrática, viciada de origen y, en consecuencia, una Constitución ilegítima. Se desecha, por tanto, la tesis que la legitima en su génesis, los antecedentes hablan por sí mismos, más aún si el análisis es guiado por una concepción democrática de la legitimidad.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Lo señalado hasta aquí, va a seguir condicionando la legitimidad de la Constitución en el tiempo, ya que forma parte de su origen, a pesar de las modificaciones que vaya sufriendo – varias de ellas de gran valor democrático –, pues éstas van a estar basadas en lo que disponga el texto ilegítimo respecto a su Reforma.

Perspectiva Dinámica

Para el desarrollo de esta segunda perspectiva de análisis, se consideran los principales procesos de Reforma Constitucional, el del año 1989 y el correspondiente al año 2005.

De acuerdo a lo anterior, se debe partir situando el proceso de reforma del año 1989 dentro de un marco político-jurídico adverso al desarrollo óptimo del mismo, pues la aspiración de los amplios sectores democráticos de la población, respecto de liberarse de la tutela militar y por consiguiente democratizar el país, no se vieron reflejados en el acuerdo establecido entre la Concertación de Partidos por la Democracia y la dictadura, el que pasó a constituir la piedra angular de una “democracia pactada”, que sólo viene a dar perpetuidad a su carácter de “protegida”.

Los resultados del plebiscito del año 1989, en el cual se sometieron a votación las reformas constitucionales en cuestión, fueron de un 85,7% para la opción “Aprobación” y de un 8,2% para la alternativa “Rechazo”.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Estos resultados indican dos situaciones que deben ser puntualizadas: la primera, dice relación con el fuerte anhelo de la mayoría del pueblo chileno de librarse de la dictadura militar, y con el deseo también de dar una salida pacífica a este período trágico de la historia republicana, lo que explica en parte la alta votación de la primera opción; la segunda, es que los sectores adherentes y defensores del régimen de turno también decidieron apoyar este proceso pues significaba asegurar las condiciones necesarias para que la obra de la dictadura, que ya había sido derrotada en las urnas el año anterior, pudiera seguir vigente. Por tanto, en el plebiscito del año 1989 el dilema no era aprobar o rechazar las reformas a la Constitución de 1980, sino, cómo para una parte esperar la llegada de la “democracia” en ciertas condiciones mínimas, y para otra, no dejar que el plebiscito de 1988 minimizara la herencia dictatorial. En consecuencia, la legitimación democrática de la Constitución de 1980 es, en este caso, ficticia, pues el procedimiento de reforma que siguieron las modificaciones del año 89´ es el mismo – lo que legalmente es correcto – que estaba estipulado en el texto original promulgado en 1980, y la promulgación de la Ley de Reforma 18.825 fue hecha ejerciendo la Junta aún el Poder Legislativo y el Poder Constituyente, arrebatado al pueblo chileno mediante las armas.

Considerando esto último, y al igual que en 1980 y en 1988, independiente de los resultados, el acto plebiscitario no tenía más que un sentido político, no jurídico. Así las cosas, de partida la Junta no estaba obligada a convocar a un plebiscito, y junto con ello, tenía la facultad de desconocer el resultado del evento,

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

independiente cual fuera. Es más, en el fondo fue ella, en el rayado de cancha al acuerdo con la oposición, la que decidió que cambiar y que no.

Por otro lado, se vuelve a tratar sólo de un plebiscito, no un referéndum, negando al pueblo la posibilidad de alternativa, mas allá que un Sí o un No, al igual que en 1980.

En 1989 se votaron reformas constitucionales al texto ilegítimo, no una nueva Constitución, la discusión concreta no estaba entorno a la legitimidad de la Carta sino en las necesarias condiciones mínimas para dar paso a una transición a la democracia.

El pueblo seguía excluido, a pesar del plebiscito. La Constitución de 1980 continuara siendo ilegítima.

El resultado no es otro que la perpetuidad de la ilegitimidad de la Carta Fundamental de 1980. En la práctica, lo que se hizo, fue tratar de limpiar la Constitución de algunos elementos que para el nuevo período que se iniciaba resultaban contraproducentes y anacrónicos, como el carácter de ilegalidad otorgado a los partidos y organizaciones de Izquierda, principalmente los que pregonaban la lucha de clases, con el fin de generar las condiciones necesarias para dar paso a la transición a la democracia.

Si se contrasta el texto original con las modificaciones introducidas en 1989, se puede llegar a concluir que se mantienen en lo fundamental los enclaves

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

autoritarios establecidos por la dictadura, salvo pequeños maquillajes de forma¹⁹⁸. Su esencia dictatorial y neoliberal continuará intacta. La pactada Carta pinochetista no reconocía en definitiva las necesidades y aspiraciones del pueblo chileno, que demandaba real democracia y justicia social.

El Tribunal Constitucional, el Consejo de Seguridad Nacional, la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las FF.AA. y de Orden, su rol de garantes de la Institucionalidad democrática, los senadores designados y vitalicios, los altos quórum para reformar la Constitución, el sistema electoral binominal y la inhabilidad de los dirigentes sindicales para optar a cargos parlamentarios, seguirán dando cuenta de un sistema político profundamente autoritario y antidemocrático.

Si a lo anterior se suma, el especial resguardo de la propiedad privada por sobre derechos fundamentales como la salud, la educación, el trabajo, la vivienda digna, un medio ambiente libre de contaminación, entre otros, la situación se agrava aun más, llegando a ser deprimente sus consecuencias en la realidad de las grandes masas populares.

Finalmente, es preciso tratar aquí, para los efectos de esta investigación, dos hechos históricos de la etapa final del régimen de facto – a parte del plebiscito de 1989 – que son utilizados por los defensores de la legitimidad dinámica de la Constitución, como argumentos para explicarla. Se trata, en primer lugar, del plebiscito del 5 de octubre de 1988 y, en segundo término, de la elección

¹⁹⁸ Ver Capítulo II, “*Las Reformas*”.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

presidencial del 14 de diciembre de 1989, en la cual resulta electo el concertacionista y demócrata cristiano Patricio Aylwin Azócar, Ex Presidente del Senado.

En efecto, el plebiscito de 1988 es considerado por quienes defienden la legitimidad de la Constitución en su dimensión dinámica como la primera prueba a favor. De acuerdo a esto, el plebiscito se habría transformado en un acto legitimador de la obra de Guzmán. Esto, según lo planteado hasta el momento, no constituiría necesariamente la legitimación de la Constitución del 80', pues - y aquí se repite el argumento - el evento mismo, como su convocatoria, están determinados según lo establecido en las disposiciones transitorias del texto original, y con la Junta de Gobierno como titular del Poder Constituyente. Y es más, el plebiscito fue un precepto del dictador para "legitimarse" y extender nuevamente su tiranía hasta 1997. Si no pudo desconocer el resultado desfavorable, como tampoco antes evitar la convocatoria al evento, fue gracias a la movilización de las mayorías democráticas del pueblo Chileno, a su dura lucha contra la dictadura, dejando en el camino a muchos mártires. A ello, se suma la presión internacional, en un contexto mundial que avizoraba la pronta caída de los llamados "socialismos reales" de la Europa del Este.

Un factor importante que explica la participación masiva de la población en el plebiscito de 1988 lo constituye, al igual que para el de 1989, el deseo de la mayoría de los chilenos en ese entonces de terminar con la dictadura militar. En consecuencia, no importaba tanto si se estaba legitimando de alguna forma o no la

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Constitución, sino que lo relevante y urgente era acabar con el mando castrense. Aquí, nuevamente, lo trascendente no es el aspecto legal, sino, lo político, lo que en definitiva da el verdadero sentido a los hechos.

El segundo antecedente a señalar corresponde a la elección presidencial de diciembre de 1989. En este caso, se plantea, por parte de los defensores de la legitimidad dinámica, que el *juramento de estilo*, prestado por Patricio Aylwin, legitimaría nuevamente la Constitución Política de la República, lo que desde el punto de vista netamente legal no deja de ser cierto. Ahora, como se ha visto, para los efectos de conseguir una Constitución legítima desde lo político, desde una perspectiva democrática, lo relevante es la definición del Poder Constituyente, con su residencia en la soberanía popular. En consecuencia, en este caso dicho juramento no tiene mayor significancia de fondo, sino más bien es un aspecto meramente formal y simbólico. Patricio Aylwin, aunque hubiese sido el más férreo detractor de la Constitución del '80, no podía cometer, en ese momento de la historia, el error de no jurar. Ante todo, era el primer Presidente democráticamente electo después de 17 años de dictadura.

Finalmente, en relación a las reformas introducidas a la Constitución el año 2005, lo central a señalar tiene que ver en el fondo con lo mismo que explica la ilegitimidad dinámica al año 1989. Es decir, nuevamente las reformas aplicadas a la Carta Fundamental se hicieron sobre la base de lo estipulado en la misma Constitución de 1980, claro que ahora, como lo fue desde 1990, sin una Junta militar como titular del Poder Constituyente. Sí es necesario señalar que el

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

procedimiento de reforma había sido modificado, primero en 1989, eliminándose los procedimientos agravados y veto absoluto; y luego en 2000, en lo referente a la convocatoria del Congreso Pleno para la aprobación de una reforma.¹⁹⁹

Estas reformas fueron acordadas entre las cúpulas de Derecha y la Concertación, aprobadas en un Parlamento excluyente, no representativo; y promulgadas sin referéndum ni plebiscito alguno. Demás está profundizar en el hecho que la ciudadanía no parte en ninguna de las etapas del proceso.

Estas modificaciones, también son consideradas por muchos como el punto final al debate entorno a la legitimidad de la Constitución de 1980. No obstante, y sin la necesidad de repetir lo antes expuesto, el resultado a fin de cuentas es el mismo: un texto carente de ilegitimidad democrática.

Lo anterior, no obstante, no niega la relevancia de las principales reformas, como lo son la eliminación de los Senadores designados y vitalicios, y la facultad presidencial de remover a los comandantes en Jefe de las FF.AA y de Orden, pues ello constituye un pequeño gran avance en la democratización del país. Ahora bien, esto último no significa por ningún motivo investir a la Constitución de 1980 de un carácter democrático, pues al igual como ocurre con la legitimidad de la Carta Fundamental, el carácter antidemocrático viene determinado desde el origen espurio de la misma y no podrá ser superado mientras no sea la forma, sino el fondo, lo que empiece a cambiar. En consecuencia, la Carta refundida el año 2005 no tiene en sustancia más diferencia que el cambio de la firma de Augusto

¹⁹⁹ ídem

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Pinochet por la del presidente de turno, el socialista Ricardo Lagos, aunque este último señalara en aquella oportunidad que con estas reformas el país terminaba la etapa de transición a la democracia y se dotaba de una “nueva Constitución” esta vez democrática.

Esta supuesta “Constitución de 2005” mantiene: los procedimientos rígidos de reforma con sus altos quórum; si bien niega a las FF.AA. y de Orden por sí solas el rol de garantes de la institucionalidad de la República, ello lo traslada a todos los órganos del Estado (art. 6º), siendo ellas parte de estos; el Tribunal Constitucional con sus atribuciones autoritarias, el Consejo de Seguridad Nacional, aunque ya no puede convocarse por dos de sus miembros y será solamente de carácter asesor; la inhabilidad de los dirigentes sindicales a optar a cargos parlamentarios; el fuerte presidencialismo; etc. Junto a ello, si bien saca de la Constitución el sistema binominal, lo traspassa a la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, quedando intacto.

Nuevamente, por otro lado, no se toca un ápice del modelo económico. De todas formas, eso sería mucho pedir.

A fin de cuentas, se repite la historia y la Constitución Política de la República de Chile, de acuerdo a todos los antecedentes presentados hasta el momento y el análisis de este capítulo, sigue significando una Carta Fundamental profundamente ilegítima, tanto en su dimensión estática como dinámica, determinada de por vida por su origen espurio y antidemocrático.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En consecuencia, aquí se desecha también la tesis le otorga legitimidad en su ejercicio, la explicación ya se ha dado en los párrafos anteriores.

Capítulo IV

¿Cómo romper el círculo vicioso?

Capítulo IV. ¿Cómo romper el círculo vicioso?

Sin lugar a dudas, el mantener al país, a más de 20 años de la derrota de la dictadura en las urnas, con la misma Constitución ilegítima y antidemocrática, elaborada, aprobada, plebiscitada y promulgada en un contexto de dictadura militar, y por consiguiente en condiciones totalmente adversas para la generación óptima de una Ley Fundamental, y por otro lado, no tocada en lo fundamental en ninguna de sus reformas hasta la fecha; es un asunto de vital importancia que el Poder Constituyente, es decir, el pueblo soberano, debe abordar en su más amplio significado.

Esta realidad ya no tiene más vuelta: Chile necesita una nueva Constitución democrática. Ello, es necesario asumirlo como el mayor desafío estratégico en vista a conquistar un Estado realmente democrático y justo, terminando así con una eterna transición que no es sano perpetuarla más.

No obstante la responsabilidad política, ética y moral, que recae en los Poderes Ejecutivo y Legislativo, el pueblo chileno, ante esta realidad, no debe dejar pasar más tiempo. No serán los primeros quienes impulsen los cambios necesarios en la materia, menos aún con un Parlamento binominal.

Debe ser esta vez, por tanto, el pueblo soberano, como el único titular genuino del Poder Constituyente, el que formule una nueva Carta Fundamental, auténticamente democrática y representativa de su sentir y pensar.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En este debate no solo han entregado un importante aporte los expertos en la materia, sino también la ciudadanía de carne y hueso. Es así como en el último tiempo más actores han querido dar su opinión y lo han hecho mediante diversas formas. El desafío de una nueva Constitución ha empezado a abrirse paso, y la demanda de una Asamblea Nacional Constituyente también.

El año 2007, nace a la luz pública, en Santiago de Chile, el movimiento “Ciudadanos por una Asamblea Constituyente”, impulsando una serie de iniciativas sobre la materia en diversas ciudades del país.²⁰⁰

La Central Unitaria de Trabajadores de Chile, presenta el día 1º de Mayo de 2009 su “*Pliego de Chile*”²⁰¹, que en su planteamiento nº 4 propone la elaboración de una nueva Constitución Política.

El Congreso Nacional de Educación, que reunió a casi 2.000 delegados de diversas organizaciones del mundo social de la educación, provenientes de todo el territorio nacional, los días 4 y 5 de septiembre de 2009 en la ciudad de Santiago, estableció como una de sus principales resoluciones, sino la mas trascendente, la necesidad de elaborar una Nueva Constitución por medio de una Asamblea Constituyente, en la cual *“debe quedar explícitamente consagrada la obligación del Estado de garantizar el Derecho a la Educación”*²⁰²

²⁰⁰ Ver www.asambleaconstituyente.cl, <http://chilenosconstituyente.blogspot.com>, “El Ciudadano” Nº 73, octubre de 2009 www.elciudadano.cl

²⁰¹ “*Pliego de los trabajadores y trabajadoras de Chile por los derechos laborales y más democracia*”, Central Unitaria de Trabajadores, Santiago, 1º de mayo 2009. p. 4, www.cutchile.cl

²⁰² Conclusiones Congreso Nacional de Educación, USACH, 4 y 5 de septiembre de 2009, e-mail: corporación@educacionenmovimiento.cl

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

En las elecciones presidenciales del año 2009, los tres candidatos no de derecha a la primera magistratura (Eduardo Frei, de la Concertación; Jorge Arrate, por el Pacto Juntos Podemos Más/Frente Amplio; y Marco Enríquez-Ominami, independiente) presentaron en sus respectivos programas de Gobierno la propuesta de una Nueva Constitución Política.

Por su parte el candidato de la derecha y actual Presidente de la República, Sebastián Piñera, expresaba lo siguiente, *“Yo he visto a Frei y a Enríquez-Ominami que han fijado sus prioridades en reformas políticas, reformas constitucionales, es decir, están gobernando para los políticos”*²⁰³. Comentarios a estas palabras están demás, es el mismo argumento que la derecha ha tenido siempre, el mismo que empleaba Pinochet.

*Una Asamblea Nacional Constituyente*²⁰⁴, para una Nueva Constitución

La forma más acertada para dotar al país de una nueva Carta Fundamental es la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente, organismo colegiado que tiene como función elaborar la Constitución, cuya generación se produzca a partir del criterio básico de la representatividad de todos los sectores políticos y sociales de la sociedad chilena, mediante sufragio universal, democrático, secreto, directo, representativo y participativo.

²⁰³ Ver www.emol.cl, jueves 10 de Septiembre de 2009

²⁰⁴ Ver “Marco Teórico Referencial”; RAMIS, Álvaro; GUZMÁN, Juan, y otros, *“Asamblea Constituyente Nueva Constitución”*, Editorial Aún Creemos En Los Sueños, Santiago, 2009; www.asambleaconstituyente.cl; El Ciudadano N° 73, octubre 2009 www.elciudadano.cl

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Sólo mediante la aplicación de éste mecanismo va a ser posible construir una Constitución legítima, democrática e integradora, que sea capaz de reemplazar el actual orden institucional por otro que restituya la potestad de la soberanía popular e instaure un sistema de democracia participativa. Por muchos cambios que se le apliquen a la Constitución vigente, estos sólo significarán nuevas reformas – como lo es la realizada en 2005, con 58 modificaciones -, y por ningún motivo harán del texto anterior una nueva Carta Fundamental, por los motivos señalados en esta investigación.

Para avanzar hacia ello es necesario articular las diversas demandas sociales en torno al desafío central y estratégico de una nueva Constitución Política, mediante una Asamblea Constituyente. Junto con ello, es necesario seguir instalando el debate en todos los espacios y medios posibles.

Diversos pueblos hermanos en Latinoamérica han empleado este mecanismo, destacando el caso colombiano, en 1991, y el venezolano, de 1999.²⁰⁵

Respecto de la constante histórica de las Constituciones chilenas, el historiador chileno Sergio Grez señala lo siguiente: *“Nunca se ha desarrollado en Chile un proceso constituyente democrático. Todos los textos constitucionales han sido elaborados y aprobados por pequeñas minorías, en contextos de ciudadanía restringida (como ocurrió con algunas variantes en el siglo XIX) o como resultado*

²⁰⁵ Ver CAZOR, Kamel, *“Reformas de 2005: ¿Constitución auténticamente democrática? ¿Nueva Carta Fundamental?”*, en *“La Constitución reformada de 2005”*, Librotecnia, 2005, pp. 536-537

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

de imposiciones de la fuerza armada (como sucedió durante ese mismo siglo e invariablemente en el siglo XX). Las tres cartas principales (1833, 1925 y 1980) tuvieron como parteras a las FF.AA. (...), actuando como “garantes” del Estado y del orden social.”²⁰⁶ La próxima vez es de esperar que sea diferente, que realmente se pueda decir que el “nunca más” esta siendo efectivo.

La legitimidad de la nueva Carta Fundamental provendrá entonces del rol activo, participativo, crítico y dinámico que la ciudadanía tenga en su elaboración y en su ratificación.

²⁰⁶ GREZ, Sergio, *“La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile”*, en *“Asamblea Constituyente Nueva Constitución”*, Editorial Aún Creemos En Los Sueños, Santiago, 2009, pp.53-54

Conclusiones

Finalmente, se confirma la hipótesis de ésta investigación, planteada en su apartado respectivo. Podemos concluir que la Constitución Política de la República de Chile del año 1980 es una Carta Fundamental ilegítima, dándose ello en las dos perspectivas de análisis utilizadas al respecto, que corresponden a la dimensión estática y a la dinámica. Tomaría razón entonces aquella tesis que otorga a esta Constitución un origen ilegítimo y que no reconoce en sus reformas legitimación democrática alguna.

La realidad político-institucional y las condiciones materiales en las cuales de elaboró, aprobó, plebiscitó y promulgó la Constitución de 1980 son argumento suficiente para decretar su ilegitimidad. Además por otro lado, a pesar de las importantes reformas introducidas a su texto, el procedimiento utilizado es profundamente antidemocrático, manteniendo la exigencia original de altos quórum casi imposibles de alcanzar en el actual Parlamento binominal. Y no se olvide que este procedimiento fue decretado sin ningún quórum parlamentario. Por tanto, cada nuevo texto seguirá perpetuando la ilegitimidad del original. Seguirá dando vueltas en sí mismo.

Los desafíos que ésta situación plantea a la sociedad chilena tienen que ver fundamentalmente con poder avanzar hacia la conquista de un Chile más democrático y justo, para lo cual es imperioso dotar a la República de una nueva

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Carta Fundamental, cuya generación ésta vez debe partir de la voluntad popular, es decir, de lo que el Poder Constituyente (Originario) establezca en tal proceso.

De acuerdo a lo anterior, adhiero a la propuesta de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, con las condiciones señaladas en el capítulo final, de cuyas resoluciones finalmente salga un nuevo proyecto constitucional, legítimo, democrático e inclusivo, para su posterior ratificación plebiscitaria por parte de toda la ciudadanía, pues existe una grave contradicción a ser resuelta, dada entre lo impuesto y las necesidades y aspiraciones de los chilenos. La ciudadanía en su conjunto debe definir si realmente el actual orden de cosas se condice con sus anhelos, si es legítimo, o si sólo se ampara en la legalidad y el sometimiento de la población por diversos medios para ocultar su ilegitimidad, su carácter de injusto e inhumano.

No obstante la justeza de lo anterior, es necesario primero preparar el camino para su concreción. En ello, el rol activo que deben jugar las fuerzas democráticas y la ciudadanía en general es elemental, siendo la movilización social y la construcción de la más amplia unidad elementos fundamentales.

A lo anterior, es necesario agregar la necesidad de seguir avanzando en la ruptura de la exclusión política y social, con los mismos criterios de unidad y movilización, como un paso que pueda ayudar a acumular fuerzas para llegar a una Asamblea Constituyente, que desmantele las bases institucionales de la actual Constitución y su sistema de democracia representativa, y la reemplace por

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

un nuevo orden institucional que restituya la potestad de la soberanía popular e instaure un sistema de democracia participativa.

Es un asunto de capital importancia articular las diversas demandas sociales entorno al elemento central de la elaboración de una nueva Constitución Política para la República, pues es ella la principal camisa de fuerza que impide avanzar hacia un país más democrático, inclusivo y con justicia social.

En definitiva, es posible afirmar que la transición a la democracia aún no ha finalizado, puesto que “no hay democracia sin Constitución democrática, ni Constitución democrática sin democracia”.

No podrá hablarse de un Chile democrático mientras se mantengan intactas las bases de una institucionalidad de origen espurio y que retiene cautiva la soberanía negada al pueblo, impidiendo a éste elegir libremente y sin temor el régimen político, económico y social que más le conviene. En la Carta de 1980, con la imposición de enclaves autoritarios ideados bajo los principios de la Doctrina de Seguridad Nacional, se manifiesta una profunda desconfianza en la capacidad del pueblo de decidir por si mismo su destino.

De acuerdo a lo anterior, el sistema político chileno no se condice, ni en la forma ni en el fondo, con la tradición democrática de su pueblo, como tampoco se ajusta a un reconocimiento efectivo de los Derechos Humanos.

Actualmente se conservan instituciones autoritarias que, aunque reformadas, mantienen su esencia antidemocrática y resguardan los intereses de

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

un reducido grupo de la sociedad. En este sentido, la existencia de un Tribunal Constitucional que se arroga la autoridad de decidir lo que está permitido y lo que no; un sistema binominal intacto, que niega una representación efectiva de la diversidad política nacional, que obliga a alianzas forzadas, y que vuelve irrelevante el resultado de las elecciones para los efectos de hacer reformas; un fuerte presidencialismo, en desmedro del Poder Legislativo; altos quórum para efectuar reformas trascendentes; y la inhabilidad de los dirigentes sindicales a optar a cargos parlamentarios; por decir las más importantes, constituyen verdaderos dispositivos de control político y social de la ciudadanía, que en su realidad, a propósito del efecto que esto provoca en la práctica, no ve en las instituciones políticas, ya sea el Congreso Nacional o los propios partidos, un espacio donde poder hacerse escuchar e incidir. La tecnificación de la política y su efecto despolitizador de las masas populares son elementales para la “estabilidad” no solo del sistema político, si no más bien la de un orden económico impuesto a sangre y fuego por un régimen ilegítimo, que en la nebulosa de los “equilibrios macroeconómicos” y los supuestos beneficios de las políticas de mercado, engaña al ciudadano común y corriente y hace creer a éste que es responsabilidad de cada individuo las condiciones socioeconómicas en que él viva, o mejor dicho, sobreviva.

¿Cómo se puede explicar entonces el desinterés en la política, especialmente en el segmento juvenil, si no es a partir de la institucionalidad impuesta por la dictadura y por su herencia del miedo, a decir, a hacer, a decidir?. ¿Cómo se explica la baja sindicalización?. El terror de Estado caló muy hondo en

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

la conciencia de los chilenos y él se perpetuó en mecanismos muy difíciles de romper.

Resulta indignante el rechazo de la derecha a debatir la reforma de la Constitución, bajo el argumento del desinterés ciudadano, como también vergonzosa la política servicial de la Concertación en sus 20 años de Gobierno para con el empresariado, las transnacionales y los militares, profundizando el modelo neoliberal, y asegurando a los criminales de la dictadura una impunidad que a los ojos de cualquiera falta el respeto tanto a las víctimas como al pueblo chileno en su conjunto.

Parece increíble, el cómo una minoría en la sociedad chilena tiene poder de veto en el sistema político, gracias al binominalismo y los quórums de reforma. La derecha, la misma que gobernó con Pinochet y que diseñó este sistema perverso, tiene la mitad de la representación parlamentaria con un sólo un tercio de votación electoral. En Chile no gobiernan las mayorías, su voluntad no tiene canales efectivos para decidir sobre los asuntos relevantes.

La problemática de la violación a los Derechos Humanos durante la dictadura militar aún no encuentra una salida sobre la base de verdad y justicia. Por un lado, la gran mayoría de los criminales de la dictadura gozan de una flagrante impunidad, sólo recordar lo que ocurrió con Pinochet. En tanto por otro, se ha calificado simplemente como terroristas a quienes han sustentado la vía armada o insurreccional para disentir del orden impuesto, recluyéndolos en cárceles de alta seguridad, con graves situaciones de hacinamiento; mientras

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

asesinos como Manuel Contreras se encuentran en cómodas condiciones penitenciarias. ¿Con qué autoridad puede hablar de terrorismo la derecha?; ¿con qué moral lo ha hecho también la Concertación, si le mintió al pueblo en 1989, pactando la transición con quienes no tenían derecho alguno a exigir condiciones?. Es cierto que la violencia no es la mejor vía, pero... acaso ofrece éste sistema espacios efectivamente democráticos, en donde todos podamos contar con la capacidad de incidir y determinar, nosotros, los ciudadanos, qué modelo económico queremos, por ejemplo?

Se está engendrando, a partir de la rigidez de una Constitución Política ilegítima, antidemocrática y que consagra la injusticia social, una situación que en el futuro puede pasar a una manifiesta crisis política y social. Ello, en estos momentos, ya constituye una crisis, sólo que no es evidente. ¿Por qué entonces aún hay quienes que se resisten a abrir un debate nacional entorno a la necesidad de una nueva Carta, mediante un mecanismo democrático?

Para terminar, la aceptación intrínseca de forma ciega y forzada de un orden determinado, no es muestra de legitimidad, sino más bien, ésta realidad da cuenta de una grave ilegitimidad estructural. Se trataría nada más que de una *“legitimidad obligada y alienante.”*²⁰⁷

²⁰⁷ WHITE, Richard, *“Sociología Jurídica, legitimidad y legalidad”*, Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, Santiago, Año 4, No. 20, 1973, p. 41

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

La legalidad debe ser democrática, en el sentido de la más amplia participación ciudadana. Ello dará cuenta de un orden legítimo y puede garantizar estabilidad futura sin necesidad de coerción.

La adoración de la legalidad en sí misma conlleva un gran peligro; ello puede llevarnos a calificar de “legítimos”, por ejemplo, a regímenes dictatoriales, fascistas o autoritarios, que a través de la historia han utilizado la legalidad como fundamento de la legitimidad de su poder. El Estado que pretende ampararse solamente en el formalismo jurídico no puede sostenerse a largo plazo, ello pasa a constituir una bomba de tiempo que puede estallar en cualquier momento.

Que se abra ancho camino entonces, entre la maraña autoritaria y neoliberal, la voz del pueblo soberano.

Fuentes

Periódicos

El Ciudadano, Octubre de 2009, Nº 73

El Clarín, 24 de septiembre de 1970

El Mercurio

13 de septiembre de 1970

15 de septiembre de 1970

24 de septiembre de 1970

19 de octubre de 1970

12 de octubre de 1973

5 de octubre de 1975

25 de abril de 2004

18 de septiembre de 2005

10 de Septiembre de 2009, versión on-line www.emol.cl

La Nación

10 de agosto de 2003

14 de julio de 2005, versión on-line www.lanacion.cl

Revistas

Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, Santiago, Año 4, No. 20, 1973

Hoy, 8 al 14 de mayo de 1989

Ius Publicum, Universidad Santo Tomás, Vol. 11 Nº 21, 2008

Qué Pasa, Capítulo VII de la serie de 1989

Revista Chilena de Derecho

Vol. 20, N° 1, Santiago, 1993

Vol. 25, N° 3, Santiago, 1998

Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 44, 1999

Revista de Derecho Público Universidad de Chile, N° 24, Santiago, 1978

Revista Ius et Praxis, Año 9, N° 1, Talca, 2003

Documentos

“Conclusiones Congreso Nacional de Educación”, USACH, 4 y 5 de septiembre de 2009, e-mail: corporación@educacionenmovimiento.cl

“Pliego de los trabajadores y trabajadoras de Chile por los derechos laborales y más democracia”, Central Unitaria de Trabajadores, Santiago, 1º de mayo 2009, www.cutchile.cl

Acta Junta N° 1 (secreta), disponible en CRISTI, Renato, *“El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad”*, LOM, Santiago, 2000

Acuerdo de la Cámara de Diputados 23 de agosto de 1973, y la respuesta del Presidente Allende, con fecha 24 de agosto, en *“Antecedentes Histórico-Jurídicos: años 1972-1973”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980

Bando N° 5, en *“Normas Fundamentales del Estado de Chile”*, Ediciones Jurídicas de América, Santiago, 1975

Declaración de Principios de la Junta de Gobierno 11 de marzo de 1974, en Junta de Gobierno. *“Declaración de principios del Gobierno de Chile. Objetivo nacional y políticas generales del Gobierno de Chile. Constitución Política de la República de Chile”*, Gabriela Mistral, Santiago, 1974

Discurso de Augusto Pinochet a un mes del Golpe de Estado, 11 de octubre de 1973, disponible en: *“Antecedentes Histórico-Jurídicos: años 1972-1973”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980

Discurso de Augusto Pinochet en Chacarillas. Disponible en internet en el sitio Oficial de la Fundación Augusto Pinochet www.fundacionpinochet.cl:http://www.fundacionpinochet.cl/historia/chacarillas.html ; como también en el sitio Archivo Chile, Web del “Centro de Estudios Miguel Enríquez” (CEME), www.archivo-chile.com

Memorándum “Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República”, se encuentra en el Anuario de Derecho Administrativo, de la Universidad de Chile, N° 1 (75-76)

Texto original de la Constitución Política de la República de Chile de 1980

Decretos Leyes y Supremos

Decreto Ley N° 1, en Diario Oficial de 18 de septiembre de 1973

Decreto Ley N° 128, en Diario Oficial de 16 de noviembre de 1973

Decreto Ley N° 527, en Diario Oficial de 26 de junio de 1974

Decreto Ley N° 788, en Diario Oficial de 4 de diciembre de 1974

Decreto Ley N° 3.464 (la Junta de Gobierno fija y aprueba la nueva Constitución Política), en Diario Oficial de 11 de agosto de 1980

Decreto Ley N° 3.465 (convocatoria a plebiscito para el 11 de septiembre de 1980), en Diario Oficial de 12 de agosto de 1980

Decreto Supremo del Ministerio del Interior N° 1.064 de 25 de octubre de 1973 (sobre constitución de la “Comisión Constituyente”), en Diario Oficial de 12 de noviembre de 1973

Actas Constitucionales

N° 1, por **Decreto Ley N° 1.319**, en Diario Oficial de 9 de enero de 1976

N°s 2, 3 y 4; por Decretos Leyes N°s 1.551, 1.552 y 1.553, respectivamente. En Diario Oficial de 13 de septiembre de 1976

Leyes de Reforma Constitucional (en www.bcn.cl)

N° 18.825, Diario Oficial de **17 de agosto de 1989**

N° 19.055, Diario Oficial de 1 de abril de 1991

N° 19.097, Diario Oficial de 12 de noviembre de 1991

N° 19.295, Diario Oficial de 4 de marzo de 1994

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

- Nº 19.448, Diario Oficial de 20 de febrero de 1996
- Nº 19.519, Diario Oficial de 16 de septiembre de 1997
- Nº 19.526, Diario Oficial de 17 de noviembre de 1997
- Nº 19.541, Diario Oficial de 22 de diciembre de 1997
- Nº 19.597, Diario Oficial de 14 de enero de 1999
- Nº 19.611, Diario Oficial de 16 de junio de 1999
- Nº 19.634, Diario Oficial de 2 de octubre de 1999
- Nº 19.643, Diario Oficial de 4 y 5 de noviembre de 1999
- Nº 19.672, Diario Oficial de 28 de abril de 2000
- Nº 19.671, Diario Oficial de 29 de abril de 2000
- Nº 19.742, Diario Oficial de 25 de agosto de 2001
- Nº 19.876, Diario Oficial de 22 de mayo de 2003
- Nº 20.050, Diario Oficial de **26 de agosto de 2005**
- Nº 20.193, Diario oficial de 30 de julio de 2007
- Nº 20.162, Diario Oficial de 16 de febrero de 2007
- Nº 20.245, Diario Oficial de 10 de enero de 2008
- Nº 20.337, Diario Oficial de 04 de abril de 2009
- Nº 20.346, Diario Oficial de 14 de mayo de 2009
- Nº 20.352, Diario Oficial de 30 de mayo de 2009
- Nº 20.354, Diario Oficial de 12 de junio de 2009
- Nº 20.390, Diario Oficial de 28 de octubre de 2009
- Nº 20.414, Diario Oficial de 04 de enero de 2010

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

Sitios Web

www.archivo-chile.com, Centro de Estudios Miguel Henríquez

www.asambleaconstituyente.cl, Movimiento Por una Asamblea Constituyente

www.bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional

www.chilenosconstituyente.blogspot.com,

www.cutchile.cl, Central Unitaria de Trabajadores de Chile

www.elciudadano.cl, periódico mensual El Ciudadano

www.emol.cl, Diario El Mercurio, on-line.

www.fundacionpinochet.cl, Fundación Augusto Pinochet Ugarte

www.lanacion.cl, Diario la Nación

Bibliografía

- ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *“Elementos de Derecho Constitucional Chileno”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963
- ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *“Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *“Derecho Constitucional”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973
- BLUMENWITZ, Dieter y GAETE, Sergio; *“La Constitución de 1980. Su Legitimidad”*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1981
- CARRASCO, Sergio, *“Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002
- CASTAÑO, Sergio, *“La doctrina aristotélica de los principios de legitimidad política. Estudio de fuentes”*, Ius Publicum, Universidad Santo Tomás, Vol. 11 N° 21, 2008
- CAZOR, Kamel, *“Reformas de 2005: ¿Constitución auténticamente democrática? ¿Nueva Carta Fundamental?”*, en *“La Constitución reformada de 2005”*, Librotecnia, 2005
- CRISTI, Renato, *“La noción de Poder Constituyente en Carl Schmitt y la Génesis de la Constitución chilena de 1980”*, Revista Chilena de Derecho PUC, Vol. 20, N° 1, Santiago, 1993
- CRISTI, Renato, *“El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad”*, LOM, Santiago, 2000
- CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Humberto: *“Teoría de la Constitución”*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1994
- CUMPLIDO, Francisco, *“La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”*, Revista Ius et Praxis, Año 9, N° 1, Talca, 2003, versión on-line: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext, recuperado el 30 de noviembre de 2008
- D`ORS, Álvaro, *“Una prelección sobre legitimidad”*, Revista de Derecho Público Universidad de Chile, N° 24, Santiago, 1978

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

DAZA, Loreto, *"El Golpe de Estado que la CIA organizó contra Allende"*, Capítulo VII de la serie publicada en la revista *"Qué Pasa"*, Santiago, 1989

DEL AGUILA, Rafael, *"La política: el poder y la legitimidad"*, en Manual de Ciencia Política, Editorial Trotta, Madrid, 1997

DÍAZ, Elías, *"Curso de Filosofía de Derecho"*, Marcial Pons Ediciones, Madrid, 1998

DÍAZ, Elías, *"De la maldad estatal y la soberanía popular"*, Debate, Madrid, 1984

DÍAZ, Elías, *"Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático"*, Editorial Civitas, Madrid, 1978

DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Vigésima Tercera Edición

GARCÍA PELAYO, Manuel, *"Derecho Constitucional Comparado"*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1953

GREZ, Sergio, *"La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile"*, en *"Asamblea Constituyente Nueva Constitución"*, Editorial AÚN Creemos En Los Sueños, Santiago, 2009

GUILLAUDAT, Patrick y MOUTERDE, Pierre; *"Los movimientos sociales en Chile, 1973-1993"*, LOM, Santiago, 1998

HABERMAS, Jürgen, *"Problemas de legitimación en el capitalismo tardío"*, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1986

HABERMAS: *"¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?"*, en Escritos sobre moralidad y eticidad, Paidós, Barcelona, 1991

HABERMAS: *"La reconstrucción del materialismo histórico, problemas de legitimación en el Estado Moderno"*, Editorial Taurus, Madrid, 1981

HAURIOU, Maurice, *"Principios de Derecho Público y Constitucional"*, trad. esp. de C. R. del Castillo, Madrid, 1927

HELLER, Hermann, *"Teoría del Estado"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942

KORNBLUH, Peter, *"Los EE.UU. y el derrocamiento de Allende. Una historia desclasificada"*, Ediciones B, Barcelona, 2003

LASALLE, Ferdinand, *"¿Qué es una Constitución?"*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1984

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

LOEWENSTEIN, Karl, *“Teoría de la Constitución”*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970

LUCAS VERDÚ, Pablo, *“Curso de Derecho Político”*, Vol. II, Ediciones Tecnos, España, 1983

MOLINA GUAITA, Hernán, *“Derecho constitucional”*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.

PINEDA, Rodrigo, *“Consideración sobre la legitimidad en un orden político democrático. El aporte de Jürgen Habermas”*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 44, 1999

QUINZIO, Jorge, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, Ediciones Universidad La República, Santiago, 1993

RAMIS, Álvaro; GUZMÁN, Juan, y otros, *“Asamblea Constituyente Nueva Constitución”*, Editorial Aún Creemos En Los Sueños, Santiago, 2009

RIVAS, Pedro, *“Argumentación pragmática y fundamentación de la democracia a propósito del pensamiento de Elías Díaz sobre la legitimidad”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 3, Santiago, 1998

SALAZAR, Gabriel, *“Historia Contemporánea de Chile”* T. I, Estado legitimidad, ciudadanía, LOM, Santiago, 1999

SARPE, Madrid, España, 1984

SCHMITT, Carl, *“Teoría de la Constitución”*, Editorial Alianza, Madrid, 1982

SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, T. I, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1963

SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997

SOTO, Hernán, *“Archivos secretos documentos desclasificados de la CIA”*, LOM ediciones, Santiago, 1999

STERN, Klaus, *“Derecho del Estado de la República Federal”*, Edición Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1987

URZÚA, Germán, *“Manual de Derecho Constitucional”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Un examen a su legitimidad

VEGA GARCÍA, Pedro, *“En torno a la legitimidad constitucional”*, en Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas, T. I, Universidad Nacional Autónoma de México, D. F., 1988, pp. 804-805; disponible en versión on-line: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/641/38.pdf>, recuperado el 30 de noviembre de 2008

VILLEGAS DÍAZ, Myrna, *“Terrorismo: Un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España”*, Universidad de Chile, Santiago, 2001, Cap. I primera parte, versión on-line, http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2001/villegas_m/html/index-frames.html, recuperado el 26 de abril de 2009

VITALE, Luís, *“Interpretación Marxista de la Historia de Chile”*, cap. VII, versión online.

WEBER, Max, *“Economía y Sociedad”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964

WHITE, Richard, *“Sociología Jurídica, legitimidad y legalidad”*, Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, Santiago, Año 4, No. 20, 1973