

PRESENTACIÓN: A 40 AÑOS DEL GOLPE DE ESTADO

DANIELA MÉNDEZ ROYO
JAVIER VALLE SILVA
NICOLÁS FUSTER SÁNCHEZ
CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ

Este 2013 se conmemoran cuarenta años del golpe militar en Chile. No se trata de una fecha en que haya algo que celebrar. Esa fecha está marcada por sangre y fuego; a partir del fatídico septiembre de 1973, no solo una Junta de militares asume el poder del Estado. Junto a ello, se inaugura una época en que el terror frente a los opositores al régimen se hizo una política de Estado. Asimismo, también dará inicio a una profunda transformación del modelo de desarrollo de país, en clave neoliberal, que supone la emergencia de un modelo que reclama la relativización del sistema democrático, una construcción de políticas públicas que descansa en una matriz radicalmente individualista y una mercantilización de todas las esferas de la realidad social.

En esta sección “Documentos”, queremos rescatar importantes documentos que dan cuenta de una crisis política, pero especialmente que construyen un entramado jurídico-político, en clave autoritaria y radicalmente formalista. Por ello, no es baladí el rescate que hacemos de los DL 1, 128 ó 788 o el DL de amnistía.

Esta presentación cuenta con cuatro momentos. El primero, una reflexión sobre el contexto previo al Golpe de Estado. El segundo, el nacionalismo fundante de la dictadura y el carácter simbólico de la figura de la Unidad Nacional. El tercero, el problema de la autoatribución del poder constituyente por la Junta militar. Finalmente, la violación de los derechos humanos y las reacciones en el mundo.

1. EL CONTEXTO.

En este dossier se incluyen tres textos previos al golpe de estado ocurrido el 11 de septiembre de 1973. El valor de estos textos se puede mirar desde varios puntos de vista. En primer lugar, específicamente los tres previos al quiebre institucional pero en general todos los que conforman este dossier, son de gran valor para algo que, inexplicablemente, no se ha emprendido. Estoy pensando en un trabajo histórico jurídico que analice este periodo, no solo como una sucesión de hechos sino en sus aspectos simbólicos. Falta en nuestro medio un trabajo serio y prolongado en el tiempo que analice las raíces históricas de nuestra cultura jurídica y pesquise las relaciones entre derecho y política. En ese sentido, los textos que se presentan a continuación pueden ser muy útiles.

Cabe una advertencia antes de continuar, para entender mejor las líneas que siguen hay que partir por saber que aquí el Derecho es entendido como una práctica compleja en la que se entrelazan textos (leyes, reglamentos, contratos, etc.), instituciones, personas, ideas y prejuicios. Los que se vinculan y combinan en un sistema de comunicaciones.

Cualquiera que lea el texto de la Corte Suprema podrá advertir la virulencia con que el máximo tribunal de país se dirige al Presidente de la República. Es cierto que Chile estaba sumido en una crisis que le había impreso a la discusión un grado de violencia enorme. Y es cierto también que se habían sucedido los ataques en contra del Poder Judicial, concentrados en la Corte Suprema. Pero aun así resulta complejo ver cómo una institución que reivindica para sí la independencia y la virtud, ocupa un vocabulario agresivo y muchas veces irónico en contra de una autoridad elegida conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución. Llamará más la atención que tres meses después los tribunales aceptaron ejecuciones sin proceso previo, que el gobierno dictara “bandos” y una multitud de decretos leyes que fueron modificando el país. Todo lo que se expuso en contra del gobierno de Salvador Allende se permitió, en silencio, a la Dictadura militar. La verdad es que se permitieron muchísimas más cosas, y mucho más graves.

Respecto al concepto de Derecho, en los textos redactados por la oposición a Allende que dominaba la Cámara de Diputados y por los Ministros de la Corte Suprema se parte de una perspectiva esencialista sobre el Derecho. Este es una entidad objetiva, fija, a la que algunos

pueden acceder, es una realidad necesaria y evidente. Lo que duerme detrás de esta concepción es que esta (supuesta) facultad habilitaría a ciertas personas (generalmente minorías interesadas) a decidir por los demás los límites de lo posible. Está muy marcado en las palabras de la Corte Suprema esa creencia. Para estos efectos es igual si existía o no una actitud militante por parte de los ministros de la Corte, lo verdaderamente relevante es que su intervención en el discurso público se construye desde esos presupuestos. Sobre ese carácter inmutable del Derecho nos extenderemos más adelante. Pero también está presente y de manera palmaria que la Corte Suprema defiende en su oficio del 25 de junio de 1973 una serie de cuestiones que funda, en buena parte, en la sabiduría y virtud de sus integrantes. Ese elitismo que tiene algo de tecnocracia subsiste en nuestra cultura jurídico-política. Y es un poderoso dispositivo para frenar el cambio social parapetándose en cierta solvencia técnica.

También hay lecciones que podemos extraer de esos discursos para la teoría del derecho. Es en este último campo que se puede sugerir un breve análisis. La legislación de emergencia que la Unidad Popular utilizó para llevar adelante (parte de) su programa de transformación del país fue catalogada como uso de resquicios legales que subvertían algo así como el espíritu de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, el gobierno que lo siguió ocupó decretos leyes para cambiar este país. La Unidad Popular no pudo legitimar el uso formalmente impecable de nuestro sistema de normas porque carecía de la mayoría electoral, pero también intelectual para imponerla como lo correcto. La dictadura utilizó una producción jurídica irregular que no fue ni siquiera representada por nuestros Tribunales. Con esta reflexión sugerimos lo que queremos expresar de aquí en adelante: el lugar y naturaleza del derecho en la sociedad.

Estos documentos son un buen ejemplo de cómo el lenguaje de la política y del derecho se confunden. Esa autonomía que tanto han reclamado y cautelado algunos juristas queda aquí (así como en muchos otros textos) sin ningún sustento. Porque las palabras de la Corte Suprema suenan vacías si las contrasta con su comportamiento posterior al 11 de septiembre de 1973. La retórica jurídica puede servir para revestir de autoridad, erudición o seriedad nuestras tomas de posiciones, que son siempre absolutamente contingentes.

La teoría crítica del derecho ha dirigido sus ataques contra la aparente neutralidad del Derecho y del discurso jurídico. Hablando el léxico forense, los textos transcritos y que dan cuenta del profundo

conflicto que remeció al país, constituyen una excelente prueba documental para quienes escriben desde el Derecho y sobre el Derecho a partir de una perspectiva o actitud crítica o de sospecha. Son espléndidos testimonios del mayor problema de la fuerza del Derecho, este está revestido de un cierto pedigrí que lo fortalece aunque no sea más que la voluntad de los poderosos erigida en ley. Para los críticos, el derecho es una herramienta de dominación, y esa función la cumple bajo una máscara de rigor y (falsa) necesidad. En este caso, expresiones como estado de derecho, debido proceso, igualdad ante la ley, autonomía universitaria, derecho de reunión, son fórmulas que provocan cierta perplejidad al leerlas en los textos que presentamos.

Finalmente, leyendo estos textos desde nuestra posición actual, es difícil pensar en el sistema jurídico como un espacio con respuestas correctas, que tiene una estructura formal que le da coherencia o un ordenamiento que tiende a la justicia. El Derecho vigente, que en ningún caso es un ordenamiento jerarquizado y perfecto y separado del resto de la sociedad, es expresión de la visión de quienes, en un determinado momento, poseen la hegemonía cultural e intelectual. Un crudo testimonio de esa afirmación es la selección de textos que aquí se contiene.

2. LA NACIÓN Y SU PROPUESTA DE NATURALIZACIÓN SIMBÓLICA

El llamado que se consigna en el decreto ley Nº 1 a “restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, conscientes de que esta es la única forma de ser fieles a las tradiciones nacionales, al legado de los Padres de la Patria y a la Historia de Chile”; nos conmina a entrar en el problema de la Historia, o más bien, a comprender su función política y estratégica: la Historia (con mayúscula) como *espacio agonístico*. La posibilidad de instalar *la historia* (una historia) como fundamento de *lo político* solo se consigue en el juego de las luchas simbólicas que se dan en ese campo de batalla que es la historia, en la lucha por la representación de la historia –y de sus identidades, cultura, valores, etc.–. En su Tesis VII, Walter Benjamin señala: “[L]os que dominan a la sazón son los herederos de todos los que han vencido. Por eso, la empatía con el vencedor favorece en cada caso al dominador del momento (...) Quien quiera haya obtenido la victoria hasta el día de hoy, marcha en el cortejo triunfal que lleva

a los dominadores de hoy sobre los [vencidos] que hoy yacen en el suelo. El botín, como siempre ha sido usual, es arrastrado en el corrotejo. *Se lo designa como el patrimonio cultural*¹. La apelación que se explicita en el decreto no puede entenderse sino como pieza clave de la estrategia por el dominio de la palabra que instaura, que funda, que hace *historia*. Es la *reparación* de esa *continuidad* quebrantada por los “principios foráneos del marxismo-leninismo”. La *chilenidad*, la recuperación de lo *auténtico*, lo *local*, que ha sido la *tradición cultural* del la *patria* es parte del “botín” que Benjamin agudamente llama nuestro “patrimonio cultural”. La violencia que se anida en esa imposición es la violencia fundadora del decreto, del bando, de la norma. El estado de derecho –su constitución, su poder constituyente, su soberanía– son el devenir de la violencia que funda el derecho y su representación de la realidad –valores, identidades, cultura, historia–.

En esta dirección, es pertinente destacar una de las cuestiones fundamentales que recorre el trabajo de Walter Benjamin –y que posee una gravedad ontológica significativa–: la pregunta por la relación entre violencia y derecho², o más bien, la interrogación sobre la violencia que subyace al derecho³. En un texto titulado *Hacia la crítica de la violencia* y publicado en 1921, Benjamin señala:

“Se dirá que un sistema de fines jurídicos no podrá sostenerse mientras queden fines naturales cuya obtención se pueda perseguir con violencia. *Pero eso es un dogma simplemente*. Contra él, quizá se

¹ BENJAMIN, WALTER, *La dialéctica en suspensión. Fragmentos sobre la historia*, Santiago de Chile, Editorial Arcis-Lom, 1995, p. 52. Las cursivas son nuestras.

² En esta misma dirección, Jaques Derrida señala: “Hay ciertamente leyes que no se aplican, pero no hay ley sin aplicabilidad, y no hay aplicabilidad, o *enforceability* de la ley, sin fuerza, sea ésta directa o no, física o simbólica, exterior o interior, brutal o sutilmente discursiva –o incluso hermenéutica– coercitiva o regulativa, etc. ¿Cómo distinguir entre, de una parte, esta fuerza de la ley, esta <<fuerza de ley>> como se dice tanto en francés como en inglés, creo, y de otra, la violencia que se juzga siempre injusta? ¿Qué diferencia existe entre, de una parte, la fuerza que puede ser justa, en todo caso legítima (no solamente el instrumento al servicio del derecho, sino el ejercicio y el cumplimiento mismos, la esencia del derecho) y, de otra parte, la violencia que se juzga siempre injusta? ¿Qué es una fuerza justa o una fuerza no violenta?”. DERRIDA, JACQUES, *Fuerza de ley*. El <<fundamento místico de la autoridad>>, Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pp. 16-17.

³ GALENDE, Federico, *Walter Benjamin y la destrucción*, Santiago de Chile, Ediciones Metales Pesados, 2009, p. 74.

pueda recurrir a la sorprendente posibilidad de que el interés del derecho en la monopolización de la violencia frente a las personas individuales no se explique mediante la intención de salvaguardar los fines jurídicos, sino, antes bien, *mediante la intención de salvaguardar el derecho como tal*; pues la violencia, si no se encuentra en manos del derecho, lo pone en peligro, no mediante los fines que persigue, sino ya por el hecho de su mera existencia externa al derecho”⁴.

En este sentido, el derecho y su ejercicio, según Benjamin, no pueden desligarse de la violencia, ya que son recíprocos. Es decir, la violencia es el medio del derecho, y por lo tanto, es su fuerza instauradora y conservadora⁵. Esto significaría que la violencia no es anterior al derecho, ni tampoco es solo un efecto “residual” de su ejercicio, sino más bien “es lo que lo configura a través de un movimiento que va desde su ‘instauración arbitraria’, en tanto fuerza, a su mantención y conservación, en tanto poder, y viceversa”⁶. El vínculo entre derecho y violencia que opera dentro del orden jurídico dictatorial –en el decreto ley– permite sentar las bases para la imposición de nuevo orden –de una historia nueva pero que se presenta antigua, continua– y que se resolverá en la disolución del vínculo violencia/derecho a través de la invisibilización o la negación de la lucha que lo funda y lo mantiene –la apelación a los valores nacionales quebrantados, por ejemplo–. Como explica Benjamin, no se trata, entonces, de la necesidad de anular la violencia, sino de incluirla de modo particular dentro del ordenamiento jurídico.

Esta fuerza instauradora, que erige al bando o decreto, al derecho y a su estado, al Estado de Derecho siempre es *violenta*, ya que opera *borrando* la huella de su origen, es decir, anulando la legalidad de un “estado anterior” y naturalizando un *origen* que pasa ahora a ser la palabra iniciática del *legislador*. La apelación a un origen, a un momento anterior y prístino –a priori ahistórico cargado de historia– opera estratégicamente al interior del decreto como una *memoria mítica* que convoca a la *comunidad* (valores nacionales) y que conmina a una

⁴ BENJAMIN, WALTER, “Hacia la crítica de la violencia”. En: Obras, Libro II / Vol. 1, Madrid, Abada Editores, 2010, pp. 186-187. Las cursivas son nuestras

⁵ BENJAMIN, WALTER, “Hacia la crítica de la violencia”..., p. 193.

⁶ GALENDE, FEDERICO, Walter Benjamin y la destrucción..., p. 75.

acción (rescate de la “chilenidad”⁷). En este sentido, la violencia fundacional del decreto se despliega como la celebración de la memoria histórica, cuya estructura mítica posibilita la creación de un tiempo que fija su propio devenir. Es decir, se establece una repetición, una reactualización (los valores patrios, los padres de la patria, etc.) de *un tiempo* –un sentido– singular en el *continuum* del tiempo. El objetivo de la memoria mítica –como expresión de la violencia fundacional del decreto– es la instalación de un tiempo-proyecto originario que reclama una *identidad* descuidada y olvidada por “la intromisión de una ideología dogmática y excluyente”. En esta dirección, la violencia fundacional del decreto contiene, en sí misma, una suerte de fondo normativo para el sujeto; o dicho de otra forma, contiene en sus marcos de representación los modos en que el sujeto –*en y de* la historia– es llamado a ocupar un lugar específico dentro de su devenir, asumiendo una suerte de predestinación externa que circunscribiría los espacios posibles de ser ocupados por él y sus concomitantes modos de conducción. De esta manera, “el legado de los padres de la patria”, al que apela el decreto, establece la base moral/legal –código universal– para hacer de la “Historia de Chile” el *consenso* de los tiempos de los pueblos de la patria. Si la historia es el lugar en el que coexisten, en una lucha constante, las diversas racionalidades que se disputan el *sentido de la nación*; el decreto y su violencia, la estructura mítica que le impone a la memoria –la que hoy celebramos en democracia⁸– es una de

⁷ En relación a la definición implícita que establece el decreto sobre el rescate de “la chilenidad”, Patxi Lanceros señala: “todo ejercicio de definición consiste en la implementación de límites y fronteras, en el establecimiento de un territorio habitable y en la correlativa heterodesignación de un entorno inhóspito u hostil (que opera, con la venida de Derrida, como exterior constitutivo del interior constituyente). Dicha definición, aunque se ejerza en el ámbito del discurso –o precisamente por ello– es un ejercicio de poder, un acto político (en sentido amplio); aunque sólo sea por el hecho de que de-fine o de-limita el que puede hacerlo, el que tiene poder para ello y ocupa una determinada posición: que tiende a imponerse. Los límites y fronteras producidos por la definición suelen, además, generar aranceles y peajes”. LANCEROS, PATXI, *Políticamente. De la revolución a la globalización*, Barcelona, Editorial Anthropos, 2005, p. 114.

⁸ Un ejemplo paradigmático de esta celebración es el ejercicio nemotécnico que propone el Museo de la Memoria. La museologización de la historia permite el acercamiento aséptico e higiénico al trauma dictatorial. Al respecto, Giorgio Agamben señala: “Museo no designa aquí un lugar o un espacio físico determinado, sino la dimensión separada en la cual se transfiere aquello que en un momento era percibido como ver-

las formas que adopta esta lucha por la organización del tiempo y por la defensa de su carácter lineal –de su *telos*-. El *consenso* que reclama el decreto es la imposición de “*un tiempo*” que oscurece la diversidad de experiencias temporales y de sentidos de lo político, es decir, anula el disenso que es el corazón de la comunidad política⁹.

El vínculo entre derecho y violencia fue completamente funcional al carácter productivo que instala la dictadura chilena y que tiene hoy por hoy una gran rentabilidad en su *continuum*: “El pasaje a la globalización que opera la Dictadura, la escena de la modernización del país en los 2000, es el documento de cultura que ha dialectizado el documento de barbarie. Y en esta borradura, el cepillo a contrapelo del Informe Rettig y del Informe Valech, no consiguen interrumpir la dialéctica progresista del país; parecen irrumpir convertidos en documentos historicistas, sumidos en la intencionalidad de una modernización general que *hace bien las cosas*. No insistir en la relación entre el Golpe, la tortura, la Dictadura y la actualidad triunfal, sería hacerse *acólito* del *continuum* de violencia y progreso”¹⁰. La naturalización de la fuerza que da origen a la dictadura –la apelación en el decreto a valores y tradiciones en tanto fantasmagorías de una violencia fundacional– niega todo proyecto político y social anterior –y al cuerpo social que se había constituido– eliminando a través de la *Historia* y de sus concomitantes –identidades, cultura, visiones de mundo, etc.– la posibilidad de un proyecto en que la diversidad sea la regla.

3. EL PROBLEMA DE LA AUTOATRIBUCIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE POR LA JUNTA MILITAR CHILENA

El nuevo régimen no es pura facticidad. Desde muy temprano se esfuerza en dotar de contenido sustantivo a las transformaciones que estaba imponiendo. Sin embargo, el esfuerzo radica en fundar por vía de legalidad lo que ha de ser considerado legítimo, es decir, legitimidad por vía de legalidad. Por ello, sin proponérselo, podemos

dadero y decisivo, pero ya no lo es más”. En: AGAMBEN, GIORGIO, *Profanaciones*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005, p. 109.

⁹ RANCIÈRE, JACQUES, *El viraje ético de la estética y la política*, Editorial Palinodia, Santiago de Chile. 2007.

¹⁰ THAYER, WILLY, *El fragmento repetido. Escritos en estado de excepción*, Santiago de Chile, Ediciones Metales Pesados, 2006, pp. 39.

ubicar a SCHMITT como uno de los principales referentes teóricos que justifican la emergencia de una nueva Carta, como también un vano esfuerzo por hacer aparecer a la comunidad (el pueblo) como aprobando una nueva Constitución, cuestión lejos de ser real, habida cuenta que el poder constituyente había sido sustraído a su legítimo dueño: el pueblo.

De 2011 a esta parte, los movimientos sociales han puesto sobre la agenda política del país el tema del derecho a la educación, pero también la urgencia de cambios institucionales que no se satisfacen por la mera vía de la reforma. Está puesto en cuestión el sistema electoral de parlamentarios, el modelo de desarrollo y la Constitución misma. De ahí la urgencia de revisar los pilares en los que descansa la Carta chilena.

Se podría decir que el vicio de la ilegitimidad ha ido corrigiéndose con el paso del tiempo, especialmente desde 1989 en adelante, no obstante, esta lectura debe ser matizada, ya que la Constitución a pesar de sus múltiples reformas, sigue descansando en matrices neoliberales y autoritarias, que provocan una dificultad intrínseca en los procesos de modificación, ya que la estructura normativa de la Carta fuerza a un consenso en que lo prioritario es el veto de la minoría.

El 11 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno dicta el DL 1, que señala “con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación” (N° 1)¹¹. En este DL es posible apreciar la intención de la Junta en asumir la totalidad del poder. Con todo, no queda claro el significado de la frase “mando supremo”, por lo tanto, en noviembre de 1973, la Junta dicta el DL 128¹². El art. 1 señala que “la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”. Al mismo tiempo, la Junta reconoce la vigencia de la Constitución de 1925, pero agrega que “las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella” (art. 3 inc. 2), es decir, dado que los militares se autoatribuyen el Poder

¹¹ DL 1, de 11 de septiembre de 1973, Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, *Diario Oficial*, N° 28.653, Santiago, 18 de septiembre de 1973.

¹² DL 128, de 16 de noviembre de 1973, aclara sentido y alcance del artículo 1° del decreto ley N° 1 de 1973, *Diario Oficial*, N° 28.703, Santiago, 16 de noviembre de 1973.

Constituyente, esta facultad es la que les permite realizar modificaciones a la Constitución aún vigente por la vía de los DL.

Pero se presenta un problema: la Carta de 1925 comienza a ser modificada fácticamente, y como los DL que lo hacen no explicitan el hecho de estar reformando la Constitución, qué ocurre con esas modificaciones. ¿Cuándo estamos en presencia de una actuación legislativa y cuándo ante una de carácter constituyente? Confundiendo legalidad con legitimidad, la Junta dicta el DL 788¹³ el cual en su artículo 1 declara “que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución”.

No podemos abandonar la relación que existe entre los DL 1, 128 y 788. Son disposiciones que emanan de un gobierno de facto que rompe la institucionalidad vigente. Pero, quiere dotarse a sí mismo de una aparente legalidad. Por lo mismo, y como el lenguaje jurídico puede resistirlo todo, la Junta asume el mando supremo de la nación. Como no queda claro cuál es el contenido del mando supremo, en el 128 se explicita esta frase: el mando supremo supone la concentración de los poderes constituyente, ejecutivo y legislativo; en un acto de generosidad normativa, se reconoce la vigencia de la Constitución de 1925, sin embargo, dado que la Junta cuenta con poder constituyente es evidente que puede modificar la Constitución. Mas, en 1974 se produce otra dificultad, especialmente a partir de ciertas actuaciones de la Corte Suprema por la vía del recurso de inaplicabilidad. La Corte Suprema comenzó a declarar inaplicables (para casos concretos) algunas normas de los DL que se oponían a la Constitución; ¿razón?, la imposibilidad de distinguir el rango jerárquico de la ley, toda vez que no se sabía si era disposición legal o constitucional. Para aclarar las cosas, el 788 reconoce la confusión que pudo haberse producido; es cierto, no ha habido claridad hasta el momento cuándo los DL han actuado en ejercicio del poder legislativo o del constituyente. Es más, reconocen lo que en doctrina se establece tratándose de las reformas, que la Constitución solo puede reformarse expresamente y jamás tá-

¹³ DL 788, de 2 de diciembre de 1974, dicta normas sobre el ejercicio del Poder Constituyente, *Diario Oficial*, Nº 29.019, Santiago, 4 de diciembre de 1974.

citamente, salvo, claro está, en períodos de anormalidad institucional como el que tocaba vivir. Pero dado que el problema institucional está resuelto, para el futuro, cada vez que se haga necesario reformar la Constitución, esta solo podrá hacerse de manera expresa.

Vemos, que toda la argumentación normativa parte de un a priori: la autoatribución de poderes por la Junta. ¿Es razonable esta autoatribución? No solo eso, ¿cómo podemos justificar teóricamente aquello? Y en ello, un rol importante le cabe a Guzmán y su lectura que hace de Schmitt.

Ya hemos señalado que la Junta militar que se instala en el gobierno en 1973 se autoatribuye el poder constituyente. De ahí entonces, la Junta se sitúa por encima de la Constitución y el derecho, ya que de ella depende su generación y aplicación, sin que exista un mínimo control sobre sus actos¹⁴.

Asimismo, este proceso de elaboración de la Constitución no es democrático y no cumple con los mínimos de una norma fundamental: no se divide el ejercicio del poder (la Junta concentra los poderes constituyente, ejecutivo y legislativo), no consagra efectivamente el principio de legalidad (los actos de la Junta se encuentran autorregulados) y no hay garantía real y efectiva para el ejercicio y protección de los derechos fundamentales. De ahí que durante los años de historia no democrática de la Carta (1980-1990) no se pueda hablar de un régimen constitucional ni tampoco de un poder constituyente¹⁵.

¿Cuál es el fundamento de la Junta para dotarse a sí misma del poder constituyente? Para el desarrollo de la normativa de la Junta, un importante rol cabe a JAIME GUZMÁN ERRÁZURIZ quien, desde muy temprano, se transforma en estrecho colaborador de los militares. Según CRISTI, GUZMÁN accede a la noción de poder constituyente a través de juristas españoles como SÁNCHEZ AGESTA, quien a su vez depende teóricamente de SCHMITT¹⁶.

La recepción del pensamiento de SCHMITT en España data de mucho tiempo, siendo el año 1931 la primera vez que una de sus obras

¹⁴ Cf. BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, op. cit., p. 37.

¹⁵ Cf. *Ibid.*, pp. 37 – 38.

¹⁶ Cf. CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, LOM ediciones, Santiago, 2000, p. 77.

es traducida al castellano¹⁷. De ahí en adelante, continúan las traducciones de sus obras, e incluso una institución, el Instituto de Estudios Políticos, se transforma en importante receptor y difusor del pensamiento de SCHMITT en España¹⁸. En el caso de SÁNCHEZ AGESTA, este reconoce el mérito de SCHMITT de fundar sus investigaciones en una teoría de la política, aunque se muestra distante en torno a ciertos postulados. Sin embargo, incluso sometiendo a crítica el pensamiento schmittiano, SÁNCHEZ AGESTA incorpora la consideración de la Constitución como norma, como decisión y orden concreto, la noción de dictadura, las referencias al decisionismo y al concepto de lo político¹⁹.

La influencia de SCHMITT en SÁNCHEZ AGESTA se advierte en la definición que este da al poder constituyente: “la voluntad capaz de decidir sobre el contenido de un orden es el *poder constituyente genuino*, como actividad política pura aprehendida en su pura esencia de crear un orden”²⁰. Esta definición, que pone el acento en el carácter revolucionario de la voluntad, está marcada por el decisionismo, ya que la fuente de la que emana la organización de una comunidad es la voluntad del constituyente, que al ser acción revolucionaria no tiene carácter normativo sino que puramente fáctico²¹. La voluntad del poder constituyente se encuentra más allá de todos los poderes constituidos y más allá de todas las razones que puedan fundar un derecho al ejercicio del poder; es pura facticidad histórica²².

De ahí que, puestos a caracterizar al poder constituyente, se vislumbran al menos tres notas distintivas. La primera es que el poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior, ya que su fundamento es de carácter trascendente al ordenamiento jurídico positivo, siendo el derecho a la revolución un derecho que en estas esferas tiene cabida. En segundo lugar, el poder

¹⁷ Cf. GÓMEZ ORFANEL, G., *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 15.

¹⁸ Cf. *Ibid.*, p. 17. Según este autor, también es posible advertir esta influencia en publicaciones de la Universidad de Navarra: *Arbor y Nuestro Tiempo*.

¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 23.

²⁰ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Lecciones de Derecho Político*, 4ª edición, Granada, 1951, p. 326.

²¹ Cf. CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, *op. cit.*, p. 110. La cursiva es del autor.

²² Cf. SÁNCHEZ AGESTA, L., *Lecciones de Derecho Político*, *op. cit.*, p. 339.

constituyente se caracteriza por su eficacia actual, es decir, quien invoca este poder debe encontrarse en condiciones, por la fuerza que dispone o la autoridad que reviste, de realizar esa creación del orden frente a eventuales fuerzas opositoras. Por último, el poder constituyente es actividad creadora o transformadora del orden, lo que entraña violencia jurídica, por lo tanto, no se trata de defender un orden (su acción no es conservadora) sino renovadora²³.

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

Por lo mismo, no es de extrañar la indiferencia con que SÁNCHEZ AGESTA se enfrenta a la pregunta por el titular de este poder: “es natural que las investigaciones sobre este tema se propongan como cuestión principal quien sea por derecho propio el *titular del poder constituyente*. Si existe o no un derecho al ejercicio de este poder es una cuestión en la que no queremos entrar aquí”²⁴. Simplemente emite un juicio que pretende ser una constatación de la realidad: “titular del poder constituyente no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente, *quien puede*, esto es, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden”²⁵.

En obras posteriores, SÁNCHEZ AGESTA insiste en la definición del poder constituyente, y sin embargo, reconoce la importancia que tiene en la actualidad el hecho que el titular del poder sea la comunidad, señalando que “la concepción hoy aceptada atribuye a esta doctrina del poder constituyente a la comunidad como pueblo o nación soberana”²⁶. No obstante, es una opinión que se funda en un análisis

²³ Cf. *Ibid.*, pp. 340 – 341. La influencia de SCHMITT en esta argumentación se percibe en la propia cita que realiza el autor a los postulados defendidos por el jurista alemán (cf. p. 341).

²⁴ *Ibid.*, p. 342. La cursiva es del autor.

²⁵ *Ibid.*, p. 342. Si bien esta afirmación pareciera constituir una simple lectura de la realidad, tras ella se esconde una cosmovisión política que no ha sido explicitada: el rechazo o desconfianza del sistema democrático, para el caso de Scmitt, principalmente liberal.

²⁶ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Curso de derecho constitucional comparado, op. cit.*, p. 50.

de la reflexión política de los sistemas democráticos, no una propuesta personal que responda a su propia convicción. Al mismo tiempo, añade que el problema de la titularidad no es un tema del derecho sino de la filosofía política²⁷.

La reflexión previa obedece a la conexión que existe entre la dictadura militar y la búsqueda de fundamentos a la autoatribución del poder constituyente, porque, como señala CRISTI, los conceptos de SCHMITT son recibidos por los constitucionalistas chilenos de las obras de juristas españoles²⁸.

Como se ha señalado, a JAIME GUZMÁN le cabe un importante rol en la asesoría jurídica de la Junta militar y la impronta de SCHMITT es parte de su ideario político. “De hecho, la concepción schmittiana del poder constituyente le permite construir el régimen de Pinochet como una dictadura absoluta y no meramente comisaria. Como dictador soberano o absoluto, Pinochet elimina la totalidad del orden constitucional existente y genera una nueva Constitución”²⁹.

²⁷ Cf. *Ibid.*, p. 50.

²⁸ Cf. CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, op. cit., p. 108.

A pesar de su juventud, en 1962 GUZMÁN ya manifestaba su admiración por el régimen español y se anticipan ciertas concepciones ideológicas más adelante afinadas, como su tradicionalismo católico y el rechazo de los partidos políticos como forma de representación. Por ejemplo, en un discurso escolar señala que “la Providencia Divina salvó a España, y el Movimiento Nacional triunfó en 1939, quedando como caudillo de España el generalísimo Francisco Franco... y esta organización corporativa, de la cual habla muy favorablemente la reciente encíclica *Mater et Magistra*, está en los principios del Movimiento Nacional... En resumen, toda España articulada en sus entidades naturales y profesionales, está representada en las Cortes, cuya composición ofrece una imagen más fiel que la resultante de un sufragio inorgánico” (texto citado en SALAZAR, M., *Guzmán, quién, cómo, por qué.*, Ediciones BAT, Santiago, 1994, p. 229). O claramente su admiración por el régimen franquista, tras su recorrido por Europa, también en 1962: “estoy archifranquista, porque he palpado que el generalísimo es el Salvador de España, porque me he dado cuenta la insigne personalidad que es, lo contenta que está la gente con él, lo bien que se trabaja y el progreso económico que se advierte. Y que conste que en España hoy hay libertad absoluta, entendida y orientada al bien común y no a satisfacer el absurdo principio de la Revolución Francesa ‘Liberté’ que tiende al libertinaje. ‘No hay libertad sino dentro de un orden’, ha dicho Franco” (se trata de una carta a su madre enviada desde Lisboa. Texto tomado de GUZMÁN ERRÁZURIZ, R., *Mi hermano Jaime*, Editorial Ver, Santiago, 1991, p. 80).

²⁹ CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, LOM ediciones, Santiago, 2006, p. 175.

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

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

Lo segundo, es que si bien el sistema democrático es una conquista cultural, ha demostrado a lo largo de la historia ser un sistema eficiente y, sobre todo, el que mayor importancia concede al respeto y promoción de los derechos fundamentales, cuestión que no se puede afirmar tratándose de los regímenes dictatoriales. Por lo mismo, no son indiferentes los pilares sobre los cuales se funda la “institucionalidad” de un Estado. Las premisas que propone GUZMÁN en el caso de Chile, dieron lugar a un régimen autoritario con rasgos monocráticos, y justificaron la irrupción de una dictadura que hizo del miedo y el terror un vehículo de control político y que violó sistemáticamente los derechos fundamentales de las personas³⁰.

³⁰ Cf. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago, febrero de 1991; COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, *Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*, Santiago, noviembre de 2004.

Este último Informe en su introducción señala que “más de treinta mil personas han desfilado frente a nosotros, las hemos visto y las hemos escuchado. Más de treinta mil personas se han atrevido a acercarse a nuestras oficinas o a responder a nuestros llamados en regiones. Y más de treinta mil veces hemos escuchado el estupor, el temor, la impotencia que aún genera la dignidad violada por agentes del Estado, de quienes se espera –o debería esperarse– respeto a las personas, protección a los débiles y un

En tercer lugar, me ubico entre los que afirman que no cualquier poder que genera una Constitución es poder constituyente, sino que la Constitución es fruto de un pacto que refleja el consenso social entre las diferentes fuerzas vivas de la comunidad y que tiende a regular los aspectos sustantivos de la vida en común. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA “en la Constitución ha de expresarse el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivativo de la Constitución, así como el principio de la limitación de poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales”³¹.

Por último, hago más las palabras de RUIZ-TAGLE, quien señala que “lo fundamental de la obra schmittiana es su oposición a los ideales del constitucionalismo democrático y liberal. Aceptar acriticamente las ideas de Schmitt significa estrechar la posibilidad de desarrollar un pensamiento jurídico respetuoso de la tradición constitucional republicana”³².

4. LA CONDENA A CHILE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Una de las instancias internacionales en las que puede verse con mayor claridad cómo la política exterior de los Estados y el contexto histórico internacional influyeron en el golpe de Estado en Chile y en la visión sobre de la dictadura chilena, es en la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este sentido, la reacción de la comunidad

escrupuloso cumplimiento de la ley. Así nos hemos dado cuenta, en primera persona, de que la corrupción del poder es la peor de las corrupciones, pues termina minando las bases de la credibilidad esencial que todo ciudadano aguarda de las instituciones del Estado” (pp. 9-10). Agrega que “la represión política –fusilamientos sumarios, tortura sistemática, privación arbitraria de libertad en recintos al margen del escrutinio de la ley, conculcación de derechos humanos fundamentales– operó desde el 11 de septiembre hasta el fin del gobierno militar, aunque con grados de intensidad variables y con distintos niveles de selectividad a la hora de señalar a sus víctimas. El Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación ofrece valiosa y concluyente información al respecto al identificar la institucionalidad del aparato represor, el ámbito de sus actividades, sus métodos y sus procedimientos refinados con el tiempo, así como los lugares en donde se ejercieron tareas coercitivas” (p. 191).

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª edición, Madrid, 2006, p. 51.

³² CRISTI, R. RUIZ-TAGLE, P., *La República en Chile, op. cit.*, p. 160.

internacional fue en sus inicios dispar y profundamente influenciada por el contexto de la Guerra Fría. Así, puede señalarse que respecto a la dictadura chilena, la Asamblea General de las Naciones Unidas, órgano esencialmente político, pasó de una aparente indiferencia al comienzo de la dictadura, a su más absoluta condena en la década de los ochenta. Esto contrasta con la intervención de un órgano más técnico de las Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos (reemplazado actualmente por el Consejo de Derechos Humanos), el que desde un comienzo denunció los atropellos a los derechos humanos que continuamente se cometían en el país, instando a las Naciones Unidas a investigar y condenar tal situación.

Es importante destacar que previo al golpe de Estado, Salvador Allende utilizó la palestra de la Asamblea General de las Naciones Unidas para denunciar los planes de Estados Unidos de derrocar al gobierno chileno, proponiendo “el estrangulamiento económico, el sabotaje diplomático, el desorden social, crear el pánico en la población, para que al ser sobrepasado el Gobierno, las Fuerzas Armadas fueran impulsadas a quebrar el régimen democrático e imponer una dictadura”³³. La reacción de la Asamblea General frente a esta denuncia no fue lo suficientemente enérgica, influenciada, al parecer, por el peso de Estados Unidos en las Naciones Unidas, así como por el contenido anticapitalista del discurso de Allende.

Podría deducirse que la polarización política de ese periodo histórico, representada en este discurso de Allende, fuera uno de los motivos de porqué, pese a la casi inmediata denuncia hecha por Amnistía Internacional respecto de la situación de los derechos humanos después del golpe³⁴, la Asamblea General de la ONU recién se manifestara de manera más enérgica en el año 1975, señalando su “profundo malestar ante las constantes y flagelantes violaciones de los derechos humanos que han ocurrido y siguen ocurriendo en Chile, y que incluyen la práctica institucionalizada de la tortura, de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, detenciones, inicia los mecanismos especiales de supervisión detenciones, encarcelamientos y destierros

³³ Discurso en la Asamblea General de las Naciones Unidas Naciones Unidas, Nueva York, 4 de diciembre de 1972.

³⁴ Chile: an Amnesty International report, p. 16, Amnesty International Publications, 1974.

arbitrarios”³⁵. En el año 1975, además, se crea un grupo de trabajo ad hoc, a insistencia de la Comisión de Derechos Humanos, manteniendo el sistema de un Relator Especial para Chile, hasta el año 1990³⁶. Las condenas a Chile por parte de la Asamblea General de la ONU, en razón de las continuas violaciones a los derechos humanos, se mantienen hasta el año 1989, año en que este organismo felicita a Chile “por su pacífico avance hacia el restablecimiento de una democracia representativa”³⁷.

Respecto de la reacción interna a las continuas condenas hechas por las Naciones Unidas a la dictadura chilena, es posible señalar que existía una imagen de aparente cooperación, junto con una deplorable utilización de herramientas democráticas. Así, en continuas ocasiones, el representante chileno ante la Asamblea General de la ONU negó la existencia de detenidos desaparecidos, declarando la voluntad de prestar cooperación, mientras que al mismo tiempo, en nuestro país, se bloqueaba permanentemente el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁸.

Ante la incredulidad de las Naciones Unidas, y la persistencia de las condenas a Chile por las graves violaciones a los derechos humanos, la Junta de Gobierno señaló que esta organización internacional estaba contagiada por la propaganda de origen comunista de los derechos humanos, concentrando sus ataques y resoluciones en el “caso

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 3452 (XXX), 9 de diciembre de 1975.

³⁶ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, resolución 8 (XXXI), 27 de febrero de 1975.

³⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/166, 15 de diciembre de 1989.

³⁸ Así, la Junta autorizó el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, estableciendo las siguientes limitantes: imposibilidad de investigar hechos anteriores a septiembre de 1977; compromiso a recibir las explicaciones del gobierno, dándole prioridad a informaciones particulares cuando estas fueran contradictorias; e imposibilidad de actuar en asuntos que comprometieran la seguridad nacional o contravinieran las disposiciones de la legislación chilena. (Vid. *Chile-América*. Centro de Estudios y Documentación, Nº 46-47, septiembre-octubre, Roma, 1978, en OPAZO ROMERO, Héctor, *Los actores no gubernamentales españoles ante el régimen militar de Augusto Pinochet (1973-1990): apoyo a la democratización y defensa de los derechos humanos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008, p. 72.

chileno”³⁹. Además, se decide convocar a un plebiscito, el cual fue realizado el 4 de enero de 1979. Al votante se le preguntaba si “apoya al Presidente en su defensa de la dignidad de Chile” o “si apoya la resolución de Naciones Unidas y su intención de imponernos nuestro futuro desde el extranjero”. Los resultados de este plebiscito dieron a Pinochet como el gran vencedor, al tener un 75% de apoyo, pese a lo cuestionable de los resultados, al no cumplirse las condiciones mínimas para la realización de un plebiscito, ya que la votación se llevó a cabo en un ambiente completamente restringido, con estado de excepción vigente, sin propaganda en muros públicos y sin oposición, siendo las mesas de votación operadas y controladas por personas de confianza designadas por la autoridad⁴⁰.

Puede señalarse entonces que pese a su lenta reacción, las Naciones Unidas realizó una permanente actuación, recogiendo regularmente los hechos vinculados a violaciones de derechos humanos en Chile, y condenando al país por estos hechos, provocando reacciones en el gobierno de facto. Sin embargo, resulta difícil afirmar que este involucramiento de la comunidad internacional fue un factor decisivo dentro del proceso democratizador de nuestro país, especialmente por la falta de coercibilidad de las decisiones de la Asamblea General de la ONU y el contexto histórico en que se desarrollaron estos acontecimientos, marcado por la polarización de las relaciones internacionales.

³⁹ CASTILLO VELASCO, Jaime, *Democracia y derechos humanos*, Pehuén Editores, Santiago de Chile, 1986, p. 54.

⁴⁰ Vid. NAZER A., Ricardo Y ROSEMBLIT B., Jaime (2000) “Electores, sufragio y democracia en Chile: una mirada histórica”. En: *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, p. 48.